

Ana de Mello Côrtes
Letícia Machado Haertel
Coordenação

METODOLOGIA POR JOVENS JURISTAS

AS MELHORES TESES DE LÁUREA DA FACULDADE
DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
(2015 A 2019)

Alexys Campos Lazarou
Ana de Mello Côrtes
Beatriz Rabelo Custódio
Beatriz Uchôas Chagas
Gabriela de Oliveira Junqueira
Karine Morales de Souza

Leonardo Dantas Costa
Letícia Machado Haertel
Luisa Mozetic Plastino
Luiz Felipe Roque
Luiz Fernando Schaefer Andrade
Matheus Rodrigues C. da Silva
Tarsila Fonseca Tojal

QUARTIER LATIN

20 Anos

METODOLOGIA POR JOVENS JURISTAS

AS MELHORES TESES DE LÁUREA DA FACULDADE
DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
(2015 A 2019)

QUARTIER LATIN

20 Anos

ANA DE MELLO CÔRTEZ
LETÍCIA MACHADO HAERTEL
Coordenação

METODOLOGIA POR JOVENS JURISTAS

AS MELHORES TESES DE LÁUREA DA FACULDADE
DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
(2015 A 2019)

Editora Quartier Latin do Brasil
São Paulo, inverno de 2023
editoraquartier@uol.com.br
 @editoraquartierlatin

ANA DE MELLO CÔRTEZ; LETÍCIA MACHADO HAERTEL (COORDS.).

Metodologia por Jovens Juristas: As Melhores Teses de Láurea da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (2015 a 2019)

São Paulo: Quartier Latin, 2023.

ISBN 978-65-5575-269-4

1. Direito. 2. Metodologia. 3. Jovens Juristas. 4. Teses de Láurea.
5. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. I. Título.

Editor

Vinícius Vieira

Produção editorial

José Ubiratan Ferraz Bueno

Diagramação

Victor Gasperazzo Guimarães Nakamura

Revisão gramatical

Studio Quartier

Capa

Anderson dos Santos Pinto

EDITORA QUARTIER LATIN DO BRASIL

Rua General Flores, 508

Bom Retiro – São Paulo

CEP 01129-010

Telefones: +55 11 3222-2423; +55 11 3222-2815

Whatsapp: +55 11 9 9431 1922

Email: editoraquartier@uol.com.br

 @editoraquartierlatin

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS. Proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo, especialmente por sistemas gráficos, microfílmicos, fotográficos, reprográficos, fonográficos, videográficos. Vedada a memorização e/ou a recuperação total ou parcial, bem como a inclusão de qualquer parte desta obra em qualquer sistema de processamento de dados. Essas proibições aplicam-se também às características gráficas da obra e à sua editoração. A violação dos direitos autorais é punível como crime (art. 184 e parágrafos do Código Penal), com pena de prisão e multa, busca e apreensão e indenizações diversas (arts. 101 a 110 da Lei 9.610, de 19.02.1998, Lei dos Direitos Autorais).

SUMÁRIO

Sobre as Autoras e os Autores das Teses.....	9
Prefácio por Floriano de Azevedo Marques Neto	11

PARTE I

APRESENTAÇÃO DO PROJETO E ORIENTAÇÃO ENTRE PARES

Apresentação, 15

Ana de Mello Côrtes e Leticia Machado Haertel

Sobre o Prêmio de Melhores Teses de Láurea, 19

Orientação entre Pares: Quem são e o que Aconselham as Pessoas Premiadas, 21

PARTE II

MELHORES TESES DE LÁUREA DA FDUSP (2015-2019)

Maternidades em Disputa nas Audiências de Custódia: Uma Análise de Discursos Judiciais entre os Sentidos de ser Mãe e Criminosa, 47

Luisa Mozetic Plastino

O Perdão e o Esquecimento como Elementos de Justiça, 91

Luiz Felipe Roque

Francisco Campos: O Jurista da Modernização Conservadora, 151

Matheus Rodrigues Correa da Silva

A Redução Equitativa da Cláusula Penal: Estudo dos Critérios de Aplicação da Regra do Art. 413 do Código Civil, 191

Beatriz Uchôas Chagas

Margem de Apreciação ou de Discriminação? Uma Análise Jurisprudencial dos Casos da Corte Europeia de Direitos Humanos sobre a Exibição de Simbologia Religiosa, 271

Letícia Machado Haertel

Trabalho Infanto-Juvenil Artístico: Considerações e Competência para sua Apreciação, 357

Karine Morales de Souza

Direito Penal e Risco: Crítica Sociológica da Imputação Objetiva como Resposta à Criminalidade Moderna, 445

Alexys Campos Lazarou

Uma Análise Empírica sobre a Constituição do Litisconsórcio Ativo na Recuperação Judicial, 551

Beatriz Rabelo Custódio

Paradoxos do Tratamento Penal à Corrupção no Brasil, 641

Tarsila Fonseca Tojal

***Commons-Based Production* – Em Busca de Subsídios para uma Reflexão sobre a Economia do Compartilhamento, 721**

Gabriela de Oliveira Junqueira

**A Voluntariedade da Colaboração Premiada: Influência da Atuação
Estatual sobre a Vontade do Colaborador com a Justiça, 779**

Leonardo Dantas Costa

**O Etnocentrismo enquanto Obstáculo Epistemológico
da Teoria Pura do Direito, 785**

Luiz Fernando Schaefer Andrade

**Discriminação Judicial por Identidade de Gênero:
Diagnóstico e Alternativas, 865**

Ana de Mello Côrtes

SOBRE AS AUTORAS E OS AUTORES DAS TESES

SOBRE AS ORGANIZADORAS

ANA DE MELLO CÔRTEZ

Doutoranda em Direito Público pela Universidade de Coimbra (Portugal) com desenvolvimento de parte do plano de trabalho na Universidade de Bergen (Noruega) e bolsa mista da Fundação para a Ciência e a Tecnologia para pesquisa em ambas as instituições. Mestre em Direito e Desenvolvimento pela FGV Direito SP e graduada em Direito pela FDUSP. Atualmente pesquisa direitos sexuais e reprodutivos e direito a terra no Chr. Michelsen Institute (Noruega) e trabalha com tecnologia e inovação no ensino universitário no UiB Læringslab – laboratório de aprendizado da Universidade de Bergen (Noruega).

LETÍCIA MACHADO HAERTEL

Mestre em Direito (LL.M.) pela Ludwig Maximilians Universität (Alemanha) e graduada em Direito pela Universidade de São Paulo. Especialista em Direito Internacional do Patrimônio Cultural com certificação avançada pela Universidade de Genebra (Suíça). Atua como assessora na Corte Interamericana de Direitos Humanos (San José, Costa Rica) e como consultora em temas de Direito Internacional, Direito Internacional dos Direitos Humanos e Direito Internacional do Patrimônio Cultural. Mestranda em História, Política e Bens Culturais na Escola de Ciências Sociais da Fundação Getúlio Vargas (FGV-CPDOC), onde foi bolsista da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES).

SOBRE AS DEMAIS AUTORAS E AUTORES

ALEXYS LAZAROU

Pós-Graduado em Processo Penal pela Universidade de Coimbra e Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. Graduado em Direito pela Universidade de São Paulo. Advogado da área de Direito Penal Empresarial no escritório Cascione Pulino Boulos Advogados.

BEATRIZ CUSTÓDIO

Mestranda em Direito Comercial pela Universidade de São Paulo. Graduada em Direito pela Universidade de São Paulo. Advogada da área de Contencioso Cível e Arbitragem no escritório Barbosa, Müssnich, Aragão – BMA Advogados.

BEATRIZ UCHÔAS CHAGAS

Mestranda em Direito Civil pela Universidade de São Paulo. Graduada em Direito pela Universidade de São Paulo, com período de intercâmbio na Université Paris II – Panthéon-Assas. Licence en Droit pela Université Lyon II. Advogada em direito civil e arbitragem.

GABRIELA DE OLIVEIRA JUNQUEIRA

Bacharel e Doutoranda pela Faculdade de Direito da USP. Pesquisadora-bolsista do Projeto Finanças Verdes e a Transformação da Propriedade no Brasil. Bolsista CAPES-

Print na The Dickson Poon School of Law (King's College London). Pesquisadora bolsista no Max Planck Institute for Comparative and International Private Law (Hamburgo).

KARINE MORALES DE SOUZA

Advogada da Fundação Butantan. Membro da International Association of Privacy Professionals. Pós-graduada em Privacidade e Proteção de Dados e Graduada em Direito pela Universidade de São Paulo.

LEONARDO DANTAS COSTA

Graduado em Direito pela Universidade de São Paulo. Autor do livro: Delação premiada: a atuação do Estado e a relevância da voluntariedade do colaborador com a Justiça. Promotor de Justiça no Ministério Público do Estado de São Paulo.

LUISA MOZETIC PLASTINO

Doutoranda e mestra em Direito e Desenvolvimento pela FGV DIREITO SP com apoio da bolsa Mário Henrique Simonsen de Ensino e Pesquisa. Graduada em Direito pela Universidade de São Paulo. Atualmente é pesquisadora do Núcleo Gênero e Direito da FGV DIREITO SP e advogada voluntária da Defensoria Pública da União.

LUIZ FELIPE ROQUE

Mestre em Filosofia e Teoria Geral do Direito pela Universidade de São Paulo. Bacharel em Direito pela USP. Graduado em Direito (licence en droit) pela Université Jean Moulin Lyon III por meio do programa PITES (Partenariat International Triangulaire d'Enseignement Supérieur). Advogado e Presidente da Comissão de Defesa dos Direitos da Diversidade Sexual e Homoafetividade da 38ª Subseção da OAB/SP.

LUIZ FERNANDO SCHAEFER ANDRADE

Mestrando em Filosofia e Teoria Geral do Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Graduado em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

MATHEUS RODRIGUES CORRÊA DA SILVA

Advogado graduado em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Graduando em Ciências Sociais pela FFLCH-USP.

TARSILA FONSECA TOJAL

Mestre e doutoranda em Direito Penal pela Universidade de São Paulo, além de graduada em Direito pela mesma instituição em 2017. Foi pesquisadora-bolsista do Programa de Educação Tutorial (PET) da Secretaria de Ensino Superior do Ministério da Educação (SESu/MEC) entre 2014 e 2016 e Assessora da Presidência do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM) em 2022. É advogada criminalista e Coordenadora Adjunta da Revista de Direito Penal Econômico e Compliance (RDPec).

PREFÁCIO

Prefaciando livros é algo que se torna frequente quanto mais tempo se está na estrada da vida acadêmica. Professores “veteranos” são constantemente procurados por orientandos, colegas, alunos que chegam ao final de uma obra e, encaminhada para publicação, pedem a um orientador ou professor que tenham sido relevantes na sua trajetória, prefaciem o trabalho.

É sempre uma honrosa tarefa prefaciando. Além do reconhecimento que o convite demonstra, é enaltecido apresentar uma obra a um leitor desconhecido. Receber o convite da Letícia e Ana, porém, tem significado muito maior.

Há alguns meses recebi na Diretoria da Faculdade de Direito da USP uma mensagem de duas antigas alunas, formadas recentemente, com uma proposta surpreendente: apresentar o projeto de organizar um volume com os trabalhos vencedores do prêmio de Melhor Tese de Láurea do ano. Como é sabido, os alunos da graduação, para concluir o curso, precisam elaborar uma monografia, sob orientação de um docente, e submetê-la a uma banca composta por dois professores. Se aprovados, preenchem o requisito para obtenção do grau. Cada orientador indica um trabalho dentre os seus orientados, como o melhor daquele ano. Estes concorrem ao prêmio, que é decidido por comissão integrada por outros docentes. Todo ano são premiados alguns trabalhos.

Pois Letícia e Ana se dispuseram a compilar estes trabalhos, organizá-los, entrar em contato com os antigos alunos seus autores para obter autorização e, com isso, publicar uma seleta, que é a obra que agora vem a público. Topei apoiar a empreitada de pronto, oferecendo todo o apoio institucional e as informações de que necessitavam. Em tempo curto, o trabalho estava pronto. Entusiasmado com o resultado – as monografias são realmente de excelente nível – propus que elas apresentassem o projeto perante a Congregação da FD. O impacto foi imediato e grande. Todos os membros do colegiado ficaram impressionados com a iniciativa e com sua esmerada execução. Faltava ter quem se dispusesse a editar. Vários professores se propuseram a ajudar. E o resultado está aí: uma obra com qualidade editorial, conteúdo invejável e ampla cobertura temática.

Para além de me comprazer em apresentar o resultado do trabalho dos alunos que fizeram as monografias agora reunidas e das organizadoras que tiveram o cuidado de recuperar, organizar e publicar, fico ainda mais feliz de prefaciando uma demonstração do sucesso que é o programa de graduação da Faculdade de Direito da USP. Os textos dão mostra disso. Temas complexos

e atuais, abordados com profundidade, fluidez e ambarados em pesquisa de qualidade. Várias áreas do direito, praticamente todas, cobertas e sem degrau de qualidade. O que demonstra que as orientações dos professores, vários e de várias linhas de pesquisa, têm em comum a condução atenta. E, principalmente, o trabalho demonstra a qualidade dos nossos alunos.

Mais do que me enlevar pelo convite, queria registrar minha honra de ter estado à frente da Faculdade ao tempo da realização desta obra, de representar a velha Academia e de fazer parte da formação de juristas e pessoas tão fora da curva como Letícia, Ana e todos os autores e autoras deste livro.

FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO
3 de julho de 2021

PARTE I

**Apresentação do projeto
e orientação entre pares**

APRESENTAÇÃO

O último ano da faculdade é um momento desafiador e entre os muitos desafios está escrever uma Tese de Láurea, a única atividade de pesquisa obrigatória na graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FDUSP). Enquanto alunas, vivenciamos muitas dúvidas e grande insegurança ao escrever nossas Teses de Láurea e, para nossa honra e surpresa, tivemos nossas teses reconhecidas entre as Melhores Teses de Láurea dos anos de 2015 e 2018.

Após a formatura, acompanhamos com colegas e círculos de amizade a mesma inquietude. Embora buscássemos aconselhar e instruir, na medida de nossa capacidade, sobre como escrever uma boa Tese de Láurea, percebemos a necessidade do acesso por parte das alunas e alunos da FDUSP a teses avaliadas positivamente por docentes da Casa, para que pudessem as utilizar como exemplo. Entendemos que os interesses são diversos e o acesso a uma ou outra tese de pessoas próximas nem sempre irá contemplá-los.

Ainda, notamos uma demanda por um guia desenvolvido de quem já viveu o momento de escrita em pauta para quem o está encarando agora, em que o processo de escrita da Tese de Láurea pudesse ser elucidado e desmistificado. Também percebemos, especialmente em um momento desafiador para a pesquisa e para a educação como foi o ano de 2020, como podem contribuir para esse momento o acesso às experiências e aos conselhos de pessoas que já passaram por dificuldades semelhantes.

Assim, desenvolvemos duas frentes de projeto. A primeira consiste no presente livro, um compartilhamento de vivências e experiências de pessoas egressas da FDUSP escrito para as atuais e futuras gerações de estudantes e, ao mesmo tempo, um compilado dos trabalhos premiados como Melhores Teses de Láurea entre 2015 e 2019. A segunda consiste na sugestão de que fossem disponibilizadas, no site da FDUSP, as outras teses também indicadas para o prêmio de Melhores Teses de Láurea pelos departamentos da Faculdade (três de cada por ano) e avaliadas positivamente por docentes da Casa, para que se possibilite o acesso ao maior número de exemplos possível e também porque entendemos que existem muitas outras teses igualmente boas que não constam entre as premiadas. O objetivo principal é fazer uma contribuição efetiva para as pesquisas da próxima geração de estudantes da FDUSP.

Contatamos o diretor da FDUSP, o Professor Floriano de Azevedo Marques Neto, em setembro de 2020, para apresentar o projeto. Com o apoio que recebemos do Professor Floriano, entramos em contato com o Professor Marcos Perez, que atualmente coordena a reestruturação do site da Faculdade, propondo que fosse criada uma área neste para a disponibilização das teses. Em paralelo, partimos para o contato com os autores e autoras das teses premiadas durante o período de 5 anos selecionado. Dentre as 15 pessoas premiadas no período, 13 concordaram em participar do projeto.¹ Desenvolver o projeto, e perceber o entusiasmo com que ele foi recebido foi uma grata surpresa. Ficamos muito felizes e gratas com a recepção, com o apoio que recebemos e com o esforço de cada um dos componentes do projeto para que ele fosse realizado.

Outra grata surpresa foi ter acesso aos trabalhos e poder ler o que foi produzido, a qualidade surpreende positivamente mesmo com as expectativas que existiam. Estamos confiantes de que o acesso a estes estudos, bem como a preciosas dicas e experiências dos autores e autoras poderá contribuir com atuais e futuras gerações da FDUSP.

Esperamos que este volume possa, além de permitir o acesso a bons trabalhos e valorizar a importância da tese de láurea, dar subsídio a quem tem interesse em iniciar no caminho da pesquisa, até mesmo desmistificando a figura de quem pode escrever uma boa tese. Temos a percepção de que isso pode estimular especialmente estudantes da FDUSP, mas também de outras faculdades.

Esta introdução, curta para manter o trabalho conciso e porque as teses falam por si sós, abre o volume e é seguida de um estudo com a participação dos autores e autoras de capítulos deste livro em que compartilhamos suas experiências e dicas, além de apresentarmos seus perfis. Em seguida, os trabalhos são apresentados do mais recente para o mais antigo, com as monografias do mesmo ano em ordem alfabética, com o conteúdo do trabalho apresentado da forma mais fiel possível ao que foi apresentado à faculdade como tese de láurea.² Nos casos em que houve alterações ou foi necessário fazer quaisquer observações, ressalvas ou atualizações, foram adicionadas notas de início ao texto.

1 Uma das autoras não pode participar por ter apresentado a tese em regime de circulação restrita e ter assinado um termo de confidencialidade na produção da tese e um dos autores negou o convite para participação.

2 Considerando o objetivo de inclusão de todos os trabalhos em um volume, não foi possível manter a forma. Pelo mesmo motivo, também foi necessário retirar os elementos pré e pós textuais. Reforçamos a importância da consulta aos regulamentos específicos da Faculdade e às normas da ABNT.

No primeiro trabalho apresentado, Luisa Plastino analisa discursos judiciais entre os sentidos de ser mãe e criminosa nas audiências de custódia nos casos de 44 mulheres grávidas ou mães de filhos menores de 12 anos que foram presas em flagrante em Itapecerica da Serra (SP). Em seguida, Luiz Felipe Roque examina o perdão e o esquecimento enquanto fenômenos componentes da justiça a partir da obra do filósofo francês Paul Ricoeur. Após, Matheus Rodrigues aborda Francisco Campos, Ministro da Justiça do Estado Novo e redator da Constituição de 1937, e suas contribuições para a história do pensamento jurídico e político do país.

Recorrendo à doutrina e à jurisprudência, Beatriz Chagas aborda, então, a aplicação do artigo 413 do Código Civil, que atribui ao juiz o dever de reduzir equitativamente a cláusula penal. No capítulo que contém a tese da organizadora Letícia Haertel, ela examina a aplicação da doutrina da margem de apreciação pela Corte Europeia de Direitos Humanos a casos envolvendo a exibição pública de simbologia religiosa por adeptos de diferentes religiões. Após, Karine Morales discute a competência da Justiça do Trabalho para apreciar casos de pedidos de homologação para trabalho infanto-juvenil artístico.

Alexys Lazarou examina a imputação objetiva e estabelece sua crítica sociológica dessa categoria como resposta à criminalidade moderna, trabalho que contribui até mesmo para debates em torno da ideia de Direito e, especialmente, de Direito Penal. Em seguida, Beatriz Custódio executa uma pesquisa empírica sobre como o instituto processual do litisconsórcio é utilizado nos pedidos de recuperação judicial formulados por mais de uma sociedade empresária junto a um estudo teórico sobre as vertentes processual, societária e concursal da recuperação judicial. Tarsila Tojal, então, traz à tona o sempre atual e midiático tema da corrupção a fim de debater os paradoxos existentes no Brasil quanto ao tratamento penal à questão.

Em um contexto de desafios jurídicos flagrantes com o crescimento da economia do compartilhamento, Gabriela Junqueira estabelece reflexões sobre a denominada *commons-based production*. Leonardo Dantas Costa, então, compartilha a introdução de seu trabalho intitulado “A voluntariedade da colaboração premiada: influência da atuação estatal sobre a vontade do colaborador com a justiça”. Em seguida, Luiz Fernando Schaefer aborda o etnocentrismo enquanto obstáculo epistemológico da teoria pura do direito, analisando as principais categorias desenvolvidas pela teoria pura do direito de Hans Kelsen e alertando para os riscos de uma mobilização acrítica da obra.

Por fim, a organizadora Ana Côrtes diagnostica a discriminação por identidade de gênero na prática do judiciário por meio de pesquisa empírica considerando os casos que trataram de mudança de nome no TJSP ao longo de 5 anos e aborda o debate constitucional sobre a questão à época de apresentação do trabalho.

Boa leitura!

ANA DE MELLO CÔRTEZ

LETÍCIA MACHADO HAERTEL

19 de julho de 2021

SOBRE O PRÊMIO DE MELHORES TESES DE LÁUREA

O Prêmio de Melhores Teses de Láurea foi instituído no ano de 2005³ e premia, anualmente, três trabalhos da FDUSP. A seleção dos indicados para o prêmio é feita, separadamente, por cada Conselho Departamental da FDUSP, a partir de indicações feitas pelos orientadores (em geral, cada orientador pode indicar um aluno). Uma Comissão formada anualmente por professores da Casa após as indicações analisa todos os trabalhos indicados, avaliando-os e procedendo à escolha das melhores Teses de Láurea do ano em questão.

Comissão do ano de 2015

Professor Luis Virgílio Afonso da Silva
Professor Geraldo Miniuci Ferreira Jr.
Professora Maria Cristina da Silva Carmignani

Comissão do ano de 2016

Professor Gustavo Ferraz de Campos Monaco
Professor Guilherme de Assis de Almeida
Professor José Carlos Baptista Puoli

Comissão do ano de 2017

Professor Alamiro Velludo Salvador Netto
Professora Ana Maria de Oliveira Nusdeo
Professor Flávio Roberto Batista

Comissão do ano de 2018

Professor Francisco Paulo de Cescenzo Marino
Professor Rodrigo Pagani de Souza
Professor Marcelo Vieira Von Adamek

Comissão do ano de 2019

Professor Antonio Rodrigues de Freitas Jr.
Professora Marta Cristina Cury Saad Gimenes
Professor Carlos Frederico Ramos de Jesus

ORIENTAÇÃO ENTRE PARES: QUEM SÃO E O QUE ACONSELHAM AS PESSOAS PREMIADAS

Conforme adiantado na apresentação do livro, nós sabemos que não existe uma receita infalível para produzir um bom trabalho acadêmico. No entanto, acreditamos no compartilhamento de informações entre pares em colaboração com a orientação e na generosidade dentro da academia. Desta forma, procuramos desenvolver uma pesquisa com as pessoas recipientes do Prêmio de Melhores Teses de Láurea da FDUSP entre os anos de 2015 e 2019 para construir um perfil dos alunos e das alunas premiadas e angariar conselhos e técnicas para o desenvolvimento de uma boa Tese de Láurea.

1. METODOLOGIA DA PESQUISA REALIZADA

Para alcançar os objetivos mencionados, foi desenvolvido um questionário autoaplicável.¹ Convidamos para a pesquisa as autoras e os autores das teses premiadas de 2015 a 2019, totalizando quinze pessoas. Dentre essas quinze, treze participaram da pesquisa,² distribuídas entre as Turmas 184 a 188.³

O método do questionário foi selecionado considerando a possibilidade de permitir a participação de pessoas em localidades distintas, garantindo o anonimato das respostas e permitindo que seja respondido no momento mais conveniente, sem exposição à influência das pesquisadoras responsáveis pelo projeto.⁴ É importante, no entanto, destacar algumas limitações inerentes ao método do questionário, como o desconhecimento das condições em que o questionário foi respondido e a falta de garantia de que todos os entrevistados o devolvam devidamente preenchido.⁵ Neste caso específico, no entanto, tais dificuldades foram significativamente reduzidas devido ao número pequeno de entrevistados (13) e a disponibilidade das entrevistadoras de dirimirem eventuais dúvidas e responderem a questionamentos.

1 Pode-se definir questionário como a técnica de investigação composta por um conjunto de questões que são submetidas a pessoas com o propósito de obter informações sobre conhecimentos, crenças, sentimentos, valores, interesses, expectativas, aspirações, temores, comportamento presente ou passado, entre outros. Cf. GIL, Antônio Carlos. **Métodos e técnicas de pesquisa social**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

2 Dois premiados do ano de 2015, uma do Departamento de Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia (DPM) e outro do Departamento de Direito Civil (DCV) não participaram da pesquisa.

3 Dos 13 entrevistados, 3 não se formaram com a turma de origem. Assim, a distribuição nas turmas é a seguinte: Turma 184 (2), Turma 185 (2), Turma 186 (4), Turma 187 (3), Turma 188 (2).

4 Estas e outras vantagens apontadas em GIL, Antônio Carlos. **Métodos e técnicas de pesquisa social**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

5 Para mais desvantagens, cf. GIL, Antônio Carlos. **Métodos e técnicas de pesquisa social**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

O questionário foi aplicado entre os dias 18 de dezembro de 2020 e 12 de janeiro de 2021 e apresentava questões abertas e fechadas sobre temas como perfil da pessoa entrevistada, o tema da tese, a metodologia empregada, a organização do tempo na escrita da tese, a relação de orientação, entre outros. Os dados obtidos foram consolidados e serão apresentados a seguir.

Cumprir destacar que as perguntas que permitem respostas múltiplas são representadas em gráficos horizontais, enquanto as de respostas alternativas são representadas em gráficos de colunas.⁶ As respostas de perguntas abertas são discutidas em texto.

2. RESULTADOS DA PESQUISA REALIZADA

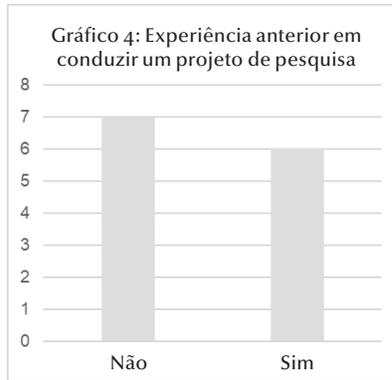
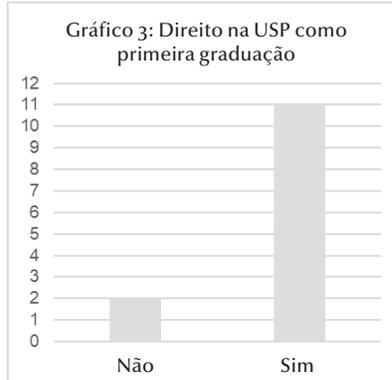
2.1. PERFIL DAS PESSOAS ENTREVISTADAS



Dentre as treze pessoas participantes, oito são do gênero feminino e cinco, do masculino. A idade quando da entrega da tese varia entre os 21 e os 26

⁶ Todos os gráficos foram elaborados pelas autoras.

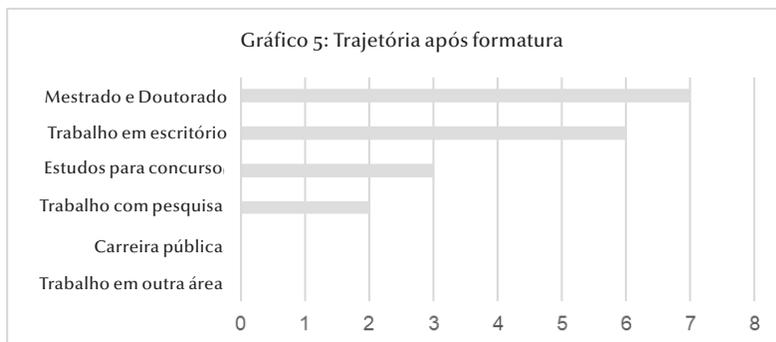
anos, com a maior incidência de respostas 22 e 23 anos (4). A média da idade quando da entrega da tese é de 23 anos.



A grande maioria das respostas (11) indicou que Direito na USP foi a primeira graduação da pessoa entrevistada. Uma entrevistada interrompeu sua primeira graduação, de forma que apenas um entrevistado já havia escrito um Trabalho de Conclusão de Curso. Ainda, a maior parte das pessoas entrevistadas (7) não possuía experiência anterior em conduzir um projeto de pesquisa, com seis possuindo experiência anterior. Dentre tais experiências, destacam-se a pesquisa em projeto de iniciação científica e participação em Projetos de Extensão, como Grupos de Estudo e de Pesquisa.⁷ Também foi mencionada a participação em Competições de Julgamento Simulado (“*Moot Court Competitions*”).⁸

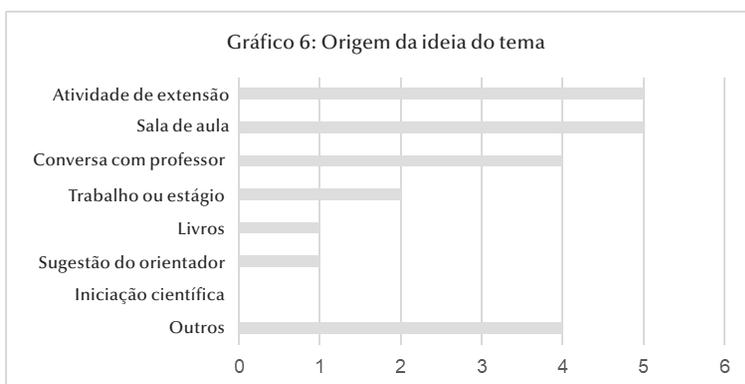
7 Nas perguntas de campo aberto foram mencionadas as seguintes Atividades de Extensão da FDUSP: o Núcleo de Estudos Internacionais (NEI), o Grupo de Estudos da Empresa em Crise (GEDEC), o Grupo de Estudos em Direito e Sexualidade (GEDS), o Programa de Educação Tutorial (PET) - Sociologia Jurídica e o Empírika. Foi também citado o Núcleo de Estudos da Violência (NEV) da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas (FFLCH).

8 Para maior detalhamento sobre o funcionamento das Competições de Julgamento Simulado e sua importância como instrumento de ensino, cf. HAERTEL, Letícia; BIANCHINI, Carolina.



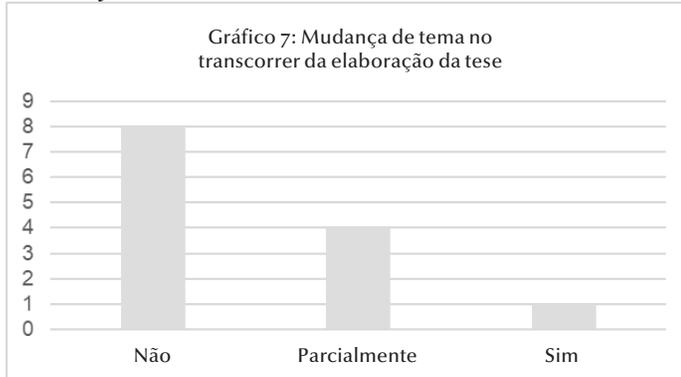
As respostas também indicam trajetórias diversificadas após a formatura. Quando responderam a pesquisa, três pessoas estudavam para concurso, duas trabalhavam com pesquisa e seis trabalhavam em escritório. A maioria (7) havia seguido na academia e ingressado em programas de mestrado ou doutorado.

2.2. O TEMA



Como origem da ideia do tema, encontram-se empatadas as atividades de extensão e a sala de aula (ambas com cinco entrevistados). Também foram destacadas conversas com professores (4), trabalho ou estágio (2), sugestão do orientador (1) e livros (1). Na opção “outros” (4) foram destacados o interesse pessoal e a vivência (inquietações práticas) de uma entrevistada, de leituras realizadas como monitor de matéria na FDUSP e o acompanhamento do

tema na mídia. Reforça-se que o questionário reflete a trajetória das pessoas entrevistadas até janeiro de 2021



Apenas um entrevistado mudou de tema no transcorrer da elaboração da tese, mas quatro o fizeram parcialmente. Diversas narrativas do processo de escolha do tema foram destacadas nas respostas.

Dentre as experiências de obtenção da ideia na sala de aula, foi narrado um episódio em que um professor tratou do tema escolhido na sala de aula de forma breve, mas recomendou um texto de aprofundamento. A partir de tal texto, foi despertado interesse no assunto, que acompanhou o entrevistado até o momento da escolha do tema. Ainda, foi destacado o contato com temas atuais propiciados pelas aulas, que possibilitam o contato com novas áreas de pesquisa.

Em referência a atividades de extensão, foi destacada a importância das Competições de Julgamento Simulado para a escolha do tema, pois elas estimulam o estudo de questionamentos que ainda não possuem resposta determinada no direito. Também foi levantada a importância de atividades de extensão que envolvam um trabalho prático com o direito ou que realizem pesquisas com acompanhamento docente e desenvolvem conhecimentos em metodologia.

De conversas com docentes, muitos entrevistados derivaram a necessidade de delimitar melhor o tema. Alguns professores e professoras participaram ativamente da escolha do tema, por meio de conversas e recomendações de leitura. Além disso, auxiliaram na escolha entre opções de temas levantados.

Entre os episódios relacionados ao trabalho ou estágio, há narrativas destacando a identificação de uma discrepância entre a teoria e a prática, que acabou por se tornar o tema pesquisado. Também foi destacado o contato com temas muito específicos que possivelmente não seriam tratados em sala de aula.

As pessoas entrevistadas destacaram que um dos principais fatores para ter em mente ao escolher o tema da tese é que ele esteja bem delimitado, espe-

cialmente considerando o momento e as condições em que ele será elaborado. A pesquisa para a tese de láurea é conduzida por uma só pessoa e geralmente no período de um ano ou menos, o que corrobora a necessidade de delimitação, tendo em vista o leque de fontes e informações a se considerar.

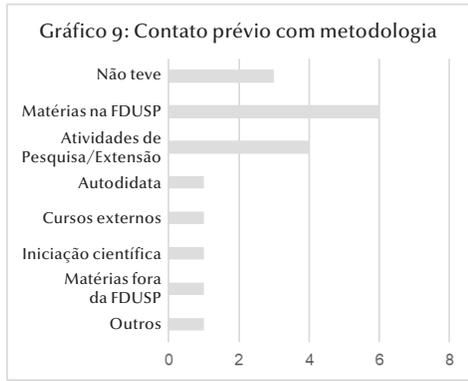
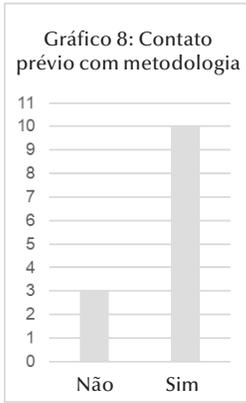
Foi destacado nas respostas o imperativo de que o tema seja instigante e interessante para quem está desenvolvendo a tese, afinal, se há interesse em construir um bom trabalho, um tempo considerável será gasto com ele. Um caminho possível é listar temas de interesse e fazer pesquisas preliminares sobre eles, de forma a avaliar quais parecem boas opções de contribuição acadêmica considerando o que já foi produzido por outros pesquisadores. A curiosidade e a criatividade são essenciais nesse processo.

Foi apontada a necessidade de sempre existir um problema a ser resolvido, pois a tese deve responder a uma pergunta de pesquisa. A pergunta de pesquisa pode ser montada a partir da percepção de que há um debate ainda não resolvido na literatura ou na jurisprudência, ou que a resolução já desenvolvida para um debate deve ser questionada. Ainda, a pergunta pode explorar uma questão ainda pouco desenvolvida na área do direito em questão, contribuindo, assim, para o desenvolvimento de um debate. Uma abordagem interdisciplinar também pode ser origem adequada para um problema de pesquisa. Um bom tema deve tanto ser interessante para o pesquisador quanto contribuir para a área.

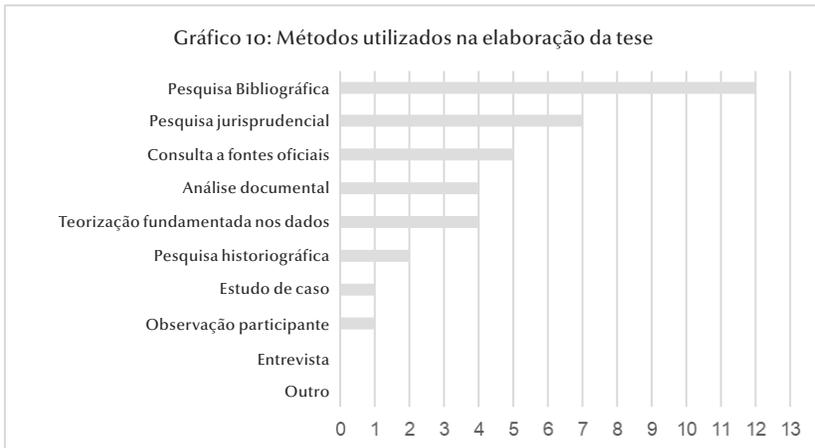
Em casos de dúvidas sobre a potencialidade de contribuição acadêmica de um tema, recomendou-se a discussão com alguns professores e professoras ou pesquisadores e pesquisadoras mais experientes, que costumam ser abertos a discutir essas questões. Essas discussões podem ser essenciais para encontrar um foco e um caminho, especialmente sobre se o tema está delimitado suficiente e o projeto é factível.

Como a pesquisa empírica realizada demonstra, a inspiração para os temas pode vir de diferentes fontes e uma delas é justamente o contato com grupos de pesquisa e extensão. O número crescente desses grupos na FDUSP e nas demais faculdades de Direito pode ajudar a perceber o que pode contribuir para o desenvolvimento de determinada área de interesse. A inspiração, é evidente, também pode vir de outras formas de contato profissional ou acadêmico.

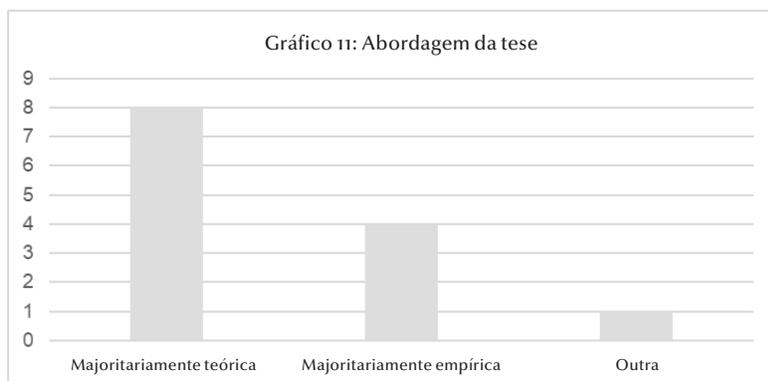
2.3. A METODOLOGIA



A maioria das pessoas participantes da pesquisa (10) já havia tido contato prévio com estudos de metodologia de pesquisa. Esse contato se deu majoritariamente mediante matérias na FDUSP (6) e Atividades de Pesquisa e Extensão (4). Houve também menção ao aprendizado como autodidata, em cursos externos, iniciação científica, matérias fora da FDUSP e, na categoria outros, foi destacado o aprendizado como monitor da matéria de metodologia da FDUSP.



A grande maioria das respostas indicou o emprego como metodologia da pesquisa bibliográfica (12). Os métodos de pesquisa jurisprudencial (7), consulta a fontes oficiais (5), teorização fundamentada em dados (4) e análise documental (4) também tiveram destaque.



Em relação às abordagens, a maioria (7) valeu-se de uma abordagem majoritariamente teórica, enquanto quatro entrevistados realizaram uma abordagem majoritariamente empírica. No campo “outra”, figurou a pesquisa historiográfica. As abordagens metodológicas das teses premiadas variaram com os temas. As teses mais teóricas tiveram como principais fontes a doutrina e a jurisprudência. As teses mais empíricas adotaram métodos como análise documental e teoria fundamentada nos dados. Em qualquer um dos casos, foi recomendada a dedicação de uma das partes iniciais da tese a descrever o seu processo metodológico – o caminho percorrido para chegar ao resultado. É isso que confere rigor ao trabalho e separa os achados científicos dos “achismos”.

As pessoas entrevistadas aconselharam que, quando da elaboração do projeto, sejam reunidos os materiais com que se pretende trabalhar a fim de ter uma ideia de quanto trabalho se tem pela frente e organizar os próximos passos. Uma boa dica de organização é criar, no seu processador de texto, arquivos separados para cada capítulo ou subtema e ir adicionando a eles a informação lida e pesquisada, inclusive trechos que pretende citar ou aos quais pretende fazer referência. Com as partes prontas, basta consolidá-las em um arquivo único. Tal método pode tornar a fase da escrita muito mais fluida e organizada, foi recomendado pelas pessoas entrevistadas e está sendo utilizada para fazer este livro. Independentemente, encontrar uma maneira eficiente e organizada de fichar e consolidar o que já foi feito que funcione para quem está escrevendo a tese é essencial. Ainda, é importante anotar cuidadosamente a fonte de cada informação – é extremamente trabalhoso encontrar em sua bibliografia uma fonte específica depois de desenvolver o trabalho se ela não for anotada antes.

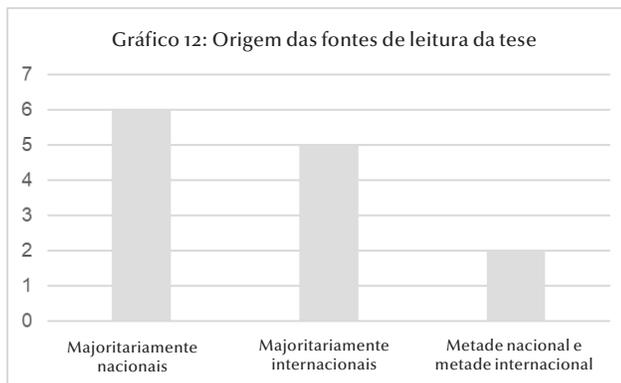
Alguns softwares podem ser muito úteis no desenvolvimento da escrita do trabalho. O processador de texto *Word* possui ferramentas para adequação automática das referências e da bibliografia às normas da ABNT de forma au-

tomática (através do *download e instalação de estilos de bibliografia específicos*) e para a formatação do trabalho como um todo. Organizadores de bibliografia, como o Citavi, o Mendeley, o EndNote e o Zotero, além de facilitarem a indicação de referências utilizadas no trabalho, podem ser excelentes ferramentas para fichamentos. Para anotar informações e ideias, o Obsidian é um programa interessante, porque permite estabelecer ligações inteligentes entre conceitos na hora da escrita.

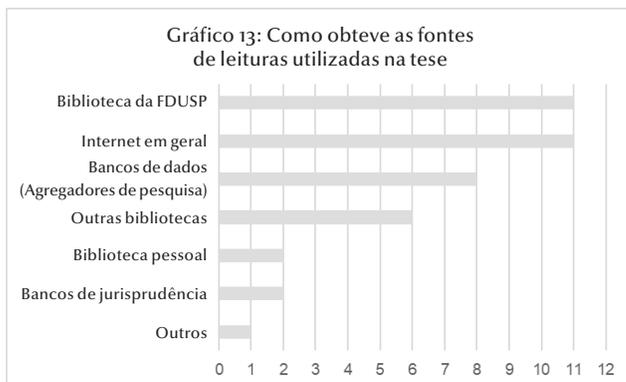
Para pesquisas com decisões judiciais, foi aconselhado pelas pessoas entrevistadas que sejam selecionadas com cuidado as palavras e expressões chave para a pesquisa, bem como os tribunais e o período de tempo, de forma que a amostra seja tanto suficiente para responder à pergunta de pesquisa quanto manejável considerando o tempo disponível para trabalhá-la. Os marcadores booleanos são uma boa ferramenta para encontrar amostras de casos de forma mais eficiente. Guarde sempre os dados de cada caso ou decisão considerada utilizando o mecanismo de sua preferência, e lembre-se de manter o registro desses dados e do processo de seleção. Para quem se interessa por pesquisa empírica, foi recomendado o trabalho da Rede de Estudos Empíricos em Direito (REED) – em especial, seus encontros e cursos de metodologia.

Por fim, foi destacada a importância do acesso a boas fontes de leitura sobre metodologia. Por isso, indicamos, no anexo ao fim do capítulo, fontes que consideramos importantes ferramentas para o desenvolvimento de um aparato metodológico consistente.

2.4. FONTES BIBLIOGRÁFICAS



Em relação às fontes bibliográficas, a distribuição de fontes entre majoritariamente internacionais e majoritariamente nacionais foi aproximada, com cinco e seis respostas, respectivamente. Um entrevistado e uma entrevistada apoiaram-se igualmente em fontes nacionais e internacionais.



As fontes foram obtidas de forma diversa. A maioria utilizou-se da *internet* e da biblioteca da FDUSP (ambas com onze ocorrências), com uma grande parcela (8) apoiando-se em bancos de dados (agregadores de pesquisa). Outras bibliotecas também foram utilizadas, com 6 ocorrências – além da biblioteca pessoal, com duas ocorrências. Na categoria “outros”, foram mencionadas as hemerotecas.

Foi destacado que o objetivo da tese não é exaurir a bibliografia sobre o tema, o mais importante é selecionar obras de autores e autoras referência e que contribuam para o trabalho desenvolvido. Não é uma mera questão de quantidade, é necessário fazer um mapeamento da literatura sobre o tema e selecionar as obras pertinentes. É uma questão de compreender o conjunto da informação pertinente ao tema expressa na obra e dominar esse ponto, fugindo de uma leitura parcial ou incompleta. Para chegar na bibliografia pertinente, é interessante seguir indicações de quem te orienta ou de outros professores ou professoras. O rigor metodológico é necessário também no momento de seleção da bibliografia e influencia o resultado (especialmente em abordagens mais teóricas).

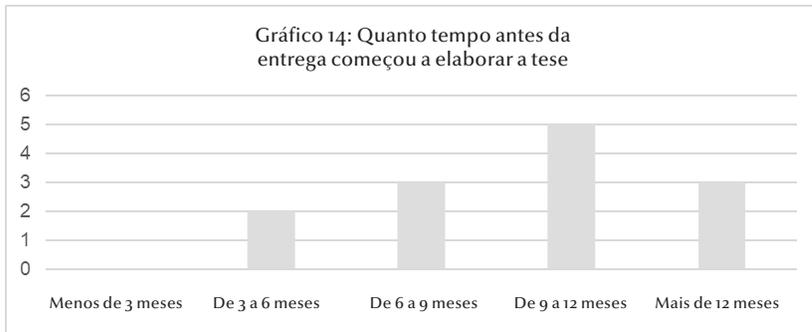
Como dicas mais gerais, foi apontado que, ao adotar literatura estrangeira para tratar de uma realidade nacional, é necessário avaliar como e em que medida ela contribui para o desenvolvimento do raciocínio, com referência a eventuais ressalvas. Estudar a “bibliografia da sua bibliografia” pode ajudar, mas quando seguir citações de livros ou artigos, sempre confira a informação na fonte original. Na ausência de bibliografia sobre determinado ponto, reflexões podem ser construídas a partir de casos análogos.

O curso oferecido pela biblioteca da FDUSP foi considerado de imensa ajuda para melhorar o acesso às bases de dados oferecidas pela faculdade. Outras faculdades e universidades oferecem serviço similar. Aproveitar a es-

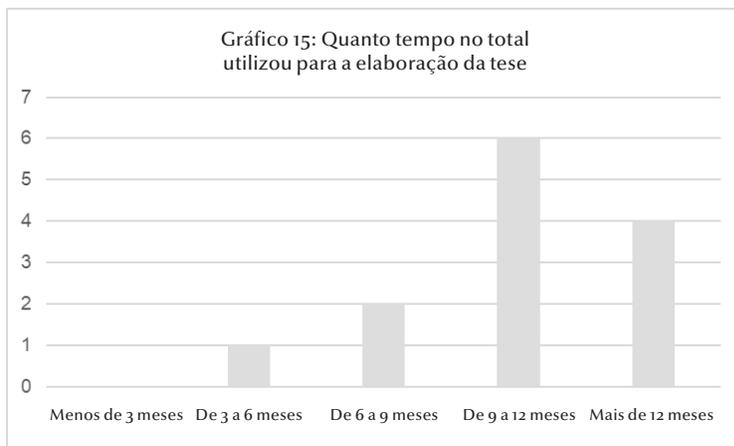
trutura que a faculdade oferece ao máximo ajuda muito, bem como o apoio de quem te orienta na obtenção de fontes. Foi alertado que, ainda que a biblioteca tenha excelentes livros, pode estar desatualizada em determinadas áreas, de forma que o conhecimento sobre como explorar outras fontes, especialmente bases de dados online, é estimável.

As formas para conseguir acesso a bibliografia variam tanto quanto os temas, desde as mais acessíveis como separar os registros do *Dedalus*⁹ sobre o tema, até pedir a colegas que estejam em intercâmbio para acessar bibliografia estrangeira. Outras fontes mencionadas são bibliotecas de escritórios, institutos voltados a áreas específicas e outras faculdades. É interessante e válido abordar o tema de forma interdisciplinar, mas, no caso de recorrer a outras áreas, o cuidado sobre a confiabilidade das fontes deve ser redobrado.

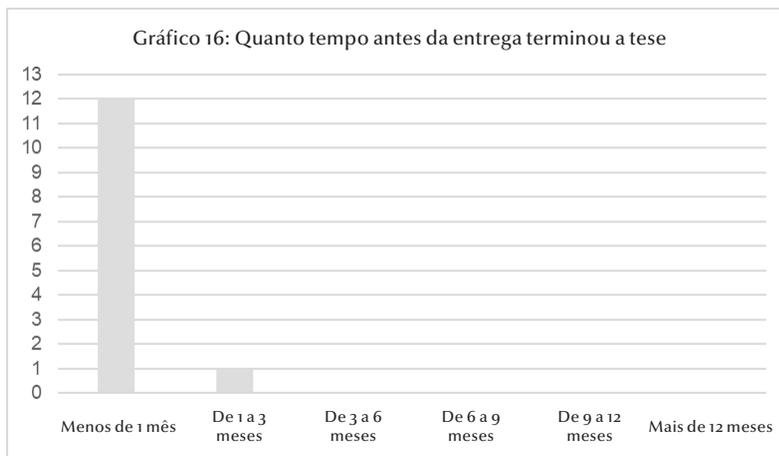
2.5. ORGANIZAÇÃO DO TEMPO PARA A TESE



A maioria das pessoas premiadas no período analisado (5) começou a elaborar a tese de 9 a 12 meses antes da entrega. Há três respostas que indicam o início da elaboração mais de 12 meses antes do prazo, bem como com 6 a 9 meses de antecedência. Assim, é flagrante que a antecedência para o início da tese é um fator destacado nas respostas. Foi apontado que tal antecedência confere a possibilidade de estender determinadas fases ou tarefas quando necessário. Isso também pode ajudar a ter uma ideia mais clara da delimitação do trabalho, do que precisa ser feito e de quanto tempo será necessário. Muitas tarefas deixadas para a última hora podem prejudicar, além do trabalho, a saúde mental em uma fase tão turbulenta. É possível começar, ao menos em planejamento e conversas com professores e professoras, mesmo antes do quinto ano, conforme feito por algumas pessoas entrevistadas.



Em média, foi dedicado tempo considerável na produção da tese. Dentre treze respostas, quatro utilizaram mais de 12 meses, seis entre 9 e 12 meses, duas entre 6 e 9 meses e apenas uma entre 3 e 6 meses.



Doze dentre treze respostas indicaram a finalização da tese com menos de um mês de antecedência, apenas um entrevistado respondeu ter terminado com entre 1 e 3 meses de antecedência.

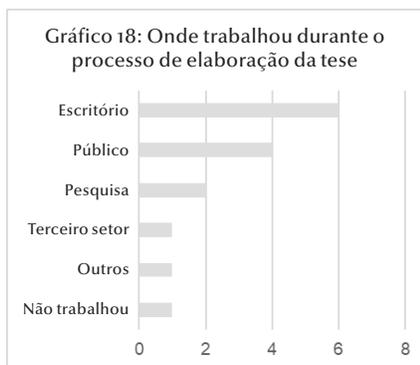
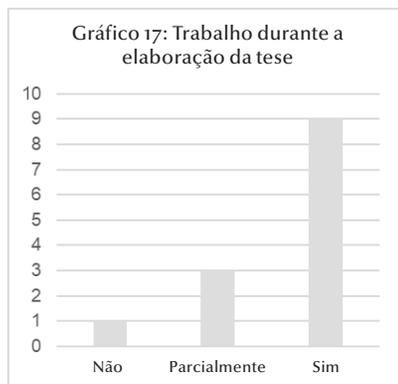
Ao detalhar como o tempo foi dividido no transcorrer da tese, enquanto uma parte informou ter separado um tempo no início para apenas pesquisas, levantamento de dados e fichamentos para depois começar a escrita da tese,

outra parte relatou ter escrito à medida em que realizava as pesquisas. As fases iniciais, em geral, são dedicadas a leituras de pesquisas anteriores e da bibliografia base, além da delimitação da amostra, reunião e revisão de dados para pesquisas empíricas. Em seguida, existe uma fase de análise de texto ou de dados. Na maior parte das experiências compartilhadas conosco, essa fase foi a que levou mais tempo para ser concretizada. A redação e a revisão fecham o ciclo. A fase da redação pode ser facilitada pela organização nas fases anteriores, por exemplo, manter registros do que foi lido e do caminho metodológico, conforme destacado na seção da metodologia. Em muitas ocasiões, a fase de realmente reunir todas as informações e passar para o papel em um texto único foi uma das que menos tomou tempo das pessoas entrevistadas, mas não deve ser subestimada. Foi recorrente a separação de um momento final para a revisão da tese já pronta.

Em geral, as atividades de pesquisa foram desenvolvidas ao longo de mais meses, mas de forma mais espaçada, ao passo que o tempo dedicado à escrita foi mais concentrado, mas não durou muito. Como adiantado anteriormente, boa parte das pessoas entrevistadas adotou métodos de organização que permitiam adiantar e facilitar o trabalho de escrita, planejando um pouco do que seria parte da redação final ao realizar cada fase do trabalho.

Sobre a organização do tempo para produzir a tese, diversas técnicas foram apontadas. Enquanto parte dedicou um número determinado de horas por dia à tese, outra parte separou dias da semana para se dedicar exclusivamente a ela, e deixou outros dias livres para suas outras atividades. A importância da organização pessoal foi muito destacada nas entrevistas, embora nem sempre tenha havido uma separação rígida de tempo para trabalhar na tese.

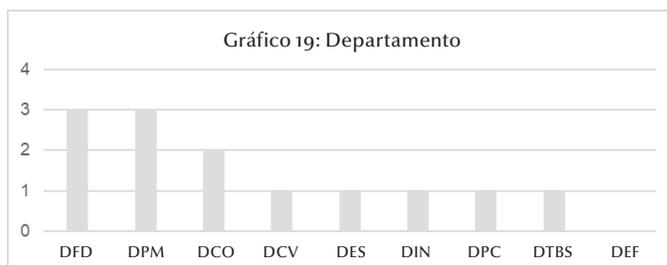
Foi apontado que é fundamental ter um planejamento de quais são as atividades a se desenvolver e quanto tempo estima necessitar para realizá-las. Ainda que planos ou cronogramas não sejam seguidos em cada detalhe, podem ajudar no processo de escrita e no acompanhamento da orientação. Estabelecer prazos e objetivos razoáveis ajuda muito, eles podem ser pensados em termos de objetivos de curto, médio e longo prazo. Por isso, combinar a entrega de resultados parciais para quem te orienta e agendar reuniões pode ser uma estratégia que ajuda a manter o trabalho constante e estimula a existência de uma orientação presente. Esses “prazos” também podem vir de apresentações do trabalho em congresso ou para grupos de pesquisa. De todo modo, é normal ter semanas de dedicação total a outras atividades e dias (e noites) de trabalho intenso na tese, caso esteja rendendo particularmente bem.



Dentre as pessoas participantes da pesquisa, a maioria trabalhou durante todo o processo de elaboração da tese (9), com três trabalhando parcialmente e apenas uma não trabalhando. Dentre os locais de trabalho, prevaleceu o escritório, com seis ocorrências, seguido do setor público, com quatro. Na categoria “outros”, foi destacado o trabalho como assistente acadêmico.

Uma das maiores dificuldades na organização do tempo é conciliar a tese com as outras atividades, especialmente trabalho, matérias na faculdade, estudos para OAB e concursos e vida pessoal. Nas experiências compartilhadas, algumas alternativas encontradas para conciliar foram: fazer um pouco do trabalho por dia (por exemplo, acordando mais cedo pela manhã ou fazendo à noite após o trabalho), trabalhar na tese sempre aos finais de semana e pedir férias e se dedicar intensamente à elaboração no período. Apenas uma das entrevistadas não trabalhou no quinto ano da faculdade e pode dedicar a maior parte do seu tempo à tese. Quando possível, um período de dedicação diária a isso, mesmo que não seja possível de fato avançar todos os dias, pode impulsionar o amadurecimento da pesquisa. Dentro das possibilidades que se apresentam, quanto tempo por dia, semana ou mês é uma questão de adaptação à rotina. De todo modo, foi muito destacada a importância de realizar outras atividades, inclusive atividades sociais.

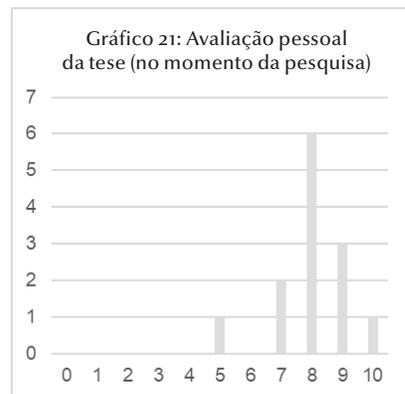
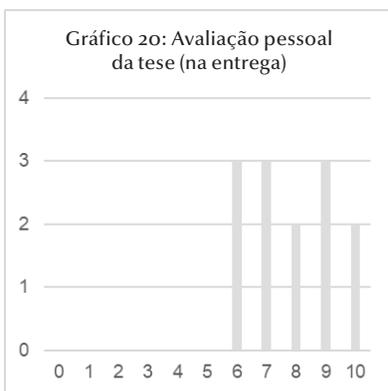
2.6. A TESE



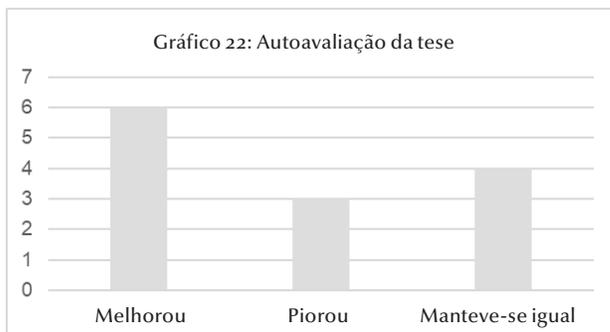
Em termos gerais, verificou-se uma boa distribuição de teses recipientes do Prêmio de Melhor Tese de Láurea entre os departamentos da FDUSP. Os departamentos com mais teses são o Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito (DFD) e Departamento de Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia (DPM), ambos com três teses, seguidos do Departamento de Direito Comercial (DCO), com duas teses. O Departamento de Direito Civil (DCV), o Departamento de Direito do Estado (DES), o Departamento de Direito Internacional e Comparado (DIN), o Departamento de Direito Processual (DPC) e o Departamento de Direito do Trabalho e da Seguridade Social (DTBS) contam com uma tese cada.

A média de número de páginas entre as teses premiadas é de 95,16 páginas, considerando a tese completa (incluindo contracapa, agradecimentos, índice, abreviaturas e anexos).¹⁰ A maior tese possui 143 páginas, enquanto a menor conta com 46, o que demonstra uma grande variação.

Dentre as treze pessoas participantes da pesquisa, cinco já publicaram a tese de alguma forma. Uma delas nos anais de um evento, duas como livro e duas como versões adaptadas transformadas em artigos para periódicos acadêmicos. Além disso, trechos de uma outra tese foram publicados em capítulos de livro e uma outra adaptação para artigo foi submetida para publicação em periódico. Uma das teses, cuja versão adaptada foi publicada em revista *qualis* CAPES A1, foi utilizada pelo orientador como bibliografia para uma das disciplinas ministradas por ele.



10 A tese de um dos entrevistados não teve suas páginas contabilizadas pois o documento original não foi localizado.



Foi solicitada no formulário a avaliação da qualidade de sua tese em uma escala de 0 a 10 no momento da entrega e hoje. A média da avaliação no momento da entrega é 7,84, enquanto a avaliação atual subiu para 8. Assim, tem-se que houve, em geral, uma pequena melhora na autoavaliação das teses.



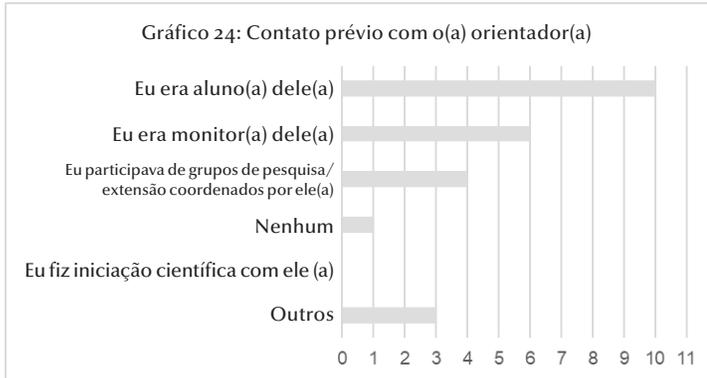
Foi também solicitada a avaliação insegurança quando da entrega da tese em uma escala de 0 a 5. A insegurança média verificada nesta escala foi de 2,15.

Quanto aos pontos fortes das próprias teses, foram destacados: abordagem dos principais autores sobre o tema, um sólido embasamento teórico, a delimitação clara e precisa de um tema, a pertinência do tema na conjuntura jurídica atual, a capacidade de realizar cortes necessários, a interdisciplinariedade, rigor metodológico, inovação, organização, abordagem propositiva, boa seleção de fontes de pesquisa, e coerência argumentativa.

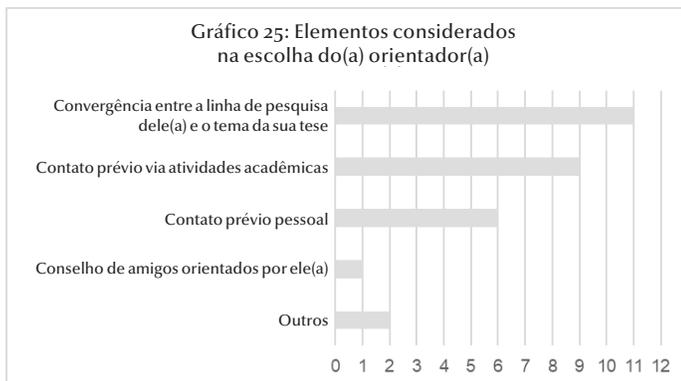
Já entre os pontos negativos da tese, foram mencionados: restrição excessiva das fontes analisadas, carência de opiniões de caráter mais autoral, necessidade de maior diversidade bibliográfica e mais obras nacionais, necessidade de maior calma no transcorrer do trabalho, o tamanho excessivo, a volatilidade do tema, a falta de dados estatísticos relevantes, ingenuidade na abordagem do tema, e falhas metodológicas. No entanto, foi destacado que é natural que uma

Tese de Láurea não seja perfeita e é preciso ter uma visão generosa de seus esforços quando da escrita da tese. Alguns dos pontos foram adaptados já antes das publicações, mas, de todo modo, as pessoas entrevistadas mostram a percepção que o momento e o escopo do trabalho justificam as escolhas e as falhas, até mesmo como parte de um amadurecimento acadêmico e intelectual.

2.7. ORIENTAÇÃO



A maioria das respostas indicou a existência de contato prévio com o ou a docente responsável pela orientação, sendo o contato mais comum como “aluno(a) dele(a)” (10 ocorrências). Outras instâncias de contato incluem como “monitor(a) dele(a)” (6) e a participação em “grupos de pesquisa/extensão coordenados por ele(a)” (4). Na categoria “outros”, foram mencionados o contato como estagiário, coordenadora de grupo de estudos e assistente de pesquisa.



O elemento mais considerado na hora de decidir sobre a orientação é a convergência entre a linha de pesquisa da ou do docente e o tema da tese, com

onze ocorrências. O contato prévio também é muito valorizado, tanto pessoal (6) quanto via atividades acadêmicas (9). Na categoria “outros”, foram mencionados a disposição de orientar em um tema não convencional e a qualidade das aulas e da produção acadêmica. Alguns comentários destacaram que a admiração a professores e professoras também pode influenciar a escolha.

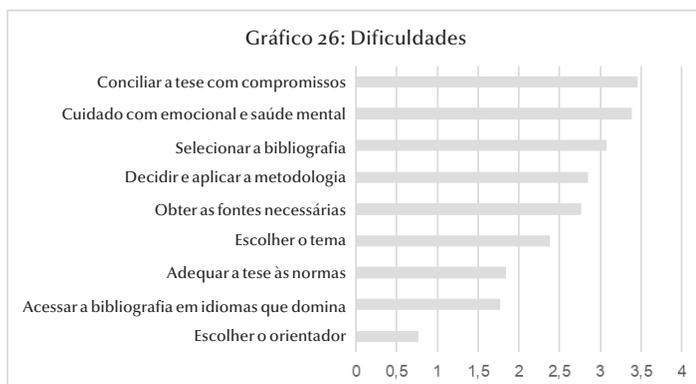
Quando questionados, em uma escala de 0 a 5, sobre a importância da orientação para o bom transcorrer da elaboração da tese, a média foi de 4,46, com 10 respostas “5”. A avaliação média, em uma escala de 0 a 5, da relação de orientação, é bastante positiva, também de 4,46. Esses dados corroboram a importância de uma orientação consistente para bons resultados da Tese de Lãurea, o que também foi evidenciado pelos comentários das pessoas entrevistadas.

Para garantir que isso aconteça de fato, os dois pilares apontados na pesquisa a se ter em mente na escolha da orientadora ou do orientador são (i) domínio e interesse no tema e (ii) disponibilidade e método de trabalho. É crucial também ter mais de uma opção em mente, nem sempre a primeira opção estará disponível. Contatos anteriores de diferentes formas podem ajudar a descobrir se as percepções sobre o direito e sobre o tema são afins, mas não são a única forma. Existem formas diferentes de procurar saber mais sobre as possibilidades em mente, desde consulta a linhas de pesquisa no site da faculdade até consulta ao Currículo Lattes e conversas com orientandos e orientandas de anos anteriores. Estas podem ajudar também a compreender a forma de trabalho, o quanto e como é cobrado e, especialmente, se costuma existir de fato disposição a ler e contribuir para o trabalho.

Diversas contribuições de relevância da orientação foram apontadas. Dentre elas, destacam-se: a orientação na delimitação do tema e na tomada de decisões, indicações de bibliografia, feedbacks parciais no transcorrer da tese, resolução de dúvidas, sugestões sobre a estrutura da tese, apoio em momentos de insegurança, e divulgação e publicação posteriores da tese. Mesmo com esse contato, assim como não há um método ideal para produzir a tese, não há uma forma de orientação ideal, mas sim a melhor forma para cada pessoa. É essencial que a relação de orientação seja desenvolvida de forma honesta, com possibilidade de compartilhamento de dificuldades e angústias e auxílio adequado ao longo do processo.

A gratidão pela orientação é tema recorrente entre os entrevistados, e muitos expressam desejo de ter tido mais contato com seus orientadores e orientadoras.

2.8. DIFICULDADES



Foi solicitada a avaliação, em uma escala de 0 a 5, da dificuldade apresentada por diversos aspectos da elaboração da Tese de Láurea. O maior grau de dificuldade encontrado foi de conciliar a tese com compromissos pessoais, avaliado em 3,46, seguido de perto pelo cuidado com o emocional e a saúde mental, avaliado em 3,38.

Nesse contexto, pedimos também às pessoas entrevistadas que fornecessem dicas sobre a questão da estabilidade emocional e saúde mental durante a elaboração da tese. As respostas envolvem saber respeitar seus limites, não abrir mão das atividades para além do trabalho e do estudo, não enfrentar o processo sem companhia (buscar o apoio de amigos, família e orientação) e procurar não se cobrar de forma desmedida.

A insegurança nessa fase é perfeitamente normal, especialmente nas primeiras experiências de pesquisa, e surgiu em todos os entrevistados em alguma medida. Contudo, isso não deve se transformar em uma cobrança desmedida. Por ser um trabalho de conclusão de curso, será avaliado como tal e a cobrança será compatível com isso. Ademais, não é necessário que a primeira versão da escrita esteja ideal, uma vez que os processadores de texto permitem a alteração e o aprimoramento do texto.

Ter ajuda de uma orientação presente também pode aumentar a segurança, portanto, a possibilidade de recorrer a quem te orienta ou a colegas mais experientes pode ter um papel fundamental. Mais um ponto, no qual organização e estabilidade emocional se entrelaçaram nas repostas, é planejar e buscar desenvolver o trabalho com a devida antecedência. A concentração de trabalho perto do prazo pode ser mais um fator para o aumento da insegurança e da ansiedade, além de prejudicar a eventual necessidade de tirar um tempo para descansar.

De todo modo, ficou claro na pesquisa que os sentimentos difíceis não são solitários – o quinto ano, quando a maioria das pessoas desenvolve a tese, costuma ser um período bastante atribulado. Nesse período, pode ser interessante a experiência de compartilhar tanto o processo de pesquisa, para que ele não se torne tão solitário, quanto as angústias enfrentadas. Contudo, foi destacada a importância de não limitar seus assuntos com outras pessoas a isso, bem como se permitir fazer coisas para além do trabalho e do estudo. Ser saudável também mentalmente envolve dividir o tempo e se permitir ter tempo para algo que te faz bem, seja o que for. Períodos de descanso e respiro podem até mesmo ajudar o processo de reflexão e devolver o ânimo para com a pesquisa. O objetivo é o equilíbrio entre dar o seu melhor e não se privar de atividades que fazem bem.

Até mesmo tendo em mente a produtividade, é primordial ter atenção à saúde emocional e ao sono, que muito impactarão nela. É preciso respeitar seus limites, todos tiveram dias em que não foi possível produzir qualquer coisa de útil e, no final, ficou tudo bem – inclusive, isso se mantém em outras fases da vida. Além dos limites, é importante respeitar o processo de maturação acadêmica e entender que é possível e normal mudar de opinião com o tempo.

Por fim, destacou-se na pesquisa o conselho de que é importante aproveitar o processo e se deixe levar pela curiosidade e a motivação de pesquisar. Seguir tudo o que você planejou à risca não é uma necessidade – organização é importante, mas não se apegue demais a planos muito específicos ou ao que você já escreveu também o é. Se permita mudar, refletir, excluir partes do texto que não se encaixam bem na ideia geral da tese, bem como explorar bibliografia adicional e assuntos laterais. Escrever uma tese de láurea é um processo de amadurecimento acadêmico, desenvolvimento pessoal, investimento no futuro e aprimoramento de ideias, e não uma mera formalidade ou obrigação.

3. CONCLUSÃO

Ainda que seja sempre cabível a ressalva sobre não haver forma perfeita de desenvolver uma tese de láurea, acreditamos que o estudo aqui desenvolvido desempenha alguns papéis. O primeiro deles é desmistificar a figura das pessoas premiadas e mostrar que é possível construir um bom trabalho. Afinal, a expressa maioria delas trabalhou durante a execução da tese e mais da metade não tinha qualquer experiência prévia de pesquisa.

Isso não significa, é claro, que tenha sido simples ou fácil desenvolver os trabalhos premiados. Nesse sentido, outro papel relevante desempenha-

do é ilustrar como as atividades de pesquisa e extensão, que se multiplicaram na FDUSP no período pesquisado, podem ser fundamentais para o desenvolvimento e o amadurecimento do corpo discente tanto no aspecto acadêmico quanto no profissional. Além disso, a qualidade do ensino e o apoio de uma boa orientação têm importância destacada.

Ainda que o processo seja desafiador, esperamos que esses e os demais pontos aqui abordados possam ajudar quem o está enfrentando nesse momento e que, por fim, a pluralidade de temas abordados nas teses reunidas neste volume (bem como dos departamentos às quais foram submetidas) demonstrem que bons trabalhos podem ser premiados independentemente de uma limitação de assunto ou área do direito.

ANEXO – SUGESTÃO DE BIBLIOGRAFIA

- AHRENS, Sönke. **How to Take Smart Notes: One Simple Technique to Boost Writing, Learning and Thinking – for Students, Academics and Nonfiction Book Writers**. Scotts Valley (CA): CreateSpace Independent Publishing Platform, 2017.
- BACHELARD, Gaston. **A formação do espírito científico**. Rio de Janeiro: Contraponto, 1996.
- BARRAL, Welber. **Metodologia da pesquisa jurídica**. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.
- BECKER, Howard S. **Truques da Escrita: Para Começar e Terminar Teses, Livros e Artigos**. Rio de Janeiro: Zahar, 2015.
- BOAVENTURA, Edivaldo. **Como ordenar as ideias**. São Paulo: Atica, 2006.
- BOOTH, Wayne C.; COLOMB, Gregory G.; WILLIAMS, Joseph M. **A arte da pesquisa**. Tradução: Henrique A. Rego Monteiro. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- BRYANT, Antony; CHARMAZ, Kathy. **The SAGE Handbook of Grounded Theory**. Thousand Oaks (CA): SAGE Publications Ltd, 2007.
- CARNEIRO, Maria Francisca. **Pesquisa jurídica: metodologia da aprendizagem**. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2006.
- CASTANHEIRA NEVES, António. **Metodologia Jurídica - Problemas Fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2013.
- CASTRO, Celso. **Pesquisando em arquivos**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008.
- COURTIS, Christian (org.). **Observar la ley: Ensayos sobre metodología de la investigación**. Madrid: Editorial Trotta, 2006 (Colección Estructuras y Procesos, Serie Derecho).
- DICKSON, Julie. **Evaluation and Legal Theory**. Oxford: Hart, 1991.
- DINIZ, Débora. **Carta de uma Orientadora: o primeiro projeto de pesquisa**. 2. ed. Brasília: Letras Livres, 2013.
- ECO, Umberto. **Como se faz uma tese**. Tradução: Gilson Cesar Cardoso de Souza. 20. ed. São Paulo: Perspectiva, 2005.
- EPSTEIN, Lee; KING, Gary. The rules of inference. **The University of Chicago Law Review**, Chicago, v. 69, n. 1, p. 1-135, 2002.
- EPSTEIN, Lee; MARTIN, Andrew. Quantitative approaches to empirical legal research. In: CANE, Peter; KRITZER, Herbert. **Oxford Handbook of Empirical Legal Research**. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 901-925
- FONSECA, Maria Guadalupe Piragibe. **Iniciação à pesquisa no direito: pelos caminhos do conhecimento e da invenção**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.
- FONTAINHA, Fernando; HARTMANN, Ivar; CORRÊA, Ana Maria Macedo; ALVES, Camila; PITASSE, Katarina. **Metodologia da pesquisa**. Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2014. Disponível em: <<https://bit.ly/2PYG9Wd>>. Acesso em: 15 abr. 2021.
- GEORGE, Alexander; BENNETT, Andrew. **Case Studies and Theory Development in The Social Sciences**. Cambridge e Londres: MIT Press, 2005.
- GIL, Antonio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002.
- GIL, Antonio Carlos. **Métodos e técnicas de pesquisa social**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008.
- GUILLHAM, Bill. **Research interviewing: the range of techniques**. Berkshire: Open University Press, 2005.
- GUBRIUM, Jaber F.; HOLSTEIN, James A (ed.). **Handbook of interview research: cases and methods**. Thousand Oaks (CA): Sage Publications, 2001.
- HENRIQUES, Antônio; MEDEIROS, João Bosco. **Monografia no curso de direito**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

- LAWLESS, Robert M.; ROBBENOLT, Jennifer K.; ULEN, Thomas S. **Empirical methods in law**. New York: Wolters Kluwer, 2010.
- LEITE, Eduardo de Oliveira. **Monografia jurídica**. 7. ed. São Paulo: RT, 2006.
- LÉTORNEAU, Jocelyn. **Ferramentas Para o Pesquisador Iniciante**. São Paulo: Martins Fontes, 2011.
- LIPSON. **Doing Honest Work in College: how to prepare citations, avoid plagiarism, and achieve real academic success**. Chicago: Chicago U.P., 2004.
- LOPES, José Reinaldo de Lima. Regla y Compás, o Metodologia para un Trabajo Jurídico Sensato. *In*: COURTIS, Christian (org.). **Observar la ley: ensayos sobre metodología de la investigación jurídica**. Madrid: Trotta, 2006, p. 41-68.
- MACCORMICK, Neil. **Legal Reasoning and Legal Theory**. Oxford: Oxford, 1978.
- MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. O método de leitura estrutural. **Cadernos Direito GV**, São Paulo, v. 4, n. 2, mar. 2007. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/10438/2814>>. Acesso em: 15 abr. 2021.
- MACHADO, Maira Rocha. Contra a departamentalização do saber jurídico: a contribuição dos estudos de caso para o campo direito e desenvolvimento. *In*: Silveira, Vladimir Oliveira; Sanches, Samyra Naspolini; Couto, Monica Benetti. **Direito e Desenvolvimento no Brasil do Século XXI**. Brasília: IPEA-CONPEDI, 2013, p. 117-200. Disponível em: <<https://bit.ly/3trybDs>>. Acesso em: 15 abr. 2021.
- MACHADO, Maíra Rocha (org.). **Pesquisar empiricamente o direito**. São Paulo: Rede de Estudos Empíricos em Direito, 2017
- MARCHI, Eduardo C. Silveira. **Guia de metodologia jurídica: teses, monografias, e artigos**. Milano: Del Grifo, 2001.
- MUSSE, Luciana Barbosa. **O processo de formatação do trabalho científico: do projeto de pesquisa ao artigo científico**. São Paulo: FGV/GVlaw, 2006.
- NAUMES, Margaret; NAUMES, William. **The art and craft of case writing**. London: Sharpe, 2006.
- NICOLAU, Jairo. Breve roteiro para redação de projetos de pesquisa. **Revista Estudos Políticos**, Niterói, n. 6, p. 345-353, 2013. Disponível em: <<https://bit.ly/3x2qplp>>. Acesso em: 15 abr. 2021.
- NOBRE, Marcos. Apontamentos sobre a pesquisa em direito no Brasil. **Cadernos Direito GV**, São Paulo, n. 1, p. 3-19, set. 2004.
- OLIVEIRA, Luciano. Não Fale do Código de Hamurabi! - a pesquisa sócio-jurídica na pós-graduação em direito. *In*: OLIVEIRA, Luciano. **Sua excelência e comissário: e outros ensaios de sociologia jurídica**. Rio de Janeiro: Letra Legal, 2004.
- PARTINGTON, Martin. Empirical legal research and policy-making. *In*: CANE, Peter; KRITZER, Herbert. **Oxford Handbook of Empirical Legal Research**. Oxford: Oxford University Press, 2010.
- PIRES, Alvaro. **A Pesquisa Qualitativa**. Enfoques Epistemológicos e Metodológicos Petrópolis: Ed. Vozes, 2008.
- POPPER, Karl. **A lógica das ciências sociais**. 3. ed. Rio de Janeiro: Tempo Social, 2004.
- QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo. **Monografia Jurídica Passo a Passo: Projeto, pesquisa, redação e formatação**. São Paulo: Método, 2015.
- QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo; FEFERBAUM, Marina (coord.). **Metodologia jurídica: um roteiro prático para trabalhos de conclusão de curso**. São Paulo: Saraiva, 2012.
- ROBBENOLT, Jennifer J. Evaluating Empirical Research Methods: Using Empirical Research in Law and Policy. **Nebraska Law Review**, Lincoln (NE), v. 81, p. 777-804, 2003.

- SALOMON, Délcio. **A Maravilhosa Incerteza**. Pensar, Pesquisar e Criar. São Paulo: Martins Fontes, 2016.
- SILVA, Virgílio Afonso; WANG, Daniel Wei Liang. Quem sou eu para discordar de um ministro do STF? O ensino do direito, entre argumento de autoridade e livre debate de ideias. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 6, n. 1, p. 95-118, jun. 2010. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v6n1/06.pdf>>. Acesso em: 15 abr. 2021.
- WEBLEY, Lisa. Qualitative approaches to empirical legal research. *In*: CANE, Peter; KRITZER, Herbert. **Oxford Handbook of Empirical Legal Research**. Oxford: Oxford University Press, 2010.
- YIN, Robert. **Estudo de Caso**. Planejamento e métodos. Porto Alegre: Bookman, 2001.

PARTE II
Melhores Teses de Láurea
da FDUSP (2015-2019)

MATERNIDADES EM DISPUTA NAS AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA: UMA ANÁLISE DE DISCURSOS JUDICIAIS ENTRE OS SENTIDOS DE SER MÃE E CRIMINOSA

LUIZA MOZETIC PLASTINO

ORIENTADORA:
PROFESSORA DOUTORA MARIÂNGELA GAMA DE MAGALHÃES GOMES

NOTA DE INÍCIO

A presente versão do meu Trabalho de Conclusão de Curso (TCC) sofreu pequena alteração para ser publicada e amplamente divulgada. Por opção de cunho ético, restringi o acesso integral às decisões de audiência de custódia analisadas e que foram inicialmente compartilhadas com a banca avaliadora por meio do anexo III. Tal modificação foi necessária, pois naquele momento – enquanto pesquisadora em formação e ainda sem reflexões aprofundadas sobre ética em pesquisa – desconsiderei que mesmo documentos públicos podem conter informações pessoais sensíveis e que merecem tratamento adequado para garantir o anonimato daqueles que estão sendo pesquisados direta ou indiretamente. A edição do conteúdo do anexo III não obsta o entendimento do conteúdo do trabalho e, ao mesmo tempo, garante a não identificação pessoal das partes envolvidas, preservando a privacidade e intimidade de todos. Desse modo, aqueles leitores ou leitoras que se interessarem pelo acesso integral do material empírico analisado, solicito que entrem em contato por e-mail (luisa.plastino@gmail.com) para que seja avaliada a possibilidade e as condições de compartilhamento dos documentos previamente anonimizados. Por fim, vale mencionar que o TCC foi apresentado no III Congresso de Pesquisas em Ciências Criminais (CPCCRIM), realizado entre os dias 28 e 30 de agosto de 2019 na cidade de São Paulo pelo IBCRRIM. Uma versão reduzida dos resultados do TCC foi publicada nos anais do evento em artigo escrito em coautoria com a orientadora da pesquisa, a Professora Associada de Direito Penal Mariângela Gama de Magalhães Gomes¹.

1 GOMES, Mariângela Gama de Magalhães; PLASTINO, Luiza Mozetic. Maternidades em Disputa nas Audiências de Custódia. In: CONGRESSO DE PESQUISAS EM CIÊNCIAS CRIMINAIS, 3., 2019, São Paulo. *Anais do III Congresso de Pesquisas em Ciências Criminais*. São Paulo: Ibccrim, 2019. p. 444-475. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/publicacoes/edicoes/90/8300>. Acesso em: 19 abr. 2021.

RESUMO

O presente trabalho buscou desenvolver uma análise acerca dos discursos e práticas mobilizados pelos juízes em audiências de custódia, nos casos envolvendo mulheres grávidas e mães presas em flagrante delito. No âmbito do sistema de justiça criminal, a audiência de custódia constitui um espaço privilegiado, na medida em que propicia o primeiro contato pessoal entre o juiz e o preso, conforme estipulado pela Convenção Americana de Direitos Humanos e pela Resolução 213/2015 do Conselho Nacional de Justiça. Em razão dessa característica, aspectos inerentes à vida privada da pessoa presa, tais como: realização de trabalho lícito, comprovação de residência fixa, estrutura familiar, etc., também são examinados. Com relação às mulheres presas, o exercício da maternidade é elemento que adquire visibilidade e é igualmente articulado pelos magistrados em conjunto com outros marcadores sociais. O universo da investigação é composto por 44 casos de mulheres grávidas, e/ou mães de filhos menores de 12 anos que foram presas em flagrante no interior de São Paulo, entre dezembro de 2016 e dezembro de 2018. O acompanhamento das audiências foi resultado do trabalho realizado em Itapeçerica da Serra (SP), em uma parceria com o Instituto Pro Bono e a Defensoria Pública do Estado de São Paulo. Partindo da análise documental e da metodologia da teorização fundamentada nos dados, a pesquisa buscou categorizar os discursos judiciais e identificar os sentidos atribuídos às mulheres acusadas e às maternidades por elas exercidas. Dentre os achados da pesquisa, identificaram-se duas linhas argumentativas que fundamentaram a concessão da liberdade provisória e da prisão domiciliar, e quatro linhas que subsidiaram a denegação dos direitos sociais à maternidade e à primeira infância. Observou-se ainda a adoção de práticas punitivas extrapenais, como a solicitação de intervenção do Conselho Tutelar. Finalmente, a partir do conceito de “hierarquias reprodutivas” buscou-se explicitar criticamente os modos pelos quais determinados modelos de maternidade são descartados como possíveis e legítimos pelos juízes, e quais elementos se articulam nesta categorização.

INTRODUÇÃO

“Afirmou que sai aos finais de semana, ingere bebida alcoólica e consome cocaína, de modo que para tais atividades tem condições de deixar os filhos sob os cuidados de terceiros”.

A passagem transcrita faz parte do termo de audiência de custódia de C*, uma mulher acusada de tráfico de drogas por portar, aproximadamente, 6g de cocaína, da qual declarou ser usuária. A substância foi encontrada por policiais

masculinos, em revista pessoal. C* é dona de casa, mãe de dois filhos e vive em um bairro de periferia, no interior de São Paulo. Na audiência de custódia, todos esses elementos da vida pessoal e de vulnerabilidades sociais são examinados, colocados sob escrutínio e mobilizados de diferentes formas pelos atores do sistema de justiça (defensores, promotores e juízes), por vezes para amparar pedidos liberdade, outras para justificar a prisão preventiva.

Nesse sentido, elementos do imaginário social a respeito das características imputáveis a modelos de mulher, mãe e criminosa são colocados em disputa. Para o magistrado citado acima, o fato da acusada ter admitido deixar os filhos sob cuidados de outras pessoas para realizar atividades de lazer é característica que desqualifica o exercício da maternidade, ou pelo menos aquilo que seria esperado. O exercício da maternidade ainda ganha relevo diante de normativas e decisões judiciais que garantem às mulheres mães presas determinados direitos relacionados à priorização dos vínculos familiares na primeira infância.

Durante a minha atuação enquanto estagiária da organização Instituto Pro Bono, e posteriormente, como pesquisadora pelo mesmo instituto, estava em vigor o Marco Legal da Primeira Infância (Lei nº13.257/06) e foi admitido o *Habeas Corpus* coletivo nº143.641, instrumentos que garantem às presas provisórias que estão gestantes ou lactantes e às que são mães de crianças de até 12 anos de idade ou com deficiência, a substituição da prisão preventiva pela prisão domiciliar. Tais instrumentos, ao serem incorporados por advogados de defesa, públicos ou privados, nas suas argumentações e em seus pedidos de liberdade, de alguma forma impulsionaram a manifestação dos magistrados sobre o tema.

A partir de 20 de fevereiro de 2017², principalmente, foi possível observar diferentes posicionamentos escritos e orais a respeito do exercício da maternidade das mulheres presas, e da aplicação ou não do arcabouço normativo do qual teoricamente fariam jus. A partir de uma experiência prática de trabalho e possivelmente de indignação com as experiências do campo de atuação, surgiu a pergunta de pesquisa: quais as maneiras de pensar o exercício da maternidade podem ser identificadas nos discursos escritos dos juízes? O objetivo deste trabalho de conclusão de curso, portanto, pode ser resumido no esforço de sistematizar, compreender e analisar os discursos e práticas mobilizados por juízes em audiências de custódia envolvendo mulheres mães presas em flagrante delicto.

2 Data da Publicação da Decisão Habeas Corpus Coletivo número 143.641, julgado pelo Supremo Tribunal Federal, disponível eletronicamente em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC143641final3pdfVoto.pdf>. Acesso em setembro de 2019.

Inspirada em trabalhos como a tese de doutoramento da Professora Rochele Felinni Fachinetto, que trabalhou com análise de discurso dos agentes de justiça no júri, com vistas a compreender aspectos das relações de gênero na construção de teses e fundamentações, o presente trabalho apresenta como hipótese a proposição de que as mulheres mães presas em flagrante vivenciam um duplo julgamento: primeiro, em relação à gravidade do crime supostamente cometido, e, em seguida, em relação à legitimidade e a capacidade para exercerem a maternidade. Se punidas, há uma dupla repressão.

Para Fachinetto:

a mulher que comete crimes é vista, assim como transgressora da ordem em dois níveis: a) a ordem da sociedade; b) a ordem da família, abandonando seu papel de mãe e esposa – o papel que lhe foi destinado. E deve suportar uma dupla repressão: a) a privação de liberdade que é comum a todos os prisioneiros; b) uma vigilância rígida para protegê-las contra elas mesmas, o que explica porque a direção de uma prisão de mulheres se sente investida de uma missão moral (FACHINETTO, 2012, p.358)

Com a intenção de investigar os discursos escritos produzidos por magistrados em audiência de custódia, a fim de testar a hipótese apresentada, foi mobilizado o total de casos envolvendo mulheres presas atendidas durante meus dois anos de estágio com o tema. Entre dezembro de 2016 e dezembro de 2018, foram identificados 80 casos de atendimento de mulheres presas na comarca de Itapeverica da Serra³, cidade do interior do estado de São Paulo. Todos os materiais documentais foram concedidos para esta pesquisa mediante autorização do Instituto Pro Bono, organização para a qual eu trabalhava no momento da coleta das informações, e a partir deles realizei uma pré-seleção de casos, aplicando os critérios normativos previstos nos incisos II, IV, e V do art. 318 do Código de Processo Penal, e no Marco Legal da Primeira Infância (Lei nº13.257/06).

Assim, foi produzida uma base de dados a respeito dos perfis socioeconômicos de atendimento, que serão apresentados neste trabalho, e foram identificados 44 casos que se enquadravam nos critérios de aplicação do Marco Legal. A partir desses casos, foi realizada uma leitura prévia dos termos de audiência de custódia, a principal fonte dos discursos escritos dos juízes. Dessa leitura, foram identificadas 25 decisões com alguma menção sobre os temas: filhos,

3 A atuação do Instituto Pro Bono nas audiências de custódia do interior se dava apenas às terças e quintas-feiras. Por isso, esse universo de casos não corresponde ao número de mulheres que foram presas nessa localidade durante dois anos. O relatório de casos sem a identificação da qualificação das atendidas está disponível no Anexo I.

maternidade, prisão domiciliar, *Habeas Corpus* Coletivo, Art. 318 do Código de Processo Penal e Marco Legal da Primeira Infância.

A análise qualitativa que se apresentará no Capítulo 04 foi construída, portanto, com base na classificação do conteúdo de 25 decisões judiciais. A forma de realizar essa categorização será melhor detalhada no Capítulo 02 a respeito das reflexões metodológicas, mas basicamente toma como base a técnica da “teorização fundamentada nos dados” apresentada pelo Professor Ricardo Cappelletti. Por fim, os capítulos derradeiros deste trabalho buscam apresentar uma análise crítica acerca dos discursos e modos de pensar identificados, mobilizando o conceito de “hierarquias reprodutivas” (MATTAR; DINIZ, 2004).

CAPÍTULO 1: AS AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA: HISTÓRICO E REGULAMENTAÇÃO

As audiências de custódia, ou audiências de apresentação, são procedimentos jurídico-judiciais que dão efetividade ao direito de toda pessoa presa, detida ou retida pela polícia, a ser apresentada sem demora à presença de um juiz. Tal garantia está prevista no Art. 7.5 da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH)⁴, e no Art. 9 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, ambos ratificados pelo Brasil em 1992⁵.

Do ponto de vista normativo interno, a Constituição Federal de 1988 (CRFB/88) prevê em seu Art. 5º, incisos LXV e LXVI, garantia de que ninguém será levado à prisão ou nela será mantido quando a lei admitir a liberdade provisória, e o dever de relaxamento da prisão ilegal pela autoridade judiciária. Por outro lado, o Art. 306, § 1º, do Código de Processo Penal (CPP) afirma que a comunicação da prisão de qualquer pessoa à autoridade judicial será realizada por meio de encaminhamento do auto de prisão em flagrante⁶.

Verifica-se, assim, uma incompatibilidade entre o previsto na CADH e no conteúdo do ordenamento jurídico interno. A título exemplificativo, a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) tem reiteradamente se mani-

4 Convenção Americana de Direitos Humanos, Decreto 678 de 1992, eletronicamente disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Do678.htm. Acesso em setembro de 2019.

5 Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, Decreto 592 de 1992, eletronicamente disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm. Acesso em setembro de 2019.

6 O Art. 306 do Código de Processo Penal preceitua: “A prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente, ao Ministério Público e à família do preso ou à pessoa por ele indicada. § 1º Em até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, será encaminhado ao juiz competente o auto de prisão em flagrante e, caso o autuado não informe o nome de seu advogado, cópia integral para a Defensoria Pública”.

festado sobre o tema. No caso *Tibi vs. Equador*⁷, por exemplo, a Corte entendeu que o simples fato do juiz ter conhecimento da causa via informe policial não satisfaz a garantia judicial, uma vez que o detido deve comparecer pessoalmente diante do juiz ou autoridade competente.

O cenário brasileiro, nesse sentido, começou a ser alterado via Resolução da Comissão Interamericana de Direitos Humanos a Respeito do Complexo Penitenciário de Pedrinhas no Maranhão⁸. Tal Resolução, por meio do mecanismo das medidas provisórias, previu a implementação da audiência de custódia. Diante desse cenário, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) lançou em fevereiro de 2015 o projeto “Audiência de Custódia”. O projeto piloto foi instituído no Fórum Criminal da Barra Funda e regulamentado pelo Provimento Conjunto nº3/2015 do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJ-SP)⁹.

Desde o início, o projeto do CNJ enfrentou resistências institucionais para sua realização, especialmente de membros do Ministério Público e da polícia. Em fevereiro de 2015, a Associação Paulista do Ministério Público (APMP) e a Associação dos Delegados de Polícia do Brasil (Adepol) ajuízam ações no Supremo Tribunal Federal (STF) de modo a questionar a competência Tribunal de Justiça para edição do provimento que regulamentou as audiências de custódia.

O STF, por sua vez, por meio da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347, determinou a adoção das audiências de custódia em todo o país, no prazo de 90 dias a partir da publicação da decisão¹⁰. Diante dessa confirmação, as regras e procedimentos da audiência de custódia foram elaborados pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), por meio da Resolução 213/2015. Isto significa dizer que a audiência de custódia é uma política pública que foi instituída pelo Poder Judiciário e que, todavia, ainda não foi regulamentada pelo Legislativo.¹¹

7 Decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos, (CtIDH). Caso Tibi vs. Equador. Série C, n.114, 2004. Eletronicamente disponível em [em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_114_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_114_esp.pdf). Acesso em setembro de 2019.

8 Resolução da Comissão Interamericana de Direitos Humanos a Respeito do Complexo Penitenciário de Pedrinhas no Maranhão, publicação dia 14 de março de 2018, eletronicamente disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/pedrinhas_se_o2_por.pdf. Acesso em setembro de 2019.

9 Provimento Conjunto nº3/2015 do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, eletronicamente disponível em: <http://www.tjsp.jus.br/Download/CanaisComunicacao/PlantaoJudiciario/Provimento-Conjunto-0003-2015.pdf>. Acesso em setembro de 2019.

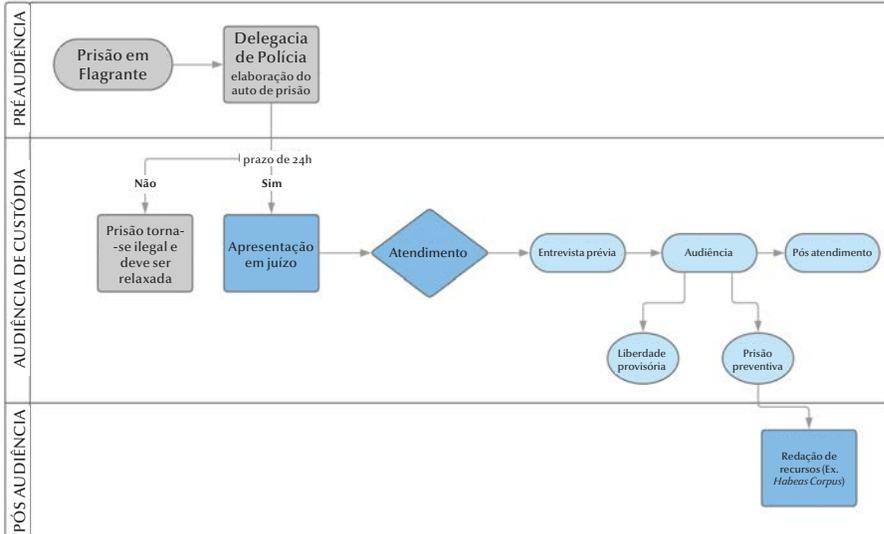
10 Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347 (ADPF 347), eletronicamente disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=298600>. Acesso em setembro de 2019.

11 O Projeto de Lei n. 544/2011 de autoria do Senador Antônio Carlos Valadares (PSB/SE), já previa a apresentação da pessoa presa perante o juiz em até 24h após a prisão. No entanto,

Os objetivos da audiência de custódia se resumem, basicamente, a três eixos: averiguar a legalidade da prisão em flagrante, a necessidade ou não de manutenção dessa prisão, e apurar a prática de tortura e maus tratos no momento da prisão. Com relação ao ritual da audiência, o Artigo 8º da Resolução é aquele que melhor resume as regras do modo de funcionamento: cabe ao juiz esclarecer a pessoa presa sobre o que é a audiência de custódia, e quais são seus direitos fundamentais (manter-se em silêncio, consultar-se com advogado, ter atendimento médico, comunicar-se com a família, etc.). Em tese, o juiz deve assegurar que a pessoa presa não esteja algemada¹² e, posteriormente, deve indagar sobre as circunstâncias da prisão, as condições pessoais e o tratamento recebido pelos agentes policiais. Em seguida, promotor e defensor, nessa ordem, têm a palavra para realizar perguntas e realizar suas sustentações orais. A decisão da autoridade judicial é manifestada por meio de um termo escrito, com a fundamentação sobre o relaxamento, concessão de liberdade provisória, ou prisão preventiva.

O fluxograma abaixo resume o caminho percorrido pela pessoa presa em flagrante.

Imagem 1: Fluxograma jurídico da pessoa presa em flagrante



o projeto apesar de aprovado pelo Senado em 2016, ainda não foi votado na Câmara dos Deputados. Ressalta-se que a ausência de uma legislação específica sobre o tema enfraquece a institucionalização desse instrumento no país.

12 Pelo o que foi observado durante meu campo de estudos, em todas as audiências acompanhadas pelo Projeto Audiência de Custódia, o uso de algema era regra e não exceção.

1.1. O PROJETO AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA DO INSTITUTO PRO BONO

O Instituto Pro Bono (IPB) é uma organização da sociedade civil fundada no ano de 2001. A sua missão institucional é promover o acesso à justiça de populações vulneráveis e organizações da sociedade civil, por meio do estímulo à advocacia voluntária e o intercâmbio de conhecimento jurídicos¹³. A instituição foi pioneira nas discussões sobre o tema da advocacia voluntária no Brasil e central no momento de elaboração do novo Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil, garantindo a regulamentação da advocacia *pro bono*¹⁴.

Assim, em 07 de dezembro de 2016, por meio de parceria institucional firmada com a Defensoria Pública do Estado de São Paulo (DPESP), o Instituto teve a oportunidade de atuar nas audiências de custódia e realizar a defesa *pro bono* das pessoas presas em flagrante apresentadas às terças-feiras e quintas-feiras no Fórum de Itapecerica da Serra¹⁵. Desde o início do projeto, atuei como estudante voluntária, tendo sido contratada como estagiária fixa em novembro de 2017.

Nesses 24 meses de convênio, as integrantes do Instituto Pro Bono acompanharam e atuaram diretamente em 1.002 audiências de custódia em Itapecerica da Serra, realizando não só a defesa técnica dos acusados, como também a defesa em sede de *Habeas Corpus*, nos casos de conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva. A presença do Instituto naquela comarca também resultou a propositura de uma Ação Civil Pública (autos nº 1029279-25.2018.8.26.0053) ainda em curso, cujo pleito é a garantia do direito à alimentação das pessoas presas em flagrante delito no estado de São Paulo.

Foram ainda produzidos no âmbito desse projeto inúmeros materiais educativos, como cartilhas, dossiês e manuais que pretendem auxiliar a atuação de outros advogados, estudantes e familiares nesse tema¹⁶. O trabalho realizado pelo Instituto de fato constitui-se não só como socialmente relevante, mas também como fonte rica de dados e experiências para a pesquisa. Assim, com

13 Mais informações sobre o Instituto pro Bono estão disponíveis na página institucional: <https://probono.org.br/sobre-nos/>. Acesso em setembro de 2019.

14 O Art.30 do Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados de 2015 define advocacia *pro bono* como “a prestação gratuita, eventual e voluntária de serviços jurídicos em favor de instituições sociais sem fins econômicos e aos seus assistidos, sempre que os beneficiários não dispuserem de recursos para a contratação de profissional”.

15 Informações sobre o Instituto Pro Bono e o Projeto Audiência de Custódia estão disponíveis em: <http://www.probono.org.br/novidades-integra.asp?id=90>. Acesso em setembro de 2019.

16 Cartilhas e materiais educativos produzidos pelo projeto estão disponíveis em: <https://probono.org.br/acao/como-visitar-uma-pessoa-presa/>. Acesso em setembro de 2019.

este trabalho busco me aproveitar do acúmulo prático para apresentar conclusões teóricas, mas sem perder de vista a possibilidade de devolver e discutir esses resultados com a própria organização, e quiçá construir coletivamente novos caminhos de atuação e estratégia jurídicas.

1.2. DIRETRIZES NORMATIVAS PARA A DEFESA DE MULHERES PRIVADAS DE LIBERDADE

Em junho de 2014, em consonância com a Política Nacional de Atenção às Mulheres em Situação de Privação de Liberdade e Egressas do Sistema Prisional (PNAMPE)¹⁷, o Ministério da Justiça publicou pela primeira vez o INFOPEN MULHERES¹⁸, um relatório para sistematizar informações sobre as mulheres encarceradas no Brasil, reconhecendo a lacuna existente quanto à disponibilidade de acesso a dados penitenciários por gênero¹⁹. No ano seguinte, em 2015, foi produzida, em parceria com o Governo Federal, a pesquisa “Dar à Luz na Sombra: condições atuais e possibilidades futuras para o exercício da maternidade por mulheres em situação de prisão” (MENDES BRAGA; ANGOTTI, 2015).

Além desses marcos, é necessário citar ainda a atuação das organizações da sociedade civil, em especial do Instituto Terra Trabalho e Cidadania (ITCC), pioneira no tema encarceramento feminino, tendo sido criada em 1997 após denúncias de tortura de uma mulher grávida na Casa de Detenção do Tatuapé²⁰. A organização também é responsável por criar o primeiro “Manual sobre o direito das presas” em 1998²¹, dando visibilidade por meio de seus projetos para questões de gênero no cenário prisional.

No plano internacional, o olhar de gênero sobre o sistema penitenciário é articulado pelo Sistema Interamericano de Proteção de Direitos Humanos pela primeira vez em 2006. O caso do *Presídio Miguel Castro Castro vs. Peru*

17 A PNAMPE foi instituída por meio da Portaria Interministerial n.210/2014 pelo Ministério da Justiça e Secretaria de Políticas para as Mulheres.

18 Relatório INFOPEN MULHERES 2014, Ministério da Justiça, 2014. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/news/estudo-traca-perfil-da-populacao-penitenciaria-feminina-no-brasil/relatorio-infopen-mulheres.pdf>. Acesso em setembro de 2019.

19 Os dados atualizados podem ser consultados pelo relatório publicado em 2018. INFOPEN MULHERES 2ª Edição, Ministério da Justiça, 2018. Disponível em: http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres/infopenmulheres_arte_07-03-18.pdf. Acesso em setembro de 2019.

20 As informações sobre o Instituto Terra Trabalho e Cidadania estão na página institucional da organização, disponível em: <http://itcc.org.br/nossa-historia/>. Acesso em setembro de 2019.

21 O “Manual sobre o direito das presas” encontra-se disponível em: <http://itcc.org.br/manual-dos-direitos-das-presas/>. Acesso em setembro de 2019.

da Corte Interamericana de Direitos Humanos é paradigmático²², pois reconheceu que as violências praticadas naquele complexo penitenciário afetaram as mulheres de modo diferente que aos homens, e que a violência sexual perpetrada contra as mulheres tem caráter de castigo e repressão.

A partir da difusão da questão do encarceramento feminino, foram sendo produzidas pesquisas acadêmicas e relatórios que contribuíram para comprovar o vertiginoso crescimento das taxas de aprisionamento de mulheres – entre 2000 e 2016, a taxa de encarceramento feminino no país cresceu 455%²³ – bem como para delinear um perfil socioeconômico claro das mulheres selecionadas para a prisão: pobres, negras, de baixa escolaridade, e enquadradas no crime de tráfico de drogas.

Nesse sentido, essas pesquisas e atuações políticas abriram caminhos para uma produção legislativa e jurisprudencial que reconhecessem as discriminações de gênero como um elemento importante para produção de vulnerabilidades. Assim, foram materializados o Marco Legal da Primeira Infância (Lei 13.257/2016)²⁴, a tradução das Regras de Bangkok pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ)²⁵, e a decisão do *Habeas Corpus* Coletivo n. 143.641²⁶, aqui considerados como os mais importantes instrumentos legais para uma defesa pautada no gênero.

As Regras de Bangkok foram propostas via Conselho Econômico e Social em Assembleia Geral da ONU em julho de 2010 (Resolução nº 2010/16). O conteúdo do documento reconhece expressamente que as mulheres presas são um grupo vulnerável com necessidades e exigências específicas. A tradução para o português e ampla divulgação desse instrumento pelo CNJ ocorreu apenas em 2016. E apesar de tratar-se de uma “*soft-law*” – ou seja, tem caráter de recomendação e seu conteúdo não é juridicamente obrigatório – apresenta diretrizes de direito humanos que podem ser aplicadas como parâmetros mínimos.

22 CItDH. Caso del Penal Miguel Castro e Catro vs. Peru. Série C, nº160, 2006. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_160_esp.pdf. Acesso em setembro de 2019.

23 Levantamento nacional de informações penitenciárias. INFOPEN Mulheres – 2ª edição, Ministério da Justiça, 2014, p. 14. Disponível em: http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres/infopenmulheres_arte_07-03-18.pdf. Acesso em setembro de 2019.

24 Lei 13.257, eletronicamente disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13257.htm. Acesso em setembro de 2019.

25 O Conselho Nacional de Justiça disponibiliza as traduções das Regras de Bangkok. Material eletronicamente disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/03/a858777191da58180724ad5caafa6086.pdf>. Acesso em setembro de 2019.

26 Decisão Habeas Corpus Coletivo número 143.641, julgado pelo Supremo Tribunal Federal, disponível eletronicamente em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HCI43641final3pdfVoto.pdf>. Acesso em setembro de 2019.

Nesse sentido, a regra nº 57 define explicitamente que os Estados signatários deverão desenvolver medidas despenalizadoras e alternativas à prisão e à prisão cautelar. Veja-se:

As provisões das Regras de Tóquio deverão orientar o desenvolvimento e a implementação de respostas adequadas às mulheres infratoras. Deverão ser desenvolvidas, dentro do sistema jurídico do Estado membro, opções específicas para mulheres de medidas despenalizadoras e alternativas à prisão e à prisão cautelar, considerando o histórico de vitimização de diversas mulheres infratoras e suas responsabilidades de cuidado.

O Marco Legal da Primeira Infância (Lei 13.257/2016) e o HC Coletivo 143.641, nesse contexto, podem ser compreendidos como mecanismos internos que efetivamente apresentam medidas alternativas ao cárcere. O ponto central de ambos é a valorização da maternidade e dos vínculos familiares, com vistas a garantir o melhor desenvolvimento da criança. Por isso, a lei estabelece o direito a mulheres com filhos até 12 anos e gestantes a terem sua prisão preventiva substituída por domiciliar. Apesar de a prisão domiciliar ainda se tratar de medida privativa de liberdade, na prática impede a separação física da mãe e do filho, e a ruptura afetiva.

O Habeas Corpus Coletivo, pode-se dizer, conseguiu dar efetividade à norma e de fato estender a um maior número de mulheres esse direito²⁷. O HC Coletivo foi proposto pelo Coletivo de Advogados em Direitos Humanos (CADhu) “em favor de todas as mulheres submetidas à prisão cautelar no sistema penitenciário nacional que ostentem a condição de gestantes, de puérperas ou de mães com crianças até 12 anos de idade sob sua responsabilidade, e das próprias crianças”²⁸. Além do caráter abrangente, e de ser o primeiro HC coletivo já admitido pelo STF, outra inovação desse instrumento foi garantir a credibilidade a palavra da mãe. Em sua decisão, o Ministro Relator Ricardo Lewandowski determinou que “para apurar a situação de guardiã dos seus filhos da mulher presa, dever-se-á dar credibilidade à palavra da mãe”²⁹.

A decisão que decidiu pela ordem do Habeas Corpus Coletivo gerou, em um primeiro momento, uma onda de aplicações, que resultaram na substituição em massa da prisão domiciliar. Mas com o passar do tempo, conforme reconheceu e denunciou o próprio CADhu, os juízes de primeiro e segundo grau

27 Segundo informações do Departamento Penitenciário, via documentação anexa ao HC Coletivo, em outubro de 2018, 14.750 mulheres no sistema nacional foram identificadas como elegíveis a substituição da prisão preventiva por domiciliar (documentos eletrônicos n. 553 a 555).

28 Para acessar a peça do Habeas Corpus Coletivo na íntegra, acesse eletronicamente em: <https://cadhu.wordpress.com/>. Acesso em setembro de 2019.

29 Relatório Habeas Corpus n.143.641/SP, p.34. Acesse: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC143641final3pdfVoto.pdf>

passaram a negar a aplicação do precedente sob a justificativa de “situação excepcionalíssima”. Essa expressão, presente na decisão do Ministro Relator, garantiu uma margem de discricionariedade para os magistrados.

De modo que, em outubro de 2018, em decorrência da não aplicação do Habeas Corpus Coletivo por parte de juízes de primeira instância e dos tribunais, o Ministro Ricardo Lewandowski proferiu decisão de acompanhamento do cumprimento da ordem do Habeas Corpus Coletivo, indicando as situações que não poderiam ser consideradas “excepcionalíssimas”³⁰. Dentre essas situações, cabe destacar:

- a) A concepção de que a mãe que trafica põe sua prole em risco e, por esse motivo, não é digna da prisão domiciliar, não encontra amparo legal e é dissonante do ideal encampado quando da concessão do Habeas Corpus Coletivo (p.6).
- b) Não configura situação excepcionalíssima apta a evitar a concessão da ordem no caso concreto o fato de o flagrante ter sido realizado pela suposta prática de tráfico de entorpecentes na residência da presa (p.7).
- c) Não deverá ser feita exigência de apresentação de certidão de nascimento para apreciação, facultado ao juiz a solicitação direta pelo sistema CRC-Jud, devendo, de qualquer forma, proferir a decisão (p.12).
- d) A reincidência, assim como os maus antecedentes, em princípio, não afasta a regra de substituição da prisão preventiva pela domiciliar (p.13).
- e) Indeferimentos por fundamentos jurídico-processuais, em especial pela gravidade abstrata do delito, mesmo sendo pacífica a jurisprudência desta Casa no sentido de que este fundamento não serve de mote à preventiva (p.14).

O período de análise de decisões neste trabalho abarca os meses de dezembro de 2016 a dezembro de 2018. Isso significa dizer que, até fevereiro de 2017, não havia o instrumento do Habeas Corpus Coletivo à disposição dos advogados e advogadas do projeto e, mesmo assim, foi possível identificar discursos escritos que mobilizaram o exercício da maternidade para punir ou libertar, conforme se demonstrará no Capítulo 04. Ademais, na maior parte do período de atuação, ainda não tinham sido explicitadas o que poderiam ou não

30 Para acessar a decisão de acompanhamento de cumprimento da ordem do HC coletivo acesse: <https://www.conjur.com.br/dl/lewandowski-concede-hc-coletivo.pdf>

ser consideradas “situações de excepcionalidade” pelo STF, de modo que não será possível verificar os resultados ou a efetividade da decisão de acompanhamento proferida pelo Ministro Ricardo Lewandowski em outubro de 2018.

Assim, importante ressaltar que não tenho a pretensão de realizar neste trabalho uma análise ou um juízo de valor acerca dos efeitos da decisão do Habeas Corpus Coletivo. É fato que esse acontecimento é um importante marco para a pesquisa, pois incentiva e mobiliza a discussão dos atores de justiça a respeito dos efeitos do cárcere para a maternidade. Conforme já explicitado na Introdução, o meu objetivo é identificar e compreender, justamente, como essa discussão sobre maternidade e prisão se apresenta nas decisões escritas dos juízes em audiência de custódia.

CAPÍTULO 2: REFLEXÕES METODOLÓGICAS

A presente pesquisa foi construída fundamentalmente pelo acúmulo de um trabalho prévio de dois anos de atuação jurídica no interior do Estado de São Paulo. Nesse sentido, as escolhas do tema e da pergunta de pesquisa foram suscitadas e elaboradas a partir da percepção de que as acusadas mulheres estavam sujeitas a uma análise rigorosa pelos atores do sistema de justiça sobre sua organização familiar, bem como sobre os modos de gerir a sua vida privada e de seus filhos.

Existia, assim, a intuição de que a construção de um trabalho que valorizasse métodos empíricos e a perspectiva de análise pautada no gênero poderiam trazer reflexões alternativas sobre o papel desempenhado pelo instrumento das audiências de custódia. Isto é, que extrapolassem os papéis enunciados na normativa, quais sejam o de verificação da legalidade e necessidade de manutenção da prisão em flagrante, e da ocorrência de tortura.

A vontade de entender e explicitar como o Direito é aplicado na prática é, nesse contexto, o que norteou a escolha de métodos empíricos. Desse modo, além de realizar uma revisão bibliográfica acerca do tema maternidade e cárcere, procurei ao longo do percurso de investigação eleger técnicas que possibilitassem a análise documental e de discurso.

A análise de documentos envolve, basicamente, o uso de fontes materiais, textos, testemunhos, imagens, gravações, entre outras inúmeras possibilidades. Conforme define Andréa Depieri de A. Reginato: “Documentos são artefatos cuja principal característica é o registro intencional de um texto” (REGINATO *apud* MACHADO, 2017, p. 194). É exatamente por essa característica é que escolhi trabalhar com as decisões judiciais, uma vez que pretendo examinar os

discursos oficiais e intencionalmente produzidos pelos juízes relativamente às mulheres mães presas em flagrante.

Com relação ao acesso aos documentos, especialmente aos autos processuais dos casos atendidos pelo Instituto Pro Bono, foi realizado um pedido formal de autorização à instituição para a pesquisa, o qual foi deferido. Com o acesso aos documentos físicos, iniciei um processo de triagem, isto é, tabulei o total de 80 casos de mulheres presas, indicando: o número do processo, o tipo de crime imputado, as informações sobre raça, moradia, trabalho, maternidade e a decisão da audiência de custódia. A partir da tabulação, produzi dados quantitativos com relação ao perfil socioeconômico das atendidas, o qual apresento no Capítulo 03.

Com as informações obtidas da tabulação dos dados, foi possível identificar também 44 casos que se enquadravam nos critérios do Marco Legal da Primeira Infância e que, portanto, poderiam ser considerados como potenciais objetos da análise qualitativa. A partir de uma primeira leitura dessas decisões, pude separar aquelas que traziam algum enunciado sobre o exercício da maternidade, filhos e aplicação dos instrumentos normativos sobre o tema (25 termos de audiência), daquelas que sequer expressavam informações sobre a temática da maternidade (19 termos de audiência).

Em seguida, a análise qualitativa dos 25 termos selecionados se apoiou em duas técnicas: a teorização fundamentada nos dados, explicada no tópico 2.2, e a aplicação da categoria de análise gênero, delineada no tópico 2.3. Por fim, com o suporte desses métodos, busquei identificar linhas discursivas e práticas judiciais, as quais apresento e analiso nos Capítulos 04 e 05 desta monografia.

2.2. TEORIZAÇÃO FUNDAMENTADA NOS DADOS E ANÁLISE QUALITATIVA

Para tentar responder à pergunta de pesquisa e proceder a análise dos documentos escritos, foi escolhida uma ferramenta de pesquisa empírica denominada “teorização fundamentada nos dados” (TFD). A TFD constitui um procedimento de análise indutivo qualitativo que permite a elaboração de teorias. O método se inscreve na tradição sociológica americana da Escola de Chicago, e preza pela articulação entre o dado e a teoria (CAPPI *apud* MACHADO, 2017, p. 391). O caráter exploratório é o que melhor define a TFD, uma vez que esta renuncia o trabalho de verificação de uma ou mais hipóteses pré-estabelecidas a partir de um marco teórico dado.

Tal qual explicita Riccardo Cappelletti: “A TFD é especialmente indicada para estudar práticas e as maneiras de pensar, as maneiras de definir situações e de conceber as ações por parte dos atores” (Idem, p. 402). O método é composto, assim, por três etapas: i) a codificação aberta, ii) a codificação axial, iii) e a codificação seletiva. A codificação, nesse sentido, é uma operação de análise para a conceptualização e categorização dos dados previamente selecionados.

No primeiro momento, todos os elementos do discurso que se pretende analisar merecem ser codificados com um baixo grau de abstração. Torna-se indispensável, portanto, adotar um sistema rigoroso de anotações ao lado das sequências recortadas dos textos. Em seguida, a partir da frequência e intensidade dos conceitos pré-selecionados, será possível elaborar categorias mais abrangentes.

Na segunda etapa, busca-se comparar as categorias abstraídas e elaborar articulações entre elas. A partir das correlações estabelecidas, será possível formular hipóteses, que poderão ser novamente testadas com os dados empíricos. Finalmente, na terceira etapa, ocorre a integração final de uma proposta teórica, isto é, encontra-se uma linha narrativa que oferece uma nova conceptualização do objeto, ou um mapa conceitual da realidade estudada. Todas as operações devem ser replicadas até que as observações e leituras atinjam um caráter de generalidade.

Ao longo da pesquisa, procedeu-se a operação trifásica acima descrita nos 25 termos de audiência de custódia selecionados. Assim, foram identificadas categorias frequentes nos discursos escritos e, a partir dessas recorrências, foram elaboradas 6 linhas narrativas de fundamentação sobre os casos de mulheres mães presas em flagrante.

2.3. GÊNERO COMO CATEGORIA DE ANÁLISE

As expressões “gênero” e “estudos de gênero” têm sido recorrentemente mobilizados pela mídia, por discursos políticos e até mesmo pela academia, como algo coeso e unívoco. No entanto, trata-se de um conceito polissêmico e carregado de historicidade. Por isso, é importante situar brevemente esse conceito e explicitar com qual das linhas dos estudos de gênero pretendo me filiar neste trabalho. No artigo “Gênero não é ideologia: explicando os estudos de gênero”, Georgiane Garabely Heil Vázquez apresenta um panorama histórico do conceito, e sua apropriação pela academia (VÁSQUEZ, 2017).

Nesse sentido, são descritos pela historiadora quatro momentos dos estudos de gênero: i) a entrada dos feminismos na academia no século XX, com a incorporação da categoria “mulher”; ii) a reelaboração da categoria “mulher”,

até então tida como homogênea, na década de 1970, pelo movimento feminista negro norte-americano; iii) a proposta de Joan Scott em 1980 de compreensão do “gênero” como categoria de análise histórica; e iv) na década de 1990 com Judith Butler e a noção de “performatividade de gênero”.

Diante dessas perspectivas, ressalto que escolhi trabalhar com aquela apresentada por Joan Scott no texto “Gênero: uma categoria útil de análise histórica” (SCOTT, 1990). No texto, Scott propõe compreender a categoria gênero tanto como um elemento constitutivo das relações sociais, baseada nas diferenças biológicas percebidas pelos sexos, como quanto parte das relações de poder. Veja-se:

Minha definição de gênero tem duas partes e várias sub-partes. Elas são ligadas entre si, mas deveriam ser analiticamente distintas. O núcleo essencial da definição baseia-se na conexão integral entre duas proposições: o gênero é um elemento constitutivo de relações sociais baseado nas diferenças percebidas entre os sexos, e o gênero é uma forma primeira de significar as relações de poder. As mudanças na organização das relações sociais correspondem sempre à mudança nas representações de poder, mas a direção da mudança não segue necessariamente um sentido único. (Idem, p.21)

O que me interessa dessa abordagem é, especificamente, a compreensão do gênero enquanto categoria explicativa das relações sociais, ou seja, como um meio de decodificar sentidos e as formas de interação social. O objetivo da pesquisa se insere, justamente, no esforço de decifrar quais os sentidos atribuídos pelos discursos jurídicos, ao se tratar das mulheres acusadas de crimes e do exercício de suas maternidades. A análise de discurso, nesse sentido, pode fazer emergir os papéis de gênero, isto é, aquilo que idealmente se espera das mulheres-mães, e quais elementos as tornam mais ou menos condenáveis para o julgador.

A professora Ana Gabriela Mendes Braga, nesse sentido, já atentou para o fato de que a mulher presa que exerce a maternidade representa a sobreposição de papéis opostos na sociedade (BRAGA, 2015). De um lado, a criminoso é a mulher desviante, sexual, devassa e profana. De outro, a mãe representa o cuidado, a domesticidade e a pureza. A análise empírica de decisões serve, então, para testar se esse jogo de dualidades opostas tem sido mobilizado pelos juízes em audiência de custódia. O Capítulo 4, portanto, pretende explicitar quais sentidos foram atribuídos às mulheres mães nas diferentes linhas argumentativas encontradas.

Finalmente, por compreender a crítica segundo a qual a categoria gênero apresenta uma capacidade explicativa reduzida da realidade, pretendo articular outras categorias de análise, como raça e classe. Ou seja, pretendo adotar tanto quanto possível uma perspectiva interseccional de análise, apresentada pioneiramente por Kimberle Crenshaw (1989). A lente analítica da interseccionalidade propõe, assim, o enfrentamento entrelaçado das diferenças de gênero, raça e classe.

Diante disso, apresentarei não só dados quantitativos a respeito de marcadores de raça e classe observados nos casos de mulheres atendidos pelo projeto, como também, no Capítulo 05, a partir do conceito de “hierarquias reprodutivas”, desenvolvido por Laura Mattar e Carmen Diniz (2012), procuro demonstrar como esses elementos de gênero, raça e classe nos discursos se articulam na construção de maternidades mais ou menos legítimas.

CAPÍTULO 3: APRESENTAÇÃO DE DADOS QUANTITATIVOS DO ATENDIMENTO

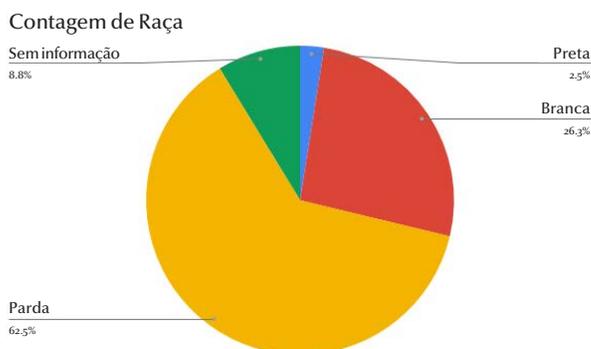
a seguir, apresentarei alguns dados obtidos através da tabulação de informações contidas em 80 formulários de atendimento e boletins de ocorrência (B.O). As categorias de informação foram selecionadas a partir do tipo de pergunta que o formulário de atendimento fornecia, ou do tipo de descrição na qualificação da acusada no B.O. Assim, foi possível produzir dados a respeito de raça, classe (moradia, trabalho, nível de escolaridade) e o tipo de crime cometido. Todas essas informações serão apresentadas no ponto 3.1³¹.

Com relação às mulheres mães, objeto desta pesquisa, foi possível também coletar dados sobre a organização familiar (número de filho, principais responsáveis e redes de solidariedade), o uso problemático de drogas, os antecedentes criminais e outras informações sobre a prisão. Todos esses dados serão apresentados nos tópicos 3.2 e 3.3.

3.1. A COR E A CLASSE

Os dados de raça foram produzidos com base no informado no Boletim de Ocorrência. Isso porque, no momento da entrevista prévia entre a advogada e a acusada, não havia tempo hábil para realização de consultas quanto à auto declaração de cor. Nesse sentido, o gráfico abaixo representa a percepção e a atribuição policial a respeito da cor das mulheres presas em flagrante.

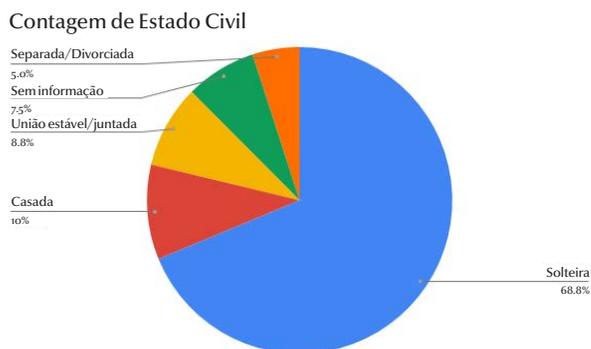
Gráfico 1: Classificação de Raça pelo Boletim de Ocorrência



As informações do gráfico que saltam aos olhos são a sobrerepresentatividade da categoria parda (62,5% dos casos) e a inexpressividade da categoria preta (apenas 2,5% casos). Esse desequilíbrio possivelmente está atrelado às formas de designação e de mentalidade policial sobre a categoria raça e possivelmente reafirma um imaginário social atrelado a marginalidade, malandragem e sensualidade daquela que é identificada como parda/mulata (DAFLON, 2014).

Com relação ao estado civil, a maior parte das atendidas declarou-se solteira (68,8%), seguida pelas casadas (10%) e em união estável (8,8%).

Gráfico 2: Estado civil segundo o Boletim de Ocorrência



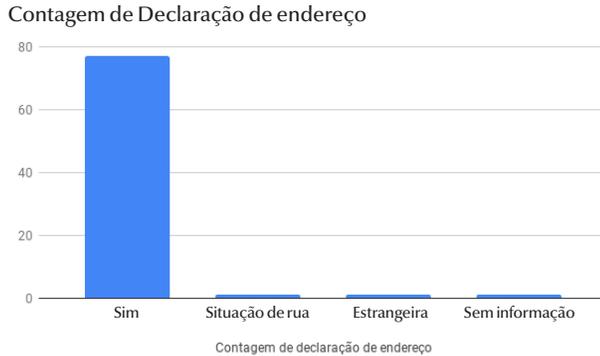
O dado a respeito do estado civil se repete para o universo apenas de mulheres mães (68%), o que indica que, na maioria dos casos, a maternidade era exercida de maneira solo.

Outra informação bastante relevante para as audiências de custódia é a apresentação de endereço de moradia. Isso porque esse dado é articulado pe-

los atores de justiça para demonstrar a possibilidade da acusada ser facilmente encontrada para o cumprimento das obrigações perante a justiça.

Na prática, quase a totalidade apresentou local certo de moradia (96,3%), apenas uma atendida declarou estar em situação de rua e também apenas uma delas indicou local de moradia fora do país, na Bolívia.

Gráfico 3: Declaração de endereço fixo em audiência de custódia



Com relação ao nível escolaridade, foi possível apurar as informações por duas fontes. No formulário de atendimento havia a pergunta “sabe ler?”, para a qual 87,5% das atendidas respondeu que sim. No Boletim de Ocorrência, nas informações de qualificação, havia informações sobre o grau de escolaridade, para o qual 45% foram indicadas como tendo cumprido o primeiro grau completo e 15% o primeiro grau incompleto.

Gráfico 4: Analfabetismo segundo o Boletim de Ocorrência

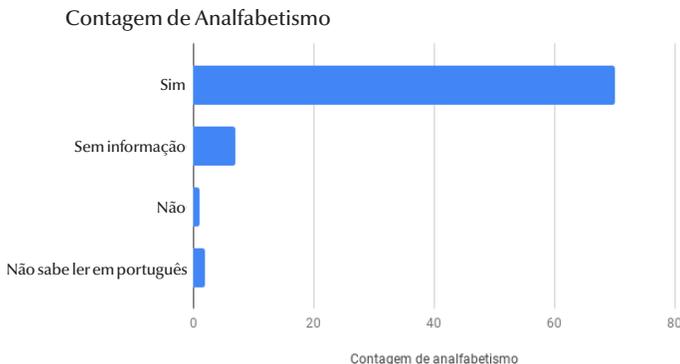
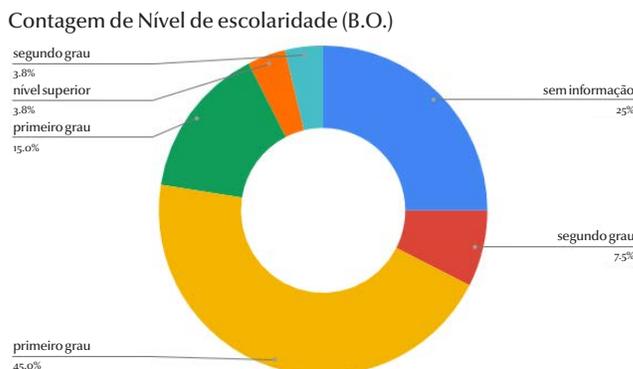


Gráfico 5: Nível de escolaridade segundo o Boletim de Ocorrência



A respeito das informações de trabalho, mais da metade (68,8%) indicaram relizar algum tipo de atividade laboral. Apenas uma atendida no universo de 80, no entanto, declarou ter registro regular de trabalho em carteira. A maior parte dos trabalhos era registrado como informal, os chamados “bicos”. A maior parte das mulheres exercia atividades sub-remuneradas, com destaque para as atividades de limpeza e faxina, tarefas domésticas e de cuidado de filhos, e atividades vinculadas ao ramo da beleza ou de reciclagem. Duas mulheres dedicavam-se às atividades associadas ao mercado ilegal, como a prostituição e o jogo do bicho.

Vale ressaltar ainda que 11,3% das atendidas declarou expontaneamente depender de benefícios assistencias para manutenção das despesas do lar.

Gráfico 6: Declaração de trabalho segundo o formulário de audiência de custódia

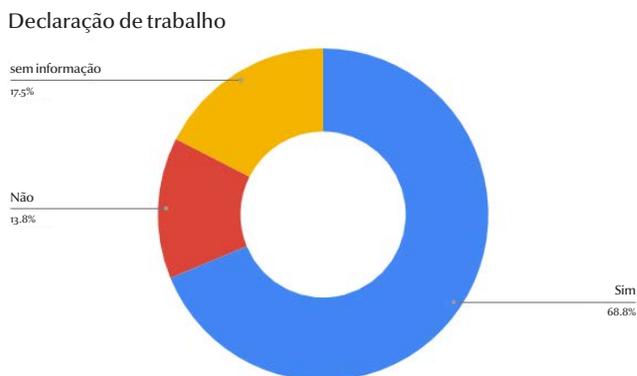


Gráfico 7: Uso de carteira de trabalho segundo formulário de audiência de custódia

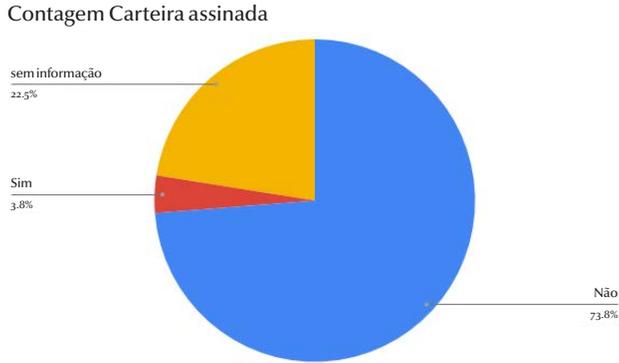
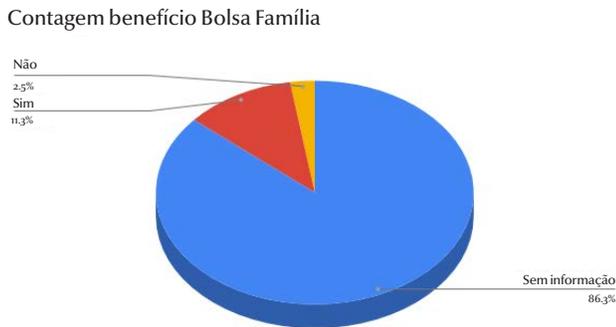


Gráfico 8: Recebimento de auxílio do Bolsa Família segundo formulário de audiência de custódia



Com relação ao Bolsa Família, é relevante apontar que este é um programa social de transferência de renda voltado para as mulheres chefes do lar. O cadastro único e o cartão que permite o saque mensal do benefício são registrados no nome da mulher responsável pela família, de modo que a sua prisão pode acarretar na perda de acesso a esse benefício.

3.2. A FAMÍLIA, O EXERCÍCIO DA MATERNIDADE E O USO PROBLEMÁTICO DE DROGAS

No que tange à maternidade, 44 das mulheres estavam grávidas e/ou eram mães de filhos menores de 12 anos (55% dos casos). A maior parte delas foi enquadrada na faixa etária entre os 18 e 24 anos de idade. Ao analisar suas respostas no formulário de atendimento, foi possível descobrir algumas carac-

terísticas sobre a organização familiar (o número de filhos, e distribuição dos cuidados com os mesmos). Também foram produzidos dados sobre o uso problemático de drogas, o tipo de crime praticado, e os modos de realização da prisão, uma vez que essas informações, por vezes, foram mobilizadas nas argumentações para prender ou soltar as acusadas.

3.2.1 DADOS SOBRE A MATERNIDADE

A faixa-etária na qual se enquadrou a maior parte das mães foi a de 18 e 24 anos, seguida por aquelas na faixa dos 30 anos. A partir dos critérios de faixa etária do IBGE, foi possível tabular as frequências.

Tabela 1: Faixa etária e maternidade declarada

Faixa etária	N. de casos
18-24 anos	16 casos
25-29 anos	8 casos
30-34 anos	8 casos
35-39 anos	05 casos
40-44 anos	03 casos
45-49 anos	0 casos
50-54 anos	04 casos

Ademais, a maior parte das atendidas que eram mães declararam em audiência ter entre 1 e 2 filhos menor de 12 anos sob sua responsabilidade. Além disso, 20,5% declararam estar grávidas. O dado sobre gravidez, importante ressaltar, foi obtido a partir das respostas orais das atendidas, sendo que o grande número de respostas “sem informação” revela uma ausência de certeza sobre a resposta exata à esta questão, e talvez a ausência de um acompanhamento médico ginecológico frequente.

Gráfico 10: Número de filhos menores de 12 anos segundo formulário de audiência de custódia

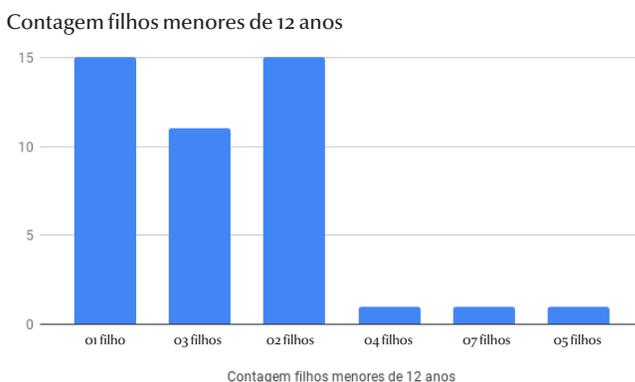
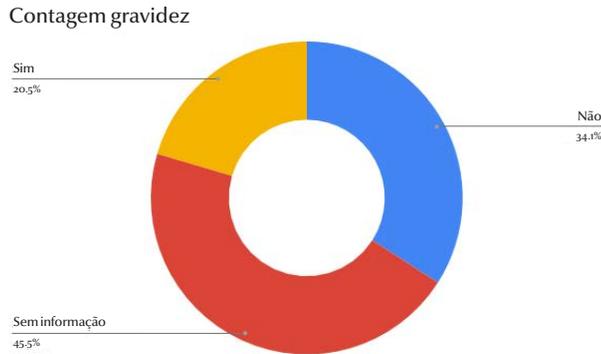
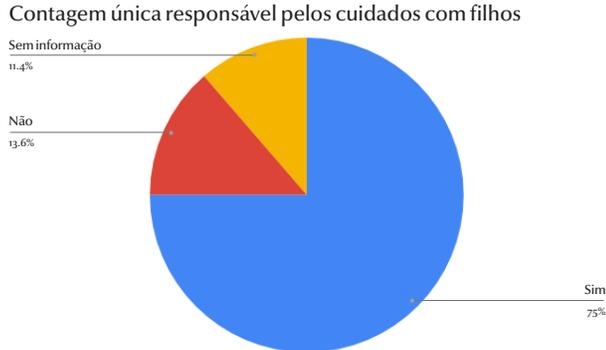


Gráfico 11: Declaração de gravidez segundo formulário de audiência de custódia



Com relação à pergunta sobre ser a principal responsável pelo cuidado dos filhos, 75% respondeu afirmativamente, 13,6% responderam negativamente e 11,4% não responderam a esta pergunta, ou o formulário estava em branco.

Gráfico 12: Responsabilidade pelos cuidados dos filhos segundo formulário de audiência de custódia



Para os casos em que a acusada declarou ser a principal responsável, foi realizada pela advogada a seguinte pergunta: “Há alguém para cuidar do filho em sua ausência?”. Do total de casos (33 respostas), 57,5% responderam que sim, 36,3% responderam que não, e 6% não informaram.

Para o universo de mulheres que respondeu haver alguém para cuidar dos filhos em sua ausência, tentei mapear se haviam indicado no formulário alguém como segundo responsável. Apenas em 21% dos casos o pai da criança foi indicado, em 47,36% os avós foram indicados, prioritariamente a avó materna

da criança, e em 15,7% a tia/madrinha da criança foi indicada. Evidencia-se aqui a reiteração do papel da mulher relacionado ao cuidado e a criação de redes femininas de solidariedade, em que a parentalidade ocupa um espaço desigual nas atribuições de responsabilidades com os filhos.

3.2.2 DADOS SOBRE USO DE DROGAS

Outro dado que apareceu bastante articulado à maternidade nas decisões em audiências de custódia foi o uso problemático de drogas e, por esse motivo, foram selecionadas as respostas dos formulários que atendiam a esta temática. Com relação à declaração de uso de drogas, metade declarou não fazer uso e 43,2% declarou utilizar algum tipo de substância química. As substâncias que apareceram com maior incidência foram a cocaína (15,9%) e o crack (13,6%).

Gráfico 13: Declaração sobre uso de drogas em formulário de audiência de custódia

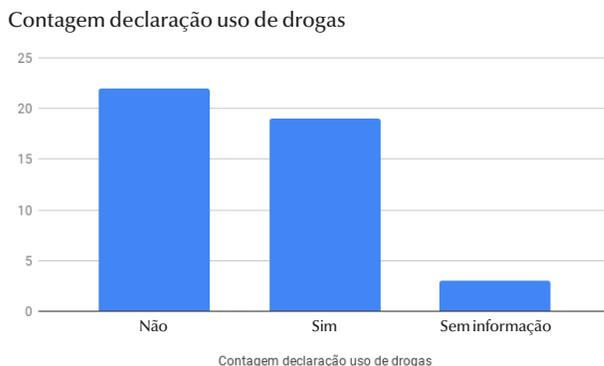
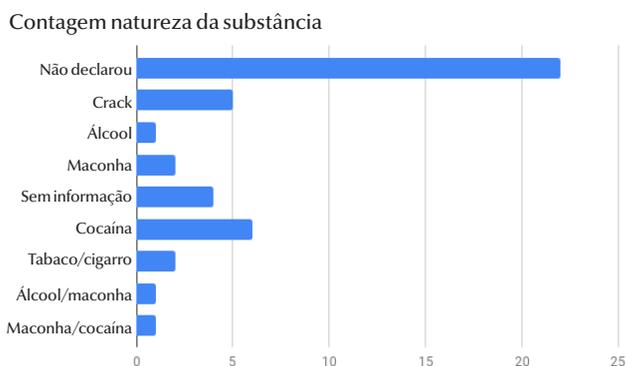


Gráfico 14: Declaração de qual droga é utilizada, em formulário de audiência de custódia



3.3. DADOS SOBRE A PRISÃO

Para as mulheres mães presas, foram colhidas ainda outras informações para além da decisão da audiência de custódia. Assim, com base no formulário, foi possível apurar elementos relacionados a antecedentes criminais e a experiências prévias em audiências de custódia.

Com relação aos antecedentes criminais, a partir dos registros das folhas de antecedentes (F.As), foi possível determinar que 59,1% não apresentaram registros de ocorrências e que 40,9% já tinha sido processada criminalmente. Esse último dado, no entanto, não implica diretamente em reincidência, visto que nem todos os processos à época tinham transitado em julgado.

Na entrevista prévia, também foi questionado às mulheres se já tinham passado pelas audiências de custódia, ou seja, se já tinham sido presas em flagrante no período em que esse instrumento foi instalado – a partir de novembro de 2016, no caso de Itapecerica da Serra. Do universo de 44 casos, 22,7% respondeu positivamente e 72,7% afirmou nunca ter vivenciado esse tipo de audiência.

Gráfico 15: Processo criminal anterior segundo formulário de audiência de custódia

Contagem processo criminal anterior

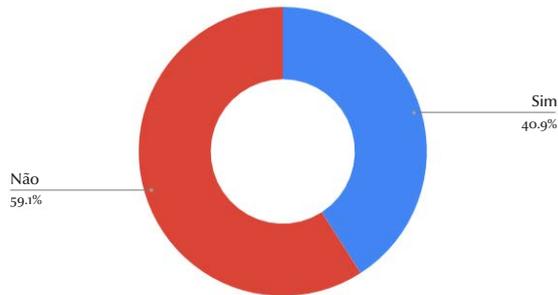
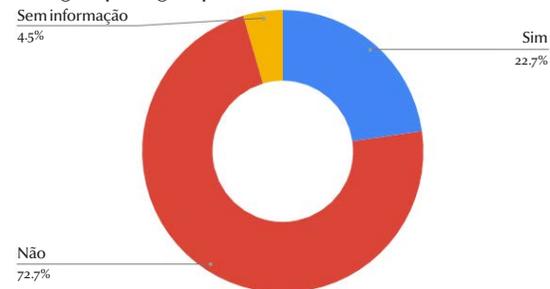


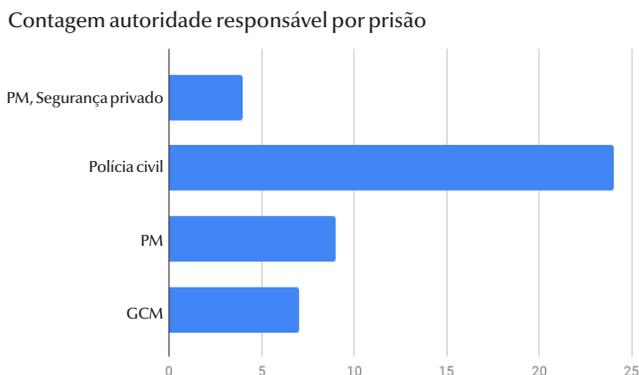
Gráfico 16: Realização de audiência de custódia anterior segundo formulário de audiência de custódia

Contagem passagem por audiência de custódia



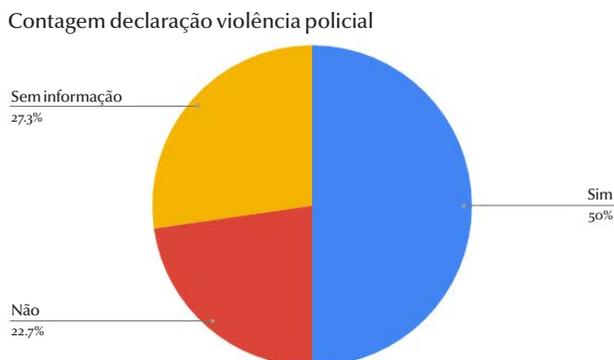
Da leitura atenta dos Boletins de Ocorrência, também foi possível verificar algumas condições em que foram realizadas as prisões em flagrante. A partir da informação “condutor da prisão”, foi possível descobrir que a maior parte dos flagrantes foi conduzido por policiais civis (54,5%), seguido de policiais militares (29,5%), guardas civis municipais (15,9%), e seguranças privados (9,1%).

Gráfico 17: Autoridade que realizou a prisão segundo Boletim de Ocorrência



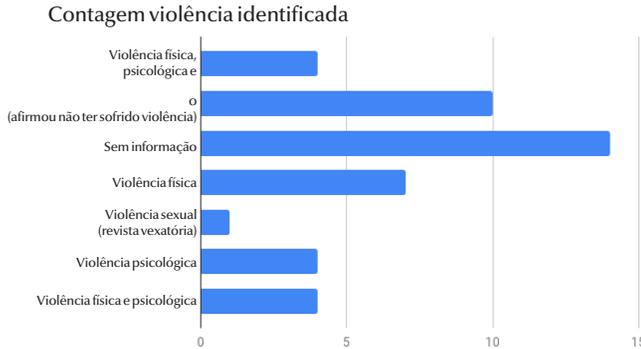
Ainda sobre abordagem policial, foram sistematizados os dados dos formulários a respeito de tortura. Com relação à pergunta: “você sofreu violência policial?”, 50% respondeu que sim, 22,7% que não, e 27,3% preferiram não se manifestar. Esse último dado pode, claro, demonstrar problemas de preenchimento de formulário, mas também pode ser um indício de que a pergunta causava desconforto, considerando-se ainda o fato de que, muitas vezes, a entrevista prévia sofria interferências ou era interrompida pelos agentes policiais.

Gráfico 18: Declaração de violência policial em formulário de audiência de custódia



Com relação a identificação da violência sofrida, vê-se que maioria das mulheres considerou ou descreveu ter sofrido violência física (34,1%), seguida de violência psicológica (27,3%) e de violência sexual (11,4%).

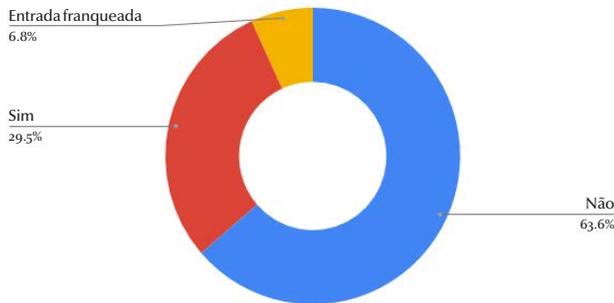
Gráfico 19: Identificação do tipo de violência sofrida em formulário de audiência de custódia



Outro dado interessante foi obtido a partir da verificação do registro entre o endereço declarado pela acusada (contante em sua qualificação) e o endereço de registro da ocorrência no B.O. Verifiquei que, do total de casos, 29,5% apresentaram endereços idênticos de ocorrência e de moradia, ou seja, podem ser considerados indícios de entrada franqueada e realização da prisão dentro da casa sem autorização via mandado judicial.

Gráfico 20: Coincidência entre o endereço da prisão e endereço de moradia segundo Boletim de Ocorrência

Coincidência entre os endereços de domicílio e ocorrência no B.O.



A partir dessa descoberta, cruzei justamente a frequência de casos de invasão de domicílio (29,5%) com os tipos de crime imputados. Encontrei que

em 75% dos casos de invasão tratavam-se de tráfico de drogas, 12,5% eram receptações, 6,25% tratavam-se de venda não autorizada de botijão de gás e 6,25% de lesão corporal.

A respeito da frequência geral dos crimes imputados, é possível conferir na seguinte tabela: os dados de atendimento confirmam as estatísticas nacionais a respeito da prevalência do crime de tráfico de drogas (65,9%), seguido de furto (13,6%), roubo (6,8%) e receptação (4,5%).

Tabela 2: Tipo penal e número de casos

Tipo penal	Frequência
Patrimoniais	
Furto (art. 155, Código Penal)	06 casos
Receptação (art. 180, Código Penal)	02 casos
Roubo (art. 157, Código Penal)	03 casos
Apropriação indébita	01 caso
Lei de Drogas (Lei n.11.343/2006)	
Tráfico de drogas (art.33)	21 casos
Tráfico de drogas (art.33) e Associação para o tráfico de drogas (art.35)	08 casos
Outros crimes	
Crime contra a ordem econômica: vender, distribuir, e revender derivados de petróleo (botijão de gás)	01 caso
Lesão corporal e disparo ilegal de arma de fogo	01 caso
Moeda falsa e corrupção ativa	01 caso

3.2.3 DECISÕES DAS AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA

Para o universo de mulheres mães, foram tabeladas, além da decisão final do juiz, informações a respeito dos pedidos do representante do Ministério Público, o tipo de medida cautelar aplicada, e a existência ou não de correlação com o Habeas Corpus Coletivo 143.641.

Relativamente às mulheres mães, o número de prisões preventivas (43,2%) quase ultrapassa as concessões de liberdade provisória (47,7%), sendo que apenas em 6,8% dos casos de liberdade não ocorreu a aplicação de medidas cautelares. Além disso, apenas 6,8% dos casos tiveram a substituição da prisão preventiva por domiciliar. Em um único caso (2,3%), a prisão foi relaxada.

Outro dado relevante a respeito das prisões é que o cruzamento entre o total de prisões preventivas com o tipo de crime cometido resulta que em 73,6% das prisões preventivas os crimes imputados às mulheres mães foi o de tráfico de drogas.

Importante notar ainda que os pedidos do Ministério Público se coadunam com os resultados apresentados pelos juízes. A partir da leitura dos ter-

mos de audiência, foi possível verificar que em 54,5% dos casos o representante do MP indicou parecer favorável à prisão.

Gráfico 21: Decisão da audiência de custódia de acordo com o termo de audiência

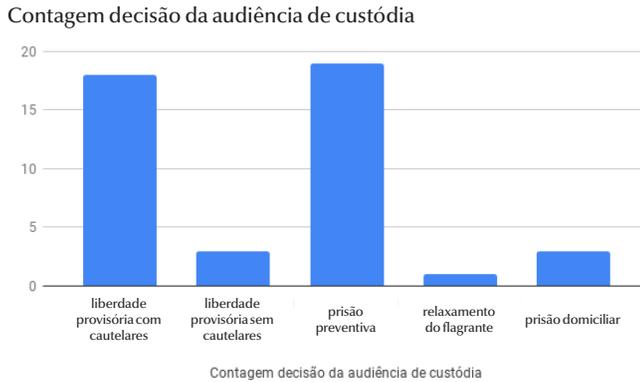
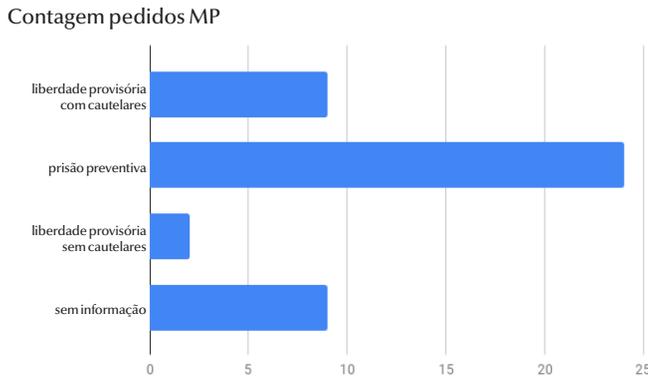


Gráfico 22: Formulação do Ministério Público em audiência de custódia



Conforme demonstrado, a maior parte das concessões de liberdade provisória foi condicionada à aplicação de medidas cautelares. A partir das leituras das decisões, identifiquei ainda que as medidas mais frequentemente aplicadas foram: comparecimento periódico em juízo (31,8%), proibição de ausentar-se da comarca (31,8%), e recolhimento domiciliar noturno (6,8%).

Finalmente, contabilizei o número de decisões anteriores e posteriores ao HC Coletivo. O resultado foi o seguinte: 59,1% das decisões foram anteriores e 40,9% foram posteriores. Se analisadas apenas as decisões posteriores, têm-se que apenas 15,9% mencionaram diretamente o Habeas Corpus, sen-

do que em 9,1% dos casos o precedente foi aplicado em benefício da acusada e em 6,8% foi afastado.

Gráfico 23: Audiência de custódia e o HC Coletivo

A decisão é anterior ou posterior ao HC coletivo? (20/02/2018)

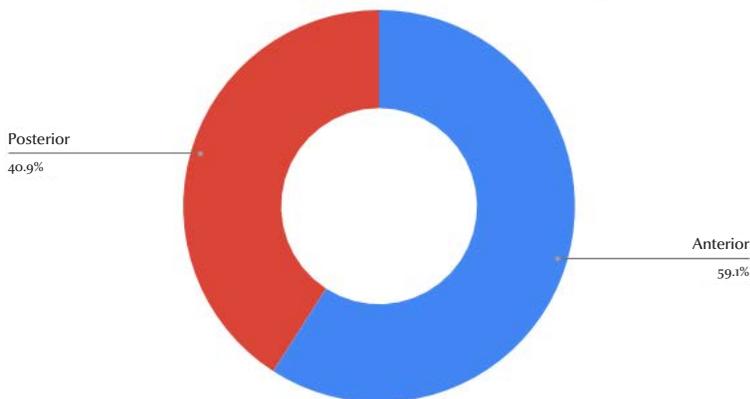
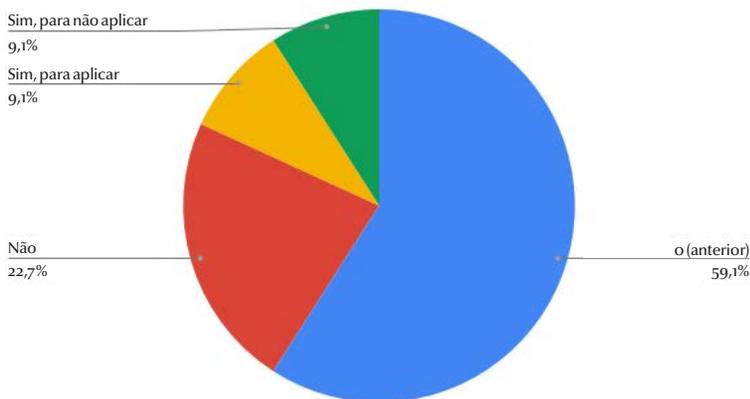


Gráfico 24: Menção ao HC Coletivo em decisão de audiência de custódia

Há menção ao HC 143.641?



CAPÍTULO 4: ANÁLISE QUALITATIVA DOS DISCURSOS JUDICIAIS

Os dados quantitativos apresentados já revelam alguns indícios de fatores que contribuem para um resultado em prol da liberdade ou da prisão, como os antecedentes criminais, alguns dados sobre organização da família, até o parecer e o pedido do Ministério Público. No entanto, somente a análise qualitativa será capaz de demonstrar como esses elementos se articulam no discurso para produzir argumento e sentidos.

A operação de categorização dos discursos se deu a partir de um esforço de identificação de padrões ou repetições de formulas escritas, conforme indica o método da teorização fundamentada nos dados. Com vistas a facilitar o olhar para esses padrões, primeiro foram separados os casos pelo filtro “resultado da audiência”. Assim, foram identificadas 06 decisões de concessão de liberdade provisória, 03 de substituição por prisão domiciliar e 15 de aplicação de prisão preventiva.

A partir dessa divisão por resultado, buscou-se compartimentalizar em grupos os argumentos ou justificativas que foram mobilizadas para cada situação. As três tabelas abaixo indicam a posição do Ministério Público em cada caso, o tipo penal imputado, as categorias argumentativas de justificação da decisão, tal qual são enunciadas, bem como as concepções de intervenção aplicadas.

Tabela 3: Concessão de liberdade provisória como resultado

CATEGORIAS	DECISÕES					
	1	2	3	4	5	6
Posição do MP						
Favorável a liberdade	X	X				
Desfavorável a liberdade			X			
Sem informação				X	X	X
Tipo Penal						
Tráfico de drogas		X	X		X	X
Crimes Patrimoniais	X			X		
Habeas Corpus Coletivo 143.641						
Anterior	X					
Posterior (aplicou)		X	X			
Posterior (não aplicou)						
Posterior (não mencionou)				X	X	X
Representação da ausência de periculosidade concreta (justificativas em prol da liberdade)						
Primariedade	X		X	X	X	X
Residência fixa	X		X			
Ocupação lícita	X		X			
Cuidados com filhos menores de 12 anos/ Gravidez	X	X	X	X	X	X
Crime cometido sem violência ou grave ameaça	X		X			X
Situação de miserabilidade	X					
Colaborou com a atividade policial		X				
HC coletivo		X	X			
Prova documental sobre maternidade					X	
Representações da prisão						
Prisão medida extrema/ desproporcional	X			X	X	X
Ausentes os elementos suficientes para a decretação da prisão preventiva	X	X	X			X

CATEGORIAS	DECISÕES					
	1	2	3	4	5	6
Prisão inadequada ao direito das crianças					X	
Concepção da intervenção						
Medidas cautelares suficientes. Comparecimento periódico em juízo	X	X	X	X	X	
Medidas cautelares suficientes. Proibição de ausentar-se da comarca		X	X	X	X	X
Medidas cautelares suficientes. Recolhimento domiciliar no período noturno e dias de folga.		X				

A partir da observação da Tabela 4, é possível verificar que os elementos mais mobilizados pelos juízes em prol da liberdade foram a condição de primariedade, a guarda e o cuidado com os filhos menores de 12 anos, e o fato do crime ter sido cometido sem violência ou grave ameaça.

A prisão preventiva foi considerada, no geral, como uma medida extrema. Em apenas um caso o juiz escreveu sobre os efeitos para as crianças: “impõe-se a consideração do prejuízo que a segregação cautelar infligiria aos infantes”³². Ademais, todos os casos tiveram como resultado de intervenção a aplicação de medidas cautelares, sendo que a maior parte deles indicou pelo menos duas modalidades de medidas, o comparecimento periódico em juízo e a proibição de ausentar-se da comarca³³.

Com relação ao elemento maternidade, 03 das decisões (2, 3, e 5) articularam a questão da guarda e dos cuidados aos direitos reconhecidos pelo Marco Legal da Primeira Infância e pelo Habeas Corpus Coletivo. Vejamos dois exemplos:

Considerando a decisão proferida pela Segunda Turma do Superior Tribunal Federal no julgamento do **Habeas Corpus coletivo nº 143.641/SP, Comunicado conjunto nº 393/2018 (processo nº 2018/29865)** da Presidência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e da Corregedoria Geral, e levando-se em consideração que **a ré é genitora de crianças com idade inferior a doze anos**, em tese, sob sua guarda, **SUBSTITUO A PRISÃO PREVENTIVA DA AUTUADA PELA** por liberdade provisória (destaques nossos)³⁴

Também produziu a indiciada, por sua Defesa, prova documental de ser mãe de ao menos duas crianças, por cuja guarda é presumivelmente responsável e, assim, em **reconhecimento à proteção constitucional e legalmente reconhecida à primeira infância, impõe-se a consideração**

32 Trecho de decisão de audiência de custódia nº5, anexo III.

33 Incisos I, e IV do art. 319 do CPP.

34 Trecho da decisão de audiência nº2, anexo III.

do prejuízo que a segregação cautelar infligiria aos infantes (grifo nosso)³⁵

No primeiro caso, há um exercício mecânico de identificação dos requisitos legais e aplicação do precedente do HC Coletivo. Já no segundo trecho, o discurso articula o elemento da maternidade com a noção explícita de proteção constitucional de primeira infância, e os efeitos negativos da separação de vínculos.

Outra possibilidade discursiva identificada foi aquela que mobilizou a maternidade como mais um dos fatores a qualificar a ausência de periculosidade concreta da indiciada (decisões 1,3, e 4). Assim vejamos:

Com efeito, embora a infração seja desmedidamente grave, considerando a grande quantidade de drogas encontrada na residência, a custodiada **N. é primária, sendo necessária ao cuidado de crianças de tenra idade. Ainda, o fato não foi praticado com violência ou grave ameaça.** Em suma, não há informações que possam evidenciar a periculosidade concreta do indiciado, a ponto de justificar a aplicação da medida extrema da prisão preventiva (grifo nosso).³⁶

Vislumbro, portanto, na aplicação da liberdade provisória pelos juízes dois eixos narrativos predominantes. Um deles que articula o fator maternidade com a aplicação direta da lei e de precedente do STF, e outro que coloca a maternidade no mesmo patamar de outros eixos circunstanciais para a exclusão da periculosidade concreta. Não obstante sejam dois eixos narrativos distintos, nada impede que uma mesma decisão escrita mobilize ambos os discursos para fundamentar a concessão da liberdade provisória.

Conforme será demonstrado ao longo Tabela 5 a seguir, nos casos em que a decisão foi a de substituição da prisão preventiva por domiciliar (03 casos), identifiquei a utilização da mesma linha discursiva voltada a aplicação direta das normas de proteção da primeira infância e do HC Coletivo como precedente paradigmático.

Tabela 5: Substituição da prisão preventiva por domiciliar

CATEGORIAS	DECISÕES		
	7	8	9
Posição do MP			
Favorável a liberdade			
Desfavorável a liberdade	X		X
Sem informação		X	

35 Trecho da decisão nº5, anexo III.

36 Trecho da decisão nº6, anexo III.

CATEGORIAS	DECISÕES		
	7	8	9
Tipo Penal			
Tráfico de drogas		X	X
Crimes Patrimoniais	X		
Habeas Corpus Coletivo 143.641			
Anterior	X		
Posterior (aplicou)		X	X
Posterior (não aplicou)			
Posterior (não mencionou)			
Justificativas em prol da aplicação da prisão domiciliar			
Primariedade			
Residência fixa			
Ocupação lícita			
Cuidados com filhos menores de 12 anos/ Gravidez	X	X	X
Crime cometido sem violência ou grave ameaça			
Situação de miserabilidade			
Colaborou com a atividade policial			
HC coletivo		X	X
Prova documental sobre maternidade	X		
Representações da periculosidade concreta			
Risco considerável de reiteração de ações delituosas	X		
A garantia da ordem pública deve ser preservada	X	X	X
Modus operandi dos acusados (valer-se de arma de fogo, de ameaças, de atuação em grupo)	X		
Variedade de drogas		X	X
Crime é equiparado a hediondo		X	X
Representações da prisão			
Presentes os elementos suficientes para a decretação da prisão preventiva	X	X	X
Concepção da intervenção			
Prisão domiciliar	X	X	X

Nos casos em que o resultado foi a prisão domiciliar, há uma percepção dos magistrados de que a prisão preventiva é cabível e adequada. Isso porque os crimes cometidos foram considerados graves e a forma de atuação das indiciadas foi considerada como apta a “espelhar periculosidade”, ofendendo a ordem pública. No entanto, a substituição da prisão preventiva por domiciliar foi fundamentada em todas as decisões a partir de uma base estritamente legal, ou seja, pela aplicação dos conteúdos determinados pelo artigo 318 do

CPP e pela decisão do STF no HC Coletivo 143.641. O exemplo abaixo revela esse raciocínio.

De fato, a atuação da averiguada **espelha periculosidade concreta**, em razão da variedade de drogas (cocaína, crack e maconha) que transportava para abastecer o ponto de tráfico em Itapeperica da Serra. Importa destacar, outrossim, que o **crime é equiparado a hediondo e causa extremo desassossego à sociedade**, motivo pelo qual a prisão se faz necessária para garantia da ordem pública. Do exposto, nos termos do art. 310, inciso II, do Código de Processo Penal, converto a prisão em flagrante em prisão preventiva. **Considerando recente decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal e em razão da informação da investigada de que possui filho menor de 12 anos**, nos termos do artigo 317 e 318, do CPP, DEFIRO a prisão domiciliar em seu favor (grifo nosso).³⁷

Por fim, na terceira e seguinte tabela apresento as categorias mobilizadas nos casos de prisão preventiva. Como será possível observar, nesses casos há maiores disputas a respeito do modo como se deve aplicar as leis em prol do direito social à maternidade e à primeira infância, bem como há mais revelações sobre os sentidos atribuídos à mulher criminosa e a um exercício de maternidade não ideal.

Tabela 5: Aplicação da prisão preventiva

CATEGORIAS	DECISÕES																	
	10	11	12	13	14	15	16	17	18	19	20	21	22	23	24			
Posição do MP																		
Favorável a liberdade																		
Desfavorável a liberdade	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X
Sem informação																		
Tipo Penal																		
Tráfico de drogas		X	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X
Crimes Patrimoniais	X																	
Habeas Corpus Coletivo 143.641																		
Anterior			X		X	X	X	X	X	X		X						
Posterior (aplicou)																		
Posterior (não aplicou)	X	X		X												X	X	X
Posterior (não mencionou)												X						
Representações da periculosidade concreta (justificativas em prol da aplicação da prisão)																		
Reiteração delitiva/ Insuficiência das medidas cautelares	X			X	X				X	X		X	X					
Gravidade do delito		X	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X

37 Trecho da decisão nº7, anexo III.

CATEGORIAS	DECISÕES														
	10	11	12	13	14	15	16	17	18	19	20	21	22	23	24
Quantidade de drogas			X		X	X	X	X		X				X	X
Natureza/diversidade das drogas			X	X	X	X	X	X		X				X	X
Indícios de associação para crime		X	X												
Drogas no domicílio		X			X									X	X
Uso de drogas		X								X	X	X			
Risco à criança		X								X	X	X	X		
Ausência de trabalho		X								X	X	X			
Outras pessoas cuidam da criança				X				X			X	X	X		
Prova documental sobre maternidade (comprovação idônea de filiação)	X	X	X	X		X	X	X	X		X		X		
Aplicação do art. 318 é facultade do juiz			X		X	X	X	X	X						
Garantia da ordem pública.	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X
Representações da prisão															
Prisão preventiva se im-põe/ adequada	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X
Prisão mais benéfica à criança		X								X	X	X			
Concepção da intervenção															
Prisão preventiva	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X
Oficiar o Conselho Tutelar/ providências para os cuidados com filhos		X								X	X				

Uma análise detida desta última tabela de resultados me permitiu delinear 4 linhas discursivas. A primeira delas é a que associa a aplicação do Art. 318 do CPP à comprovação idônea de filiação, via apresentação de prova documental. No exemplo abaixo, posterior ao HC Coletivo, o juiz indica:

O relato da existência de filho menor com deficiência pode, em tese, atrair a regência do art. 318 do Código de Processo Penal, mas para tanto **se exige a comprovação idônea da filiação** (art.318, parágrafo único, do CPP) o que não está presente na hipótese (grifo nosso).¹

A exigência de comprovação documental do parentesco para aplicação da lei apareceu em 10 dos 15 discursos, o que demonstra um desconhecimento ou mesmo ignorância sobre o fato de que uma pessoa presa em flagrante dificilmente terá meios de apresentar provas, como a certidão de nascimento dos filhos, em um período menor de 24h e ainda sem advogado constituí-

1 Trecho da decisão nº10, anexo III.

do. Igualmente, esse argumento revela-se perverso na medida em que coloca em descrédito a palavra da mulher, reiterando violências simbólicas de gênero pelo seu silenciamento.

Já a segunda linha, bastante similar e recorrentemente associada à primeira, afirma que a aplicação do Art. 318 é uma faculdade do juiz e não um direito subjetivo do preso. Veja:

Em relação ao art. 318 do Código de Processo Penal, registro que **se trata de faculdade do magistrado (“Poderá o juiz ...”)**, e não de direito subjetivo do preso. Nessa linha: NUCCI, Guilherme de Souza. Código de Processo Penal comentado. 15. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015 (grifo nosso)²

A respeito desse tipo de argumento, vale destacar que sua aplicação se deu em casos anteriores a decisão do Habeas Corpus Coletivo, de modo que o seu “desaparecimento” ou não identificação em decisões posteriores é potencialmente reveladora da efetividade do precedente do STF em afastar a interpretação de que a aplicação do Marco Legal da Primeira Infância seria um benefício à disposição das inclinações do juiz, garantindo a compreensão do Art.318 do CPP como um direito da mulher presa.

A terceira e a quarta linhas discursivas estão intimamente conectadas com o crime de tráfico de drogas (presente em 14 das 15 decisões analisadas). Em uma das linhas, o fato da droga ter sido encontrada no interior do domicílio é o que justifica a não aplicação da prisão domiciliar, uma vez que o local da suposta atividade criminosa seria confundido com o local da restrição de direitos.

Configura-se ademais situação excepcionalíssima tal como ressalvada no voto condutor do voto proferido pela Colenda 2º Turma do STF no julgamento do habeas corpus coletivo, **uma vez que a utilização da residência para atividade central do tráfico de drogas na região torna a prisão domiciliar, mais do que inviável, um contrassenso** (grifo nosso).³

A última linha, de forma mais explícita, associa o crime de tráfico de drogas e o uso de substâncias entorpecentes como elementos constitutivos e “naturais” de uma vida criminosa, o que por consequência inviabilizaria o exercício da maternidade.

No tocante à alegação de que a atuada é a única responsável pela criação de seu filho pequeno, tem-se que não a beneficia. A própria atuada **afirmou ser pessoa que não trabalha e não estuda, sendo usuária de**

2 Trecho da decisão nº12, anexo III.

3 Trecho da decisão nº 23, anexo III.

crack há aproximadamente oito anos. Outrossim, admitiu a prática do tráfico, embora não se trate de momento de analisar o mérito da causa. Dessa forma, evidente que **não tem a menor condição de ser responsável por criança de menos de dois anos de idade, que correrá sério risco se ficar sob os cuidados de pessoa usuária de crack e envolvida com a criminalidade perigosa relacionada ao comércio de drogas.** Sobre os efeitos prejudiciais da distância da mãe com relação ao filho, menciono que à evidência são muito menos piores do que o contato de criança com usuário de crack envolvido com o tráfico de drogas. Assim, presentes os requisitos legais, converto a prisão em flagrante em PRISÃO PREVENTIVA (grifo nosso).⁴

Nesse tipo de discurso, ainda, a prisão foi identificada como meio menos gravoso, e até mais benéfico, do que a manutenção de vínculos da criança com uma mãe marcada pelo “mundo das drogas e do crime”. Ainda foram identificados 03 casos em que, para além da prisão preventiva, o magistrado realizou pedido para que fosse oficiado o Conselho Tutelar.

CAPÍTULO 5: SENTIDOS ATRIBUÍDOS À MULHER PERIGOSA E À MATERNIDADE: HIERARQUIAS REPRODUTIVAS

“É pela maternidade que a mulher realiza integralmente seu destino fisiológico; é a maternidade sua vocação ‘natural’, porquanto todo o seu mecanismo se acha voltado para a perpetuação da espécie” (BEAUVOIR, 2019, p. 279). Essa frase, escrita por Simone de Beauvoir, é reveladora do principal e possivelmente mais antigo sentido atribuído à maternidade, qual seja o da manutenção da reprodução sexual, do poder de gerir e dar a vida, de modo que os fatores biológico e fisiológico dessa condição têm como efeito a naturalização do exercício da maternidade, corroborando com a noção de “instinto materno”, e com a construção de um imaginário sobre atitudes consideradas mais ou menos maternas.

A respeito desse tema, Batinter relembra que as expectativas sociais a respeito da maternidade estão imbricadas com nas funções de manutenção da sobrevivência e da educação da prole, desde o embrião até a vida adulta (BATINDER, 1985). A “boa maternagem”, nesse sentido, está associada tradicionalmente ao grau de cuidado, dedicação e interesse da mãe pelo filho.

Com isso em mente, é possível compreender a razão pela qual a maioria das decisões analisadas simplesmente não aplicam a lei de forma pragmática, isto é, como uma simples conferência de requisitos objetivos. Em grande par-

te das decisões, ao contrário, operacionaliza-se a construção de um juízo de valor sobre quem pode ser considerada mãe (aquela que comprova documentalmente que trabalha, que não ostenta antecedentes criminais), e como essa maternidade deve ser exercida (longe de usuárias de drogas, de mulheres sem instrução educacional formal e da delinquência).

E se por um lado é possível identificar nos discursos algumas boas intenções e até mesmo preocupações dos magistrados sobre a proteção do melhor interesse da criança, por outro lado os critérios adotados para validar ou não o direito social à maternidade nos casos concretos revelam a priorização de determinados marcadores de classe, raça e sexualidade. Ou seja, na aplicação de critérios que reforcem um modelo unívoco e ideal maternidade, contribuindo para formação de hierarquias reprodutivas.

O conceito de hierarquias reprodutivas elaborado por Mattar e Diniz, remete-se a percepção de que os exercícios da reprodução e da sexualidade são mediados por relações de poder (MATTAR; DINIZ, 2012, p. 113). Nesse sentido, a maior ou menor aceitação dessas maternidades se relacionam ao aparecimento de fatores de discriminação e exclusão social, como: raça, classe, geração e orientação sexual declarada. Conforme indicam as autoras, quanto menos branca, mais pertencente a uma classe econômica baixa, mais jovem ou bem mais velha, homossexual ou solteira, menor a aceitação social sobre aquela vivência da maternidade.

A partir desse conceito instrumental, fica claro que, tanto as decisões judiciais que ignoram os marcadores sociais da diferença na compreensão das vivências sobre maternidades, quanto aquelas que explicitamente mobilizam esses fatores para justificar a prisão, procedem à reafirmação de uma forma de maternidade considerada hegemônica, e reproduzem processos de discriminação e de deslegitimação sociais.

Além dos fatores de raça, classe, sexualidade e idade, as autoras apontam que as dificuldades de aceitação da maternidade podem ser conjugadas a outros atributos, como problemas de saúde, uso problemático de drogas, situação de rua, e infrações penais. Quanto maior a somatória de vulnerabilidades sociais, menos aceitável a maternidade, e mais abaixo na pirâmide hierárquica da reprodução, são as maternidades consideradas subalternas.

No âmbito dos discursos e práticas mobilizados pelos juízes em audiência de custódia, é possível perceber que o reconhecimento e a legitimação do exercício da maternidade enquanto direito, via aplicação Marco Legal da Primeira Infância e do HC Coletivo, estiveram intimamente atrelados aos elementos que

caracterizam o sujeito “mulher perigosa”. De acordo com as tabelas, os elementos que informaram sobre a existência de periculosidade concreta foram: i) antecedentes criminais (primariedade x reiteração delitiva); ii) gravidade do crime (sem violência ou ameaça x gravidade concreta); iii) apresentação de residência/realização de trabalho (ocupação lícita x não trabalhar); e iv) o uso de drogas.

Ao articular esses elementos com o conceito de hierarquias reprodutivas, não é difícil perceber que as mulheres cujos exercícios da maternidade são mais vulneráveis são aquelas muito jovens, solteiras, sem nenhum ou pouco apoio familiar, não brancas, desempregadas e com baixa escolaridade, usuárias de drogas, que apresentam antecedentes criminais e a qual são imputados crimes com alta reprovabilidade social, como o tráfico de drogas.

Tomando como base explicativa o conceito de hierarquias reprodutivas, não é à toa que justamente nos casos de maior intersecção de vulnerabilidades, as decisões judiciais tenham enunciado a inaptidão para a maternidade, a ausência de condições econômicas para o sustento, a ausência de condições psicológicas e de saúde para garantir o cuidado. Assim, a operacionalização das hierarquias de gênero faz com que o exercício da maternidade seja representado não como um direito da mulher presa e da criança, mas como um risco oferecido por aquela mulher considerada “perigosa”, “de vida criminosa” e “desajustada” à integridade física e à saúde da criança.

É revelador também que em três casos o magistrado tenha acionado a figura do Conselho Tutelar como um dos encaminhamentos da decisão. O Conselho Tutelar é um órgão público municipal autônomo, instituído por lei, de cargo eletivo⁵. O objetivo geral do Conselho Tutelar é receber queixas e informações sobre situações consideradas ameaçadoras ou violadoras dos direitos da criança e do adolescente, sendo o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) o instrumento que estabelece as atribuições legais do Conselheiro Tutelar. Dentre essas atribuições – Arts. 136, 95, 101, e 129 do ECA – destaca-se o encaminhamento à autoridade judiciária da infância e da juventude de demandas e conflitos de interesse sobre guarda, tutela e destituição do poder familiar.

Nesse contexto, a prática de oficiar o Conselho Tutelar, ainda que não verificados seus desdobramentos práticos nesta pesquisa, pode indicar não só um modo de fiscalização *a posteriori* do exercício dessas maternidades, como também pode representar uma nova forma de punição que extrapola a decretação da prisão preventiva e se materializa na possibilidade de destituição do poder

5 Para mais informações sobre o Conselho Tutelar, acesse página institucional eletronicamente disponível em: <http://www.crianca.mppr.mp.br/pagina-1847.html>. Acesso em setembro de 2019.

familiar. A oficialização do Conselho Tutelar nas audiências de custódia pode ser compreendida então, como uma ferramenta de vigilância e controle destinada àquelas mulheres que foram consideradas mães perigosas, transgressoras, irresponsáveis e, portanto, menos legítimas.

CAPÍTULO 6: CONSIDERAÇÕES FINAIS

No presente trabalho me propus a analisar decisões judiciais de audiências de custódia, compreendidas como discursos jurídicos escritos a respeito de casos envolvendo mulheres mães presas na Comarca de Itapeverica da Serra, no período de dois anos (dezembro de 2016 a dezembro de 2018). O trabalho sistemático com o banco de dados de 80 processos e fichas de atendimento cedido pelo Instituto Pro Bono permitiu a elaboração de dados quantitativos a respeito do perfil socioeconômico das mulheres atendidas, bem como a compreensão sobre algumas características da prisão e das decisões em audiências.

A respeito das mulheres mães, sujeitas das decisões de audiência analisadas pela pesquisa, tem-se que a maior parte delas se declararam solteiras, foram identificadas como pardas no Boletim de Ocorrência, encontravam-se na faixa etária entre 18 e 24 anos de idade, e declararam realizar algum tipo de trabalho informal. Verifica-se, desde logo, marcadores sociais que vão ao encontro do perfil seletivo do sistema penal, qual seja a da mulher jovem e parda/negra, com arranjos familiares monoparentais, e marcada pela a precarização das possibilidades de realização econômica.

A análise qualitativa dos discursos, em seguida, possibilitou vislumbrar como esses marcadores sociais são mobilizados pelos juízes na construção da categoria “periculosidade concreta”, e articulados com outras informações como antecedentes criminais, gravidade do crime e uso problemático de drogas. A partir da categorização dos discursos, foram identificadas seis linhas narrativas, as quais retomo na tabela abaixo.

Tabela 7: Linhas narrativas do discurso e pontos centrais do conteúdo

Linha narrativa do discurso	Pontos centrais do conteúdo
Discurso 01: Maternidade como fator de vulnerabilidade social.	Condição de gravidez e cuidados com criança como um dos elementos para constatação de ausência de periculosidade concreta.
Discurso 02: Aplicação objetiva do Marco Legal da Primeira Infância	Aplicação dos requisitos objetivos da lei (estar grávida, ser mãe de filho menor de 12 anos).
Discurso 03: Prova documental	Exigência de prova idônea da maternidade (ou seja, a palavra por si só não é suficiente).
Discurso 04: Aplicação da lei faculdade do juiz	Compreensão de que a expressão “pode o juiz” dá abertura para discricionariedade.

Linha narrativa do discurso	Pontos centrais do conteúdo
Discurso 05: Drogas no domicílio	A confusão entre o lugar do crime e o lugar do cumprimento da restrição de liberdade impede a aplicação da lei.
Discurso 06: Maternidade irresponsável como fator de risco para a criança	A maternidade associada a uma vida criminosa e ao uso de drogas configura risco para a saúde e integridade das crianças.

Finalmente, a compreensão de que o exercício da maternidade é mediado por relações de poder, trazida pelo conceito de “hierarquia reprodutiva”, tentou criar bases explicativas para o fato de que algumas formas de exercer a maternidade são consideradas mais ou menos reconhecidas pelos juízes em audiência de custódia. A naturalização da maternidade a partir de sua função biológica reprodutiva e conseqüentemente das atividades de cuidado dela recorrentes, contribui para construção e reafirmação de um modelo pautado por estereótipos e papéis de gênero ligados à domesticidade e a pureza que nem todas as mulheres são capazes de cumprir ou de se encaixar.

Diante dessas reflexões, considero importante pensar a proteção aos direitos sexuais e reprodutivos, em especial o direito social maternidade, para além das normativas legais que no plano formal são capazes de reconhecer as especificidades de gênero das mulheres encarceradas, mas não articula outros marcadores sociais, como raça e classe. O Marco Legal da Primeira Infância, nesse sentido, é um aparato que deve ser articulado pelos atores de justiça para garantir a liberdade das mulheres mães presas, mas sem que se percam de vista suas limitações, principalmente com relação à sua utilização para reafirmação um determinado lugar social para a maternidade, que é discriminatório.

Os discursos, no plano simbólico, e práticas de aprisionamento e oficialização do Conselho Tutelar, no plano material, que são adotados nas audiências de custódia, podem então ser compreendidos como mecanismos de gestão de direitos sexuais e reprodutivos das mulheres consideradas criminosas, na medida em que fica a cargo do juiz decidir não só a respeito da necessidade da prisão (primeira punição), como também dar a palavra final sobre a garantia ou não da manutenção dos vínculos familiares, e de separação entre mãe e filho (segunda punição).

Confirmada a hipótese inicial, sugiro, por fim, que as possibilidades de realização de diferentes modelos de maternidade – de modo voluntário e seguro – sejam delegadas e compartilhadas também com o Estado, ou seja, que para além da criminalização das mulheres e por meio do desenvolvimento de políticas públicas fora do Direito Penal, haja formas multidisciplinares de as-

sistência médica, assistencial e jurídica voltadas às mulheres e aos homens que exercem os papéis de cuidado com os filhos.

REFÊRENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ANDRADE, Vera Regina Pereira de. “Criminologia e Feminismo: da mulher como vítima à mulher como sujeito”. *In*: CAMPOS, Carmen Hein de [Org.]. Criminologia e feminismo. Porto Alegre: Sulina, 1999, p. 105-117.
- ANGOTTI, Bruna. Entre as leis da ciência, do estado e de Deus: o surgimento dos presídios femininos no Brasil. 1. Ed – São Paulo: IBCCRIM, 2012.
- BARATTA, Alessandro. “O paradigma do gênero: da questão criminal à questão humana”. *In*: CAMPOS, Carmem Hein de (Org.). Criminologia e feminismo. Porto Alegre, Sulina, 1999.
- BADINTER, Elisabeth. Um amor conquistado: o mito do amor materno; tradução de Waltensir Dutra. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1985.
- BANDEIRA, Ana Luíza Viellela de Viana. Audiências de custódia: percepções morais sobre violência policial e quem é vítima. 2018. Dissertação (Mestrado em Antropologia Social) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018.
- BEAUVOIR, Simone de. O segundo sexo, Vol.2: A experiência vivida. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2019.
- BOURDIEU, Pierre. A dominação masculina. 3ª ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2003.
- BUTLER, Judith. Problemas de Gênero: feminismo e Subversão da Identidade. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.
- BRAGA, Ana Gabriela Mendes. Entre a Soberania da Lei e o Chão da Prisão: a maternidade encarcerada. Revista Direito FGV: São Paulo, Jul – Dez 2015, pg. 553 – 546.
- CAMPOS, Carmen Hein de. “Ração e Sensibilidade: Teoria Feminista do Direito e Lei Maria da Penha”. *In*: (Org.). Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminista Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 1-12.
- CARTA DE SÃO PAULO. Mães do Cárcere: construindo caminhos para a garantia da convivência familiar de mulheres e crianças. Elaborada por: Pastoral Carcerária; Defensoria Pública do Estado de São Paulo e Ministério Público de São Paulo. São Paulo: [s.l.], 2011. Disponível em: <<http://carceraria.org.br/wp-content/uploads/2012/09/CARTA-de-sp-PDF.pdf>>. Acesso em setembro de 2019.
- CELLARD, André. “A análise documental”. *In*: A pesquisa Qualitativa: enfoques epistemológicos e metodológicos. Petrópolis, RJ: Vozes, 2012.
- DINIZ, Debora. Carta de uma Orientadora: o primeiro projeto de pesquisa. Brasília: Letras Livres, 2012.
- CRENSHAW, Kimberle. “Demarginalizing de Intersection of Race and Sex: a Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics”. *In*: The University of Chicago Legal Forum, Vol. 1989, Issue 1, Artigo 8, 1989.
- DAFLON, Verônica Toste. Tão longe, tão perto: pretos e pardos e o enigma racial brasileiro. Tese de Doutorado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Sociologia, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2014.
- ESPINOZA, Olga. A mulher Encarcerada em Face do Poder Punitivo. São Paulo: IBCCrim, 2004.
- FACHINETTO, Rochele Fellini. Quando eles as matam, quando elas o matam: uma análise dos julgamentos de homicídio pelo Tribunal do Júri. Tese de Doutorado em Programa de

- Pós-Graduação em Sociologia. Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Rio Grande do Sul: UFRGS, 2012. Disponível eletronicamente em: <http://hdl.handle.net/10183/56521>. Acesso em setembro de 2019.
- FAVRET-SAADA, J. Ser afetado. Tradução de Paula de Siqueira Lopes. São Paulo: Cadernos de Campo, n. 13, p. 155-161, 2005.
- FOUCAULT, Michel. História da Sexualidade I: a vontade de saber. Tradução de Maria Thereza da Costa Albuquerque e J. A. Guilhon Albuquerque. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1988.
- HELPE, Sintia Soares. Vidas em jogo: um estudo sobre mulheres envolvidas com o tráfico de drogas. São Paulo: IBCCRIM, 2014.
- GOMES, Mariângela Gama de Magalhães; FALAVIGNO, C.F. (Org.); MATA, J. (Org.). Questões de gênero: uma abordagem sob a ótica das ciências criminais. 1.ed. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018. v.1.273p.
- LÉTOURNEAU, Jocelyn. Ferramentas para o Pesquisador Iniciante. São Paulo: Martins Fontes, 2011.
- LIMA, Roberto Kant de; BAPTISTA, Bárbara Gomes Lupetti. Como a Antropologia pode contribuir para a pesquisa jurídica? Um desafio metodológico. Anuário Antropológico, 2014.
- LOMBROSO, Cesare. Criminal Woman, the Prostitute, and the Normal Woman. Duke University Press, 2003.
- MATTAR, Laura Davis; DINIZ, Carmen Simone Grilo. “Hierarquias Reprodutivas: maternidade e desigualdades no exercício de direitos humanos pelas mulheres” *In: Revista Interface: comunicação, saúde, educação, Botucatu*, v.16, n. 40, 2012.
- MELLO, Marília Montenegro Pessoa de. Dos espaços aos direitos: a realidade da ressocialização na aplicação das medidas socioeducativas de internação das adolescentes do sexo feminino em conflito com a lei nas cinco regiões. Coord. Marília Montenegro Pessoa de Mello; pesquisadores Camila Arruda Vidigal Bastos...[et al.] – Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2015.
- MENDES BRAGA, Ana Gabriela; ANGOTTI, Bruna. Dar à luz na sombra: condições atuais e possibilidades futuras para o exercício da maternidade por mulheres em situação de prisão. Série Pensando o Direito nº 51. Brasília: 2015.
- QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo; FEFERBAUM, Marina (Org.). Metodologia Jurídica – Um Roteiro Prático Para Trabalhos de Conclusão de Curso. São Paulo: Saraiva, 2012.
- SANTOS, Raquel Costa de Souza. Maternidade no cárcere: reflexões sobre o sistema penitenciário feminino. Dissertação de mestrado apresentada na Universidade Federal Fluminense. Universidade Federal Fluminense, Rio de Janeiro, 2011.
- SILVA, Mariana Lins de Carli. “Maternidades Sequestradas pelo poder punitivo: destituição do poder familiar de mulheres presas”. *In: Gênero e Feminismos e Sistema de Justiça: discussões interseccionais de gênero, raça e classe.* (Orgs.). Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2018, pg. 772 -790.
- SCOTT, Joan Wallach. “Gênero: uma categoria útil de análise histórica”. *In: Educação & Realidade*. Porto Alegre, vol. 20, no 2, jul./dez. 1995, pp. 71- 99. Original inglês disponível em JSTOR <http://www.jstor.org/stable/1864376>. Versão portuguesa disponível em: http://www.archive.org/details/scott_gender. Acesso em setembro de 2019.
- VÁZQUEZ, Georgiane Garabely Heil. Gênero não é ideologia: explicando os Estudos de Gênero. *In: Café História – história feita com cliques*. Disponível em: <https://www.cafehistoria.com.br/explicando-estudos-de-genero/>. Acesso em setembro de 2019.

O PERDÃO E O ESQUECIMENTO COMO ELEMENTOS DE JUSTIÇA

LUIZ FELIPE ROQUE

ORIENTADOR:
PROFESSOR TITULAR JOSÉ REINALDO DE LIMA LOPES

NOTA DE INÍCIO

Para atender aos fins deste volume, autorizei a publicação integral de minha tese tal como apresentada em 2019 perante a Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo e sem alterações. Isso não significa que não haja ressalvas, de minha parte, ao trabalho aqui publicado. Há, dentre elas, ressalvas estilísticas (como a priorização, à época, de originais no corpo do texto, com tradução em nota de rodapé) e outras substanciais. Sobre estas últimas, farei breves esclarecimentos abaixo.

Ainda sigo convicto das ideias centrais do texto, notadamente aquelas constantes do capítulo 3, com argumentos críticos aos autores apresentados, inclusive a Paul Ricoeur. A despeito dessa convicção, hoje, para chegar às mesmas conclusões, teria traçado percurso diferente daquele que elaborei no capítulo 1. O maior contato com a obra kantiana e rawlsiana, por exemplo, levou-me a uma postura mais crítica do que aquela introduzida no referido capítulo – postura que devo corrigir em um próximo trabalho. Por outro lado, enfatizo que meu propósito, em minha tese, era o de vincular o perdão, o esquecimento e a justiça não apenas em diálogo com Paul Ricoeur, mas a partir de um estudo rigoroso e consistente de sua obra – propósito esse que muito provavelmente seria comprometido se escolhesse outros “caminhos”.

Agradeço imensamente as considerações da professora Claudia Perrone-Moisés – que, juntamente com meu orientador, José Reinaldo de Lima Lopes, enriqueceu a banca de minha tese de láurea com comentários analíticos, cuidadosos e generosos (mesmo a despeito de nossas divergências teóricas). Destaco, respeitosamente e em concordância, seu apontamento de que as notas de rodapé 94, 95 e 96 (seção 3.1.1) compõem pontos centrais de minha tese e, por tal razão, deveriam estar no corpo do texto.

Já minha não-abordagem de um caso jurídico ou político concreto foi intencional, na medida em que procurei certo grau de abstração e universaliz-

zação que configurasse um empreendimento analítico-filosófico, sem misturar métodos de pesquisa. Também dei menos voz a autores como Derrida não por descuido ou despreço a sua obra, mas por preocupações metodológicas. Reitero essas opções em minha tese, apesar das demais ressalvas mencionadas.

RESUMO

Este trabalho tem por objeto demonstrar, a partir da obra do filósofo francês Paul Ricœur, que o perdão e o esquecimento são fenômenos componentes da justiça, por possibilitarem a liberação ao agir humano, a cooperação e a “amizade política” intrínsecas a esta virtude. Assumindo-se, como certas correntes da filosofia, que a ideia de Direito implica, necessariamente, a de justiça, o trabalho conclui que o perdão e o esquecimento, embora externos ao campo jurídico, são pressupostos do Direito. Para fundamentá-lo, propõe-se um diálogo entre os estudos de Ricœur sobre a ética e a justiça e seus textos de fenomenologia, epistemologia, hermenêutica e filosofia política, de forma a se destacar o operador das instituições jurídicas e o pensador do Direito como mediadores de um trabalho da memória coletiva que sustente a concórdia a despeito de traumas, injustiças ou conflitos sociais.

INTRODUÇÃO

“...Funes no sólo recordaba cada hoja de cada árbol, de cada monte, sino cada una de las veces que la había percibido o imaginado”¹. Assim o narrador de *Funes el Memorioso*, conto de Jorge Luis Borges, apresenta o protagonista Ireneo Funes, que, após recuperar a consciência de um acidente no qual fora derrubado por um cavalo, adquire uma percepção e memória “infalíveis”. Funes tudo recorda e a tudo se atém, perdendo, em contrapartida, sua capacidade de abstração: não compreende como o cachorro das três e catorze pode ser o mesmo cachorro das três e quinze e guarda em sua memória os cachorros dos dois instantes sem nenhum esquecer. Como afirma o próprio narrador do conto, porém, “Pensar es olvidar diferencias, es generalizar, abstraer. En el abarrotado mundo de Funes no había sino detalles, casi inmediatos”². A me-

1 “(...) Funes não somente se recordava de cada folha de cada árvore, de cada monte, mas também de cada uma das vezes que a havia percebido ou imaginado” (trad. livre). BORGES, Jorge Luis. *Funes el memorioso. Ficciones*. Madrid: Alianza Editorial, 1993, p. 130.

2 “Pensar é esquecer diferenças, é generalizar, abstrair. No abarrotado mundo de Funes, não havia senão detalhes quase imediatos” (trad. livre). *Ibidem*, p. 131.

mória infalível que segue ao acidente, portanto, tem um custo: Funes fica aleijado (*tullido*)³ – no sentido literal e figurativo.

A simbólica do conto ilustra o que determinada corrente da fenomenologia, e mesmo da filosofia política, aponta como abuso da memória. É verdade que o trabalho da lembrança consiste em esforço louvável, pois toda pessoa carrega consigo narrativas que a constituem e das quais ela se apropria, carregando consigo uma herança, ou legado histórico, que, de certa forma, não deve ser esquecido em respeito àqueles que o construíram e se foram: desse respeito posso extrair, inclusive, um dever de memória, ou uma memória obrigada. Por outro lado, a memória excessiva aleija, estanca a ação, o prosseguir, a ponto de ser comparada por Henri Bergson a um estado de sonho, por as lembranças emergirem “à luz da consciência sem proveito para a situação atual” (BERGSON: 1999, p. 179). De fato, o lembrar-se é um retorno ao passado, e a ação só é ação no presente, pensada para o futuro⁴.

Isso não significa que tudo deve ser esquecido. A fenomenologia de Henri Bergson, por exemplo, permite dividirmos o fenômeno do esquecimento em duas espécies. A primeira, um esquecimento destruidor, pelo qual determinados momentos de uma história são “apagados” em definitivo da memória; a segunda, um esquecimento fundador, de reserva, na qual os momentos não são lembrados, mas ainda assim se mantêm como lembranças *potenciais*. Defenderei, neste trabalho, que o perdão consiste nesse esquecimento libertador, pois por ele o ser humano (ou os seres humanos, estendendo-se tal noção ao plano coletivo) se compreende agente, liberado do castigo, do passado que constantemente retorna, para recomeçar.

3 “Diez y nueve años había vivido como quien sueña: miraba sin ver, oía sin oír, se olvidaba de todo, de casi todo. Al caer, perdió el conocimiento; cuando lo recobró, el presente era casi intolerable de tan rico y tan nítido, y también las memorias más antiguas y más triviales. Poco después averiguó que estaba tullido. El hecho apenas le interesó. Razonó (sintió) que la inmovilidad era un precio mínimo. Ahora su percepción y su memoria eran infalibles” (trad. livre: “Dezenove anos anos havia vivido como quem sonha: olhava sem ver, ouvia sem ouvir, se esquecia de tudo, de quase tudo. Ao cair, perdeu a consciência; quando a recuperou, o presente era quase intolerável de tão rico e tão nítido, e também as memórias mais antigas e mais triviais. Pouco depois constatou que estava aleijado. O acontecimento apenas lhe interessou. Concluiu (sentiu) que a imobilidade era um preço mínimo. Agora sua percepção e sua memória eram infalíveis.”). *Ibidem*, p. 127.

4 Utilizo os termos no senso comum (próximo à concepção agostiniana de tempo); cabe ressaltar, porém, que o papel do presente nessa estrutura triádica é, ele mesmo controverso. A este respeito, cf. RICŒUR, Paul. *Temps et récit – tome III*. Paris: Éditions du Seuil, 1985, pp. 96-102. Independentemente da concepção utilizada, não é ao passado (ou tendo-sido) que se vincula a capacidade de ação.

A capacidade de perdoar e ser perdoado é pressuposto da capacidade de agir, e o Direito, como prática (ação regrada, portanto⁵), não poderia estar isento de tal conclusão, motivo pelo qual entendo ser o perdão ferramenta teórica importante para o enfrentamento de um problema clássico da Teoria e Filosofia do Direito, e até mesmo do senso comum, qual seja, a suposta oposição entre Direito e Justiça. Uma das maiores contribuições contra tal oposição foi a de Herbert L. A. Hart; seu *The concept of Law* (O conceito de Direito) indica haver um “conteúdo mínimo do direito” sem o qual os homens não teriam razão para obedecer voluntariamente a regras. Para o autor, “sem um mínimo de cooperação dada voluntariamente por aqueles que consideram ser seu interesse submeter-se às regras e mantê-las, seria impossível a coerção dos outros que não se conformassem voluntariamente com tais regras” (HART: 2011, pp. 210-211). Assim, a partir da “virada linguística” da segunda metade do século XX, autores como Hart encontraram na filosofia analítica as bases para a defesa de uma racionalidade prática que permitisse assumir o Direito como prática social, sendo a justiça seu conteúdo mínimo, ou elemento constitutivo. Outros, como John Rawls, ampararam-se em uma base procedimental racional, combinada com a razão prática ou argumentativa.

De fato, toda comunidade implica demandas e interesses conflituosos que devem ser equilibrados, uma mediação que atribuo ao próprio Direito, a seus pensadores e operadores, tanto no âmbito processual (em conflitos singulares) quanto no âmbito institucional. Ainda que, em um caso singular, uma decisão seja considerada injusta, isso não me permite concluir, necessariamente, ser o Direito em si injusto. Pelo contrário: este fornece as ferramentas justas e necessárias para a resolução desse tipo de conflito e mesmo para correção de injustiças em sua aplicação a casos singulares, competindo-lhe intermediar o difícil trabalho de perdão. Para responder se a ideia de Direito implica, de fato, a de justiça e como o perdão se insere nessa conclusão, utilizarei como referência básica a obra de Paul Ricœur (1913-2005), filósofo francês comumente associado ao existencialismo cristão.

Por que Ricœur? Primeiramente, embora este não tenha sido pioneiro ao tratar do tema do perdão, conseguiu inseri-lo e desenvolvê-lo de forma orgânica e coesa com sua obra, especialmente em seu *A memória, a história e o*

5 A respeito deste pressuposto, cf. LOPES, José Reinaldo de Lima. Entre a teoria da norma e teoria da ação. STORCK, Alfredo Carlos; LISBOA, Wladimir Barreto (org.). *Norma, moralidade, interpretação*. Porto Alegre: Linus, 2009, pp. 43-80. Ao assumi-lo muito devo, também, ao curso de Filosofia do Direito I ministrado pelo Professor José Reinaldo de Lima Lopes às turmas de graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, o qual acompanhei nos anos de 2017 e 2019.

esquecimento (2000). Ademais, este filósofo conseguiu estabelecer um diálogo entre variados temas, campos e abordagens teóricas, em especial entre a filosofia analítica (da qual se valeram filósofos do direito como Hart) e continental. Seu estudo proporciona, pois, a reflexão em diálogo com múltiplas perspectivas.

Por outro lado, não é possível assumir tal base teórica sem ressalvas quanto aos desafios de tal opção. Destaco, assim, quatro deles: o primeiro é que a vasta bibliografia de Ricœur, implicando a não-fixação sobre um único tema ou campo pode provocar a sensação de descompromisso com o rigor teórico; prefiro, contudo, tomar tal característica como uma abordagem interdisciplinar cautelosa que não prejudica, mas enriquece e caracteriza a autenticidade deste filósofo. Ainda assim, limitarei este trabalho à filosofia moral, política e do direito – embora tangenciamentos a outros campos sejam, por vezes, inevitáveis. Um segundo ponto, na linha do primeiro, é o caráter conciliatório deste filósofo, que comumente implica a exposição e o diálogo com diversos teóricos (muitas vezes tidos como antagônicos). Isso requer deste trabalho grande esforço de síntese dos debates assumidos como plano de fundo do autor. Contudo, esse caráter conciliatório não deve ser confundido, e esta é minha terceira ressalva, com a ausência de autenticidade ou de proposta teórica, consistindo em uma extraordinária capacidade dialética e sintética⁶. Por fim, a despeito de ter demonstrado, a partir da década de 1990, especial interesse por assuntos jurídicos, participando, inclusive, de uma série de palestras acerca da justiça no *Institut des Hautes Études pour la Justice* (IHEJ) (DOSSE: 1997, pp. 718-721), Ricœur não foi, nem se propôs a ser, um teórico do Direito. Disso extraio o quarto desafio, qual seja, centrar o estudo deste autor sob a óptica da filosofia do direito.

Proponho, assim, um percurso dividido em três partes. Na primeira, apresentarei elementos para uma teoria da justiça extraídos da obra de Ricœur, acentuando sua matriz aristotélica. Na segunda parte, vincularei tais elementos à capacidade de agir humana, demonstrando que esta ampara e é amparada pela formação da identidade narrativa individual/coletiva e como a memória e o esquecimento contribuem para essa dinâmica. Neste ponto, defenderei, com Ricœur, a virtude do “esquecimento de reserva” apontado acima. É na terceira parte, por fim, que apresentarei o perdão como o exercício do esquecimento de

6 Acompanho a opinião de Jean Grondin acerca do didatismo de Ricœur: “Adivinha-se que isto lhe valeu críticas, a de ser muito conciliador e de esconder seu pensamento atrás do pensamento dos interlocutores que ele apresenta. É preciso, sobretudo, reconhecer aí uma insigne modéstia de seu pensamento, que desconfia tanto das explicações peremptórias e unilaterais quanto das pretensões de descobrir a verdade de maneira solitária. Ele reconhece que no mundo do pensamento, em que é tão fácil opor perspectivas e escolas, só se tem a ganhar com o confronto de posições opostas”. GRONDIN, Jean. *Paul Ricœur* (Col. leituras filosóficas). São Paulo: Edições Loyola, 2015, p. 12.

reserva. Na esteira de Ricœur, para quem a política é o campo da “guerra” ou do “conflito”, enquanto o direito é o campo da “paz” e da “conciliação”⁷, proporei que o Direito não apenas é intrinsecamente justo como o perdão e o esquecimento mediados pelas instituições jurídicas são fundamentais para o suporte de tal relação com a justiça. Neste terceiro momento, deverá restar clara a conexão não somente entre os múltiplos temas abordados por Ricœur, mas sobretudo entre Direito e Justiça – pois, assim como o justo não o é sem o perdão e o esquecimento, o Direito também não o é sem ser justo.

1.0. A JUSTIÇA

Neste primeiro capítulo desenvolverei conceitos importantes para a teoria da justiça por detrás da obra de Ricœur, conduzindo-a até o ponto central do trabalho. Esse empreendimento se aproveitará do diálogo exposto pelo autor entre duas perspectivas a respeito do justo comumente opostas na filosofia moral⁸: a perspectiva do justo como “bom” – de matriz teleológica – e a do justo como “legal” ou “moral” – de matriz deontológica. Estas, porém, são aqui compreendidas como dimensões complementares de uma terceira perspectiva, do justo como “equitativo”.

Para este percurso, ousou inverter a ordem habitual de exposição das perspectivas na obra do filósofo por duas razões complementares entre si. Primeiramente, porque a perspectiva do equitativo (a ser explicitada adiante) parece muito mais próxima da perspectiva ética (do “bom”) – haja vista a primazia desta sobre a moral (vinculada àquilo que é “legal”) –, de forma que apresentá-las de forma seguida, sem inserir a moral entre a ética e a equidade, implica um caminho mais fluido. Em segundo lugar, porque este mesmo percurso passou a ser utilizado por Ricœur em virtude de uma “reescrita” de sua

7 “Para imprimir um cunho dramático à oposição que faço aqui entre uma filosofia política, na qual a questão do direito é ocultada pela obsessão da presença incoercível do mal na história, e uma filosofia em que o direito seria reconhecido em sua especificidade não violenta, proponho dizer que a *guerra* é o tema lancinante da filosofia política, e a *paz*, o da filosofia do direito. Isto porque, ainda que o conflito – portanto, de certo modo a violência – continue dando ocasião à intervenção judiciária, esta se presta a ser definida pelo conjunto dos dispositivos por meio dos quais o conflito é elevado ao nível de processo, estando este, por sua vez, centrado num debate de palavras, cuja incerteza inicial é finalmente deslindada por uma palavra que expressa o direito”. RICŒUR, Paul. *O justo 1: a justiça como regra moral e como instituição*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008a, pp. 4-5.

8 Sigo aqui a distinção que Ricœur aponta como convencional, embora a refute em *Soi-même comme un autre*. Enquanto a ética está associada à busca de cada um pela vida realizada (conforme a matriz teleológica aristotélica), a moral se vincula à imposição de normas universais e com efeito coercitivo (conforme a matriz deontológica kantiana). Idem, *Soi-même comme un autre*. Paris: Éditions du Seuil, 1990a, p. 200.

“pequena ética”⁹. Seguirei, assim, o percurso da moral à ética (do justo como legal ao justo como bom), e desta à equidade (do justo como bom ao justo como o equitativo).

1.1. DO JUSTO COMO LEGAL AO JUSTO COMO BOM

A justiça concebida como equidade (“*fairness*”¹⁰): esta é a proposta de John Rawls em *Uma Teoria da Justiça* (*A Theory of Justice*), de 1971, como alternativa ao pensamento utilitarista então dominante na filosofia moral moderna¹¹. Enquanto esta corrente se sustenta sobre um raciocínio teleológico, qual seja, a utilidade (a maior quantidade do bem para a maior quantidade de pessoas), a teoria rawlsiana deriva do contratualismo de Locke, Rousseau e Kant. Contudo, nela o “contrato social” não é originário de uma sociedade ou de uma forma de governo, mas fundamenta princípios de justiça para uma estrutura social – princípios esses que orientam todos os demais acordos (RAWLS: 1999, p. 10).

Seguindo os passos de Ricœur, tomarei os argumentos de Rawls como paradigmáticos para demonstrar o tratamento deontológico do justo como o “legal” independente do “bom”. Isso porque a justiça em seu sentido público teria caráter procedimental e deontológico, correspondendo, assim, ao equita-

-
- 9 Nos ensaios e estudos de *O Justo 2*, Ricœur passa a tratar de sua “pequena ética” (nome por ele atribuído a seus estudos em filosofia moral constantes de capítulos de seu *Soi-même comme un autre*) não mais pela ordem ética-moral-equidade, mas moral-ética-equidade; nestes novos textos, porém, o autor não identifica um esclarecimento nem uma retratação quanto à sua pequena ética, mas uma “reescrita”, conforme se apreende da nota n. 1 do ensaio *Da moral à ética e às éticas*. Cf. Idem, *Da moral à ética e às éticas*. *O Justo 2: justiça e verdade e outros estudos*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008b, pp. 49-62.
- 10 Mantenho o termo “*fairness*” como “equidade”, comum em traduções da obra de Rawls, mas ressalvo se tratar de termo distinto da equidade aristotélica, exposta adiante.
- 11 Tal ponto é destacado pelo próprio Rawls nas primeiras páginas da obra: “Perhaps I can best explain my aim in this book as follows. During much of modern moral philosophy the predominant systematic theory has been some form of utilitarianism. One reason for this is that it has been espoused by a long line of brilliant writers who have built up a body of thought truly impressive in its scope and refinement. We sometimes forget that the great utilitarians, Hume and Adam Smith, Bentham and Mill, were social theorists and economists of the first rank; and the moral doctrine they worked out was framed to meet the needs of their wider interests and to fit into a comprehensive scheme.” (tradução livre: “Talvez eu possa explicar melhor meu objetivo neste livro a seguir. Ao longo da filosofia moral moderna, a teoria sistematizada predominante tem sido uma forma de utilitarismo. Uma razão para isso é que ela foi sustentada por um vasto grupo de escritores brilhantes que construíram um corpo de pensamento verdadeiramente impressionante em seu intuito e refinamento. Nós às vezes nos esquecemos de que os grandes utilitaristas, Hume e Adam Smith, Bentham e Mill, era m teóricos sociais e economistas de primeira linha. E a doutrina moral por eles desenvolvida foi estruturada para atender às necessidades de seus grandes interesses e se adequar a um esquema compreensível”). RAWLS, John. *A theory of justice*. 2. ed. Cambridge: Harvard University Press, 1999, p. xvii. Ademais, o autor esclarece: “My aim is to work out a theory of justice that represents an alternative to utilitarian thought generally and so to all of these different versions of it” (tradução livre: “Meu objetivo é desenvolver uma teoria da justiça que represente uma alternativa ao pensamento utilitarista em sua generalidade e assim a todas as distintas versões dele”). *Ibidem*, p. 20.

tivo (“*fair*”), ou seja, a um procedimento no âmbito institucional que assegura, independentemente de fins (ou mesmo de um “bem comum”) a igualdade de oportunidades entre as partes.

1.1.1. O JUSTO COMO LEGAL-PROCEDIMENTAL EM JOHN RAWLS E O PRIMADO DO BOM SOBRE O LEGAL

Para sua concepção de justiça, Rawls propõe um cenário inicial fictício cujas características asseguram que o acordo originário ainda a ser firmado seja equitativo (“*fair*”), denominando-o posição original (“*original position*”). Nesta, todas as partes são iguais, tendo os mesmos direitos no processo de escolha dos princípios e estando sujeitas a certas restrições de aspecto cognitivo, desconhecendo seu lugar na sociedade, sua classe, seu *status* social ou qualquer outra característica pessoal (como seus gostos, suas riquezas, inteligência, força, propensão ao risco, etc.), muito menos sua própria concepção de bem ou seu projeto racional de vida (Ibidem, pp. 118-119)¹². Essas condições comporiam o “véu da ignorância” (“*veil of ignorance*”) sob o qual se daria o processo deliberativo dos princípios orientadores das instituições¹³.

Rawls não descarta, porém, que, após o acordo social, conforme a mudança de julgamentos das partes (mesmo daqueles tomados por definitivos), pode-se alterar certas determinações “contratuais” de forma a ajustá-las a esses novos entendimentos, contanto que estes configurem convicções ponderadas¹⁴ (isto é, abertas ao debate e argumentação racional). Alcança-se, assim,

12 Rawls ainda destaca outras características relevantes para uma posição originária equitativa: “More than this, I assume that the parties do not know the particular circumstances of their own society. That is, they do not know its economic or political situation, or the level of civilization and culture it has been able to achieve” (tradução livre: “Além disso, assumo que as partes não conhecem as circunstâncias particulares de sua própria sociedade. Isto é, elas não sabem sua situação política ou econômica, ou o nível de civilização e cultura que são capazes de alcançar”). Ibidem, pp. 118-119.

13 Destaco que a justiça como equidade se afirma, essencialmente, como justiça das instituições, haja vista ao papel distributivo destas. Já em seus primeiros parágrafos, Uma teoria da justiça o diz com precisão: “Justice is the first virtue of social institutions, as truth is of systems of thought. A theory however elegant and economical must be rejected or revised if it is untrue; likewise laws and institutions no matter how efficient and well-arranged must be reformed or abolished if they are unjust” (tradução livre: “A justiça é a virtude primeira das instituições sociais, assim como a verdade é a dos sistemas de pensamento. Uma teoria, ainda que elegante e econômica, deve ser rejeitada ou revista se não é verdadeira: da mesma forma, leis e instituições, independentemente do quão eficientes e bem-arranjadas, devem ser reformadas ou abolidas se não são justas”). Ibidem, p. 3.

14 “We can either modify the account of the initial situation or we can revise our existing judgements, for even the judgements we take provisionally as fixed points are liable to revision. By going back and forth, sometimes altering the conditions of the contractual circumstances, at others withdrawing our judgements and conforming them to principle, I assume that eventually we shall find a description of the initial situation that both expresses reasonable conditions and yields principles which match our considered judgements duly pruned and adjusted” (trad. livre: “Nós podemos tanto modificar a consideração da situação inicial ou revisar nossos

o equilíbrio reflexivo (“*reflective equilibrium*”), no qual coincidem os princípios de justiça pré-estipulados e os julgamentos das partes na condução de sua vida em sociedade (Ibidem, p. 17). Os princípios que seriam escolhidos nas condições da posição original, segundo Rawls, seriam dois: a igualdade na atribuição de liberdades/direitos e deveres básicos e uma disposição tal das desigualdades socioeconômicas que fosse “(a) reasonably expected to be everyone’s advantage, and (b) attached to positions and offices open to all”¹⁵ (Ibidem, p. 53). No entanto, a escolha de ambos os princípios não seria alternativa, compondo, na verdade, uma ordem serial: as liberdades fundamentais garantidas pelo primeiro princípio de justiça jamais poderiam ser cambiadas por ganhos econômicos e sociais, salvo “circunstâncias extenuantes” (“*extenuating circumstances*”) (Ibidem, p. 55). Mas por que tais princípios e em tal ordem?

Para fundamentá-lo, Rawls se utiliza da teoria da decisão no campo econômico, mais especificamente, a regra *maximin* – pela qual, em situações de incerteza, deve-se levar em consideração o pior resultado possível e optar pela alternativa em que esse pior resultado seja melhor que os piores resultados das demais (Ibidem, p. 133). Sendo a posição original marcada por esse tipo de incerteza, em que as partes, sob o véu da ignorância, não conhecem de suas circunstâncias futuras, e enquanto a opção pelo princípio da utilidade permite que um indivíduo ou uma minoria seja “sacrificada”, tenha seus interesses completamente violados em prol do interesse de uma maioria a pretexto da maior utilidade (ou bem), a opção por tais princípios e em tal ordem, ainda que não promova o maior bem para a maioria, não permite o sacrifício individual ou da minoria (pois não admite que liberdades fundamentais sejam flexibilizadas por razões de utilidade). Nota-se que, sem o véu da ignorância, talvez uma parte que se soubesse em situação privilegiada após o acordo original não se importasse caso direitos ou interesses de outrem fossem prejudicados se os dela fossem maximizados. Sem saber, no entanto, qual posição na sociedade assumirão, é preferível às partes um cenário o qual, ainda que não observe a maximização, conserve seus interesses mínimos (ou seja, os princípios de justiça) a um possível “vale tudo” em que a utilidade seja maximizada.

julgamentos existente, pois mesmo os julgamentos que assumimos provisoriamente como pontos estáveis podem ser revistos. Seguindo e retornando, às vezes alterando as condições das circunstâncias contratuais, outras vezes eliminando nossos julgamentos e conformando-os ao princípio, assumo que eventualmente podemos encontrar uma descrição da situação inicial que tanto expresse as condições racionais e proporcione princípios que compactuem com nossos julgamentos ponderados devidamente aparados e ajustados”). Ibidem, p. 18.

15 Trad. livre: “(a) razoavelmente se possa esperar que seja um benefício a todos, e (b) vincule-se a posições e cargos abertos a todos”.

Cauteloso em não elaborar propriamente uma crítica à teoria rawlsiana, mas dialogar com ela, em diversas palestras e ensaios do fim dos anos 80 e início dos 90, Ricœur questiona se uma concepção meramente procedimental de justiça e, portanto, sem nenhuma referência à noção de “bem” seria mesmo possível. No enfrentamento de tal questão, três pontos problemáticos são apontados na teoria de Rawls¹⁶ – dos quais destaco aquele que concerne à própria razão de escolha de tais princípios, em detrimento dos princípios utilitaristas. Se, para o filósofo americano, o fundamento de tal escolha reside na teoria dos jogos, conforme expliquei, para o francês, a sustentação dessa escolha não é senão ética. E mais: a decisão amparada pela regra do *maximin* (maximização da parte mínima) sem amparo ético poderia configurar, ela mesma, uma decisão utilitarista¹⁷.

Neste ponto, Ricœur constata o caráter circular da teoria de Rawls. Primeiramente, pela própria estrutura com que os pontos de Uma teoria da justiça são defendidos: afinal, os princípios de justiça são escolhidos em uma situação equitativa – razão pela qual Rawls os introduz antes de provar que estes seriam escolhidos na situação original (mas o próprio acordo originário deve ser introduzido antes dos princípios, de forma a lhes atribuir uma razão de ser). Daí extrair-se do percurso da obra um “esclarecimento progressivo da

16 Quanto aos demais pontos, o primeiro concerne à equidade da posição original. Nesta, como evidenciei acima, as partes são iguais no processo deliberativo que escolhe os princípios de justiça. Contudo, tal condição encontra uma série de obstáculos, por pressupor que o contrato possui caráter estável (será válido independentemente das circunstâncias da vida real que se seguirem), que as partes do acordo original conhecem os princípios de justiça em disputa, as motivações fundamentais (os interesses) da humanidade (pois, sob o véu da ignorância, não sabem quais serão seus interesses particulares e, portanto, não os considera na deliberação) ou os bens sociais primários (que todo sujeito dotado de razão presumivelmente deseja possuir e em vista dos quais exerce sua liberdade)⁸. Além disso, a posição original presume a igualdade de informação entre as partes (restando aí a importância da publicidade dos argumentos). Já o segundo ponto concerne ao princípio a ser escolhido no véu da ignorância. Rawls, no esforço de não incorrer em qualquer princípio teleológico que considere a diversidade de bens (e, portanto, de conflitos “irredutíveis de bens”), prioriza a noção do procedimento em face da diversidade dos bens a serem partilhados. Há em tal primado processual a concepção da sociedade como fenômeno consensual-conflitivo (noção da qual tratarei no capítulo 3 deste trabalho): embora toda distribuição/repartição possa ser contestada, esta requer, ela mesma, um consenso mínimo quanto aos processos que arbitram os interesses em disputa – consenso este amparado pela noção de equidade (à luz da qual se escolheriam os dois princípios de justiça, em sua ordem lexical, tal como descrevi acima). Cf. RICŒUR, Paul. John Rawls: de l'autonomie morale à la fiction (1990). *Lectures 1: autour du politique*. Paris: Éditions du Seuil: 1991, pp. 203-205.

17 Assim, poder-se-ia tomar a regra do *maximin* como a decisão que proporciona a maior utilidade a todos os concernidos, enquanto todas as outras decisões excluiriam ao menos um deles, em prol dos demais. Neste sentido, Idem, Depois de Uma teoria da justiça de John Rawls, op. cit., 2008a, pp. 99-100. “Mas cabe perguntar se o argumento se distinguiria de uma forma sutil de utilitarismo, tal como o consequencialismo, caso não estivesse, originariamente associado a um argumento moral extraído de nossas convicções ponderadas, a saber, o de que em toda partilha desigual o que se deve tomar como pedra de toque da equidade da partilha é a sorte do menos favorecido”.

compreensão prévia do que significa justiça” (RICŒUR: 2008a, p. 81), hipótese reforçada pela noção de equilíbrio reflexivo, pois este só é alcançado por ajustes no acordo a partir das convicções ponderadas das partes. Ora, que seriam tais convicções senão compreensões intuitivas do justo e do injusto, não fundamentadas no acordo originário que dá a base aos princípios de justiça e, assim, a ele precedentes? São esses os indícios da presença de uma base ética sob toda a teoria da justiça como equidade. Antes de demonstrá-lo, contudo, convém apresentar a leitura da teoria moral de Kant ora adotada, haja vista sua influência em *Uma teoria da justiça*.

Que há certa herança kantiana na obra não resta dúvida, o que é confirmado pelo próprio Rawls – em que grau ela se manifesta, por sua vez, é questão controversa. O autor, por exemplo, vê semelhança nos princípios da justiça e os imperativos categóricos, pois ambos devem ser aplicados independentemente dos interesses particulares do agente (diferentemente dos imperativos hipotéticos, que consistem em meios efetivos para alcançar determinados fins)¹⁸¹⁹. A bem da verdade, o imperativo categórico, que faz da teoria kantiana paradigmática de uma concepção deontológica da filosofia moral, é dividido em três variações, das quais destaco sua segunda: “Age de tal maneira que uses a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente *como fim e nunca simplesmente como meio*” (KANT: 2007, p. 69) (grifo meu). Ora, tal noção da pessoa humana como “fim em si”, e não como *meio*, não é senão o prolongamento da universalidade abstrata que orienta o

18 Extraído do próprio Rawls quatro pontos de convergência com Kant. O primeiro na noção kantiana de que leis morais são objeto da escolha racional de homens livres, iguais (de forma semelhante às partes na posição original); o segundo na autorrealização da essência humana como racional que circunda tanto a filosofia moral kantiana quanto a teoria da justiça rawlsiana: é na ação orientada conforme princípios racionais que se afirma a escolha por tais princípios como livre e racional. O terceiro ponto de convergência estaria no desprendimento de interesses particulares como requisito para a escolha moral: assim como a autonomia kantiana requer um “desinteresse mútuo”, também este se extrai da posição original (na qual as partes têm demandas opostas). O quarto e último, por sua vez, consiste na aplicação imperativa dos princípios da justiça, como exposto acima. RAWLS, John, op. cit., pp. 221-227.

19 Também devem ser destacadas, seguindo-se Rawls, quatro distinções entre sua teoria e a filosofia moral kantiana. Isso porque (i) em Kant, a autonomia tem o papel regulador da vida, enquanto a regulação em *Uma teoria da Justiça* está associada ao contrato social, (ii) em Kant, a noção de autonomia é aprofundada, sendo constituída pela atividade da razão humana, enquanto um liberalismo político se satisfaz com a autonomia de uma visão política entendida como representante ou contrária a uma ordem de valores políticos da razão prática, (iii) Kant apoia-se em um idealismo transcendental (que não teria atuação nas ideias políticas de *Uma teoria da Justiça*). Por fim, (iv) sendo o propósito de Kant, na leitura de Rawls, a defesa, apologia de uma fé na razão, este último “aims at uncovering a public basis of justification on questions of political justice given the fact of reasonable pluralism” (trad. livre: “anseia por desvelar uma base pública de justificação acerca de questões de justiça política, pressupondo o pluralismo razoável”). RAWLS, John. *Political liberalism*. New York: Columbia University Press, 1993, pp. 99-101.

princípio da autonomia kantiano. Este é a base da moralidade, pois “la liberté en tant que rationnelle se donne à elle-même la loi comme règle d’universalisation de ses propres maximes d’action”²⁰ (RICŒUR: 1998, p. 110; Idem: 1990a, p. 258). A consciência da própria autonomia é compreendida como *fato da razão* (o fato pelo qual a moral pode *existir*); logo, somente porque cada pessoa é um fim em si mesmo que há a moral (RICŒUR: 1990a, p. 262). Com esse segundo imperativo categórico, a despeito da pluralidade que constitui a noção de “humanidade”, Kant extrai a autonomia do uno (sem recair na alteridade radical, nem no “egoísmo” radical, face à estrutura composta pelo Eu e o Outro plural), consumada no dever moral de tratar a todos como um fim (Ibidem, p. 261) – logo, dever de estabelecer uma reciprocidade entre duas pessoas humanas, dois fins em si mesmos, enquanto a violação do imperativo (o tratar como *meio*) corresponderia à quebra de tal simetria.

Para Ricœur, tal noção de simetria não é estranha à Regra de Ouro de raiz judaico-cristã, manifestada seja em sua forma negativa (“Não faças a teu próximo o que detestarias que ele te fizesse”²¹) quanto positiva (“Aquilo que quiseses que os homens façam por ti, faz igualmente a eles”²²). Se, por um lado, o imperativo reforça a universalidade e unidade da noção de “humanidade”, a Regra de Ouro, ao reforçar a ideia de reciprocidade, assim também o faz com a pluralidade e alteridade entre pessoas.

Expostas estas considerações a respeito da teoria kantiana, é mais compreensível que o argumento sacrificial, qual seja, a recusa ralwsiana ao sacrifício da minoria pelo bem do “todo” (leia-se, da maioria) é, essencialmente, um argumento ético pretensamente econômico. Afinal, que é permitir que uma minoria se curve ao bem, à maior utilidade para uma maioria, senão permitir o tratamento de determinados indivíduos como meios, e não como fins? Desta forma, o princípio *maximin* se apresenta como um espectro do segundo imperativo categórico de Kant, e de ambos se extrai a noção de reciprocidade e simetria da regra de ouro. Daí Ricœur concluir pela insuficiência de uma teoria da justiça exclusivamente procedimental (e deontológica): mesmo esta conteria uma base ética (e, portanto, teleológica)²³.

20 Trad. livre: “a liberdade, enquanto racional, dá a si mesma a lei como regra de universalização de suas próprias máximas de ação”.

21 Tradução livre de passagem de Hillel (“*maître juif de saint Paul*”) do Talmude babilônico (*Shabbat*, p. 31a) extraída de RICŒUR, Paul. op. cit., 1990a, p. 255: “Ne fais pas à ton prochain ce que tu détesterais qu’il te soit fait”.

22 Tradução livre do Evangelho (Lc 6,31), extraída de RICŒUR, Paul. op. cit., 1990a, p. 255: “Ce que vous voulez que les hommes fassent pour vous, faites-le semblablement pour eux”.

23 “A visão deontológica e mesmo a dimensão histórica do senso de justiça não só não são simplesmente intuitivas, como também resultam de uma longa *Bildung* oriunda da tradição

1.2. DO JUSTO COMO BOM AO JUSTO COMO EQUITATIVO

Ao menos três características gerais configuram o que ora chamo de perspectiva ética. Primeiramente, a Ética é uma ciência prática e, portanto, voltada à ação humana, pois esta é dotada de um *telos*. E mais: todo agir é voltado ao bem, como esclarece Aristóteles em suas primeiras páginas da *Ética a Nicômaco*:

Se, pois, para as coisas que fazemos existe um fim que desejamos por ele mesmo e tudo o mais é desejado no interesse desse fim; e se é verdade que nem toda coisa desejamos com vista em outra (porque, então, o processo se repetiria ao infinito, e inútil e vão seria o nosso desejar) evidentemente tal fim será o bem, ou antes, o sumo bem (ARISTÓTELES: 1991, p. 9).

É a organização *teleológica* de uma ação que me permite afirmar se ela é ou não aquela ação, e não outra qualquer – daí ser tal organização dela *constitutiva*. Ainda que uma atividade (da mais banal, como tocar um instrumento, até a mais complexa, como aplicar leis) não tenha sido realizada de forma perfeita, mas sim defeituosa – não tendo alcançado integralmente os padrões de excelência (“*standards of excellence*”)²⁴, posso afirmá-la como tal atividade pelo próprio fato dela ter sido orientada por seus princípios constitutivos (considerando-se o exemplo de tocar um violão, certo é que, para fazê-lo, preciso tocar meus dedos de uma mão em suas cordas e, simultaneamente, apertar algumas delas com meus dedos da outra mão em determinadas casas, para emitir as notas ou os acordes que desejo; ora, se não alcanço esses e outros princípios constitutivos com excelência, abafando o som das notas com meus dedos, posso constatar que *não toco bem* o violão). Por outro lado, é evidente que uma atividade absolutamente defeituosa sequer pode ser considerada aquela atividade visada: assim, se batusco o corpo do instrumento em vez de dedilhar suas cordas, não estou tocando violão de forma defeituosa: deixo de cumprir o princípio constitutivo do tocar violão, simplesmente fazendo outra coisa com ele. Logo, padrões de excelência, ou padrões constitutivos são também *normati-*

judaico-cristã e greco-romana. Separada dessa história cultural, a regra do *maximin* perderia sua caracterização ética. Em vez de ser quase econômica, ou seja, análoga a um argumento econômico, ela derivaria para um argumento pseudo-econômico, depois de despojada de seu enraizamento em nossas convicções ponderadas”. Idem, A propósito de Uma teoria da justiça de John Rawls, op. cit., 2008a, p. 79-80.

24 Neste sentido, cf. KORSGAARD, Christine. *Self-Constitution: Agency, Identity, and Integrity*. New York: Oxford University Press, 2009, p. 28. “An especially important instance of the constitutive standard is what I will call the constitutive *principle*, a constitutive standard applying to an activity. In these cases, what we say is that if you are not guided by the principle, you are not performing the activity at all”. Tradução livre: “Um detalhe especialmente importante do padrão constitutivo é o que chamarei de *princípio* constitutivo, um padrão constitutivo aplicado a uma atividade. Nesses casos, o que dizemos é que se você não é guiado pelo princípio, sequer está praticando a atividade”.

vos das atividades, pois a partir deles determino o que constitui a prática, ou como tocar violão.

Esses padrões, além de constituírem e normatizarem a prática, também constituem e normatizam o próprio agente (no exemplo acima, aquele que atinge os princípios constitutivos da prática de tocar violão é constituído como um violinista). Da mesma forma com que o violinista, para sê-lo, cumpre uma organização teleológica que faz dele tal, o homem (em seu sentido amplo) também tem sua função (*ergon*), ou padrão de excelência: a vida, e mais, a vida boa, entendida como os ideais de realização que permitem dizer se uma vida é ou não plena, realizada (RICŒUR, 1990a, p. 210). Tendo em consideração que, em Aristóteles, o bem humano se apresenta na felicidade (*eudaimonia*), tomada como atividade auto-suficiente (o “state of being well and doing well in being well of a man’s being well-favored himself and in relation to the divine”²⁵) que só pode ser alcançado pelo homem virtuoso (MACINTYRE: 2007, p. 148), o agente, reconhecendo-se como tal (e, por óbvio, como responsável por suas ações) entende-se passível, digno de estima²⁶ – daí o *visar a vida boa* proporcionar a estima de si mesmo (“*estime de soi-même*”)²⁷ e ser o primeiro de três componentes da perspectiva ética assumida por Ricœur.

O segundo componente, por sua vez, é a dimensão dialógica, representada por uma falta ao agente que, fechado em sua reflexão, estima a si mesmo. Ora, o si mesmo que se estima o é entre tantos outros que também estimam a si mesmos, sendo todos não somente agentes (capazes de ação), mas também pacientes, sofredores (suscetíveis a uma redução ou destruição de sua capacidade de agir²⁸). O que, afinal, justificaria tal estima recíproca, é um ponto fun-

25 “Estado de estar bem e fazer bem em estar bem de um estar-bem-favorecido de um homem consigo e em relação ao divino” (trad. livre). Esta definição, embora de difícil compreensão por se utilizar do termo “bem” repetidas vezes, acentua a autossuficiência da *eudaimonia*.

26 Destaque-se que a estima de si não se deve a feitos do agente, mas a suas capacidades. Ricœur afirma, quanto a este ponto, que há um ciclo hermenêutico entre meu anseio pela vida boa e pelas minhas ações: “Il en est ainsi comme d’un texte dans lequel le tout et la partie se comprennent l’un par l’autre. Ensuite, l’idée d’interprétation ajoute, à la simple idée de signification, celle de signification pour quelqu’un. Interpréter le texte de l’action, c’est pour l’agent s’interpréter lui-même” (trad. livre: “Assim o é como em um texto no qual o todo e a parte se compreendem um pelo outro. Destarte, a ideia de interpretação acrescenta, à simples ideia de significação, a de significação para qualquer um. Interpretar o texto da ação é, para o agente, interpretar a si mesmo”). RICŒUR, Paul, op. cit, 1990a, p. 211.

27 A respeito do tema, cf. RICŒUR, Paul. *Conférence «La philosophie morale» - Forum Universitaire de l’Ouest Parisien*. 25 outubro 1994. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=C5Zu3r1faXk>. Acesso em 20 abril 2019.

28 Martha Nussbaum, tratando de Aristóteles, explica este processo com precisão: “...pity is closely connected with the belief that you yourself are vulnerable in similar ways. (...) if you believe yourself self-sufficient *vis-à-vis eudaimonia*, secure in your possession of the good life, you will suppose that what happens to others cannot possibly happen to you. This will put you in a state of bold assertiveness (*hubristiké diathesis*), in which the sufferings of other do not arouse

damental que requer maior detalhamento adiante. Antecipo, porém, que ela se fundamenta na noção aristotélica de amizade e solicitude, ou seja, da “estima ao outro por mim mesmo” (“*l’estime de l’autre pour moi-même*”) (RICŒUR, 1990a, p. 226), amparada na *similitude*, proximidade, e não em deveres morais impositivos, coercitivos. Aristóteles, inclusive, considera a amizade uma virtude superior à justiça, por ser esta ser, ela mesma, uma espécie de amizade²⁹.

O terceiro componente da perspectiva ética é a mediação institucional. Se, por um lado, a solicitude permite que eu me relacione com outro o qual não somente me é similar, mas também próximo, as instituições são o contexto no qual me relaciono com o *terceiro*, ou seja, com o outro que não me é próximo. Afinal, orientam-nas a noção de igualdade, haja vista a pluralidade intrínseca à ação política (ao viver em comum, no sentido de *polis*); tal noção está no cerne da justiça como equidade de Rawls; também, de certa forma, na concepção romana do Direito como o “*Suum cuique tribuere*”, dar a cada um o que é seu. É pela noção do “terceiro” que posso orientar a justiça de minhas ações conforme sua adequação ao dever de justa distância entre diferentes polos de uma partilha.

A partir dos três elementos acima, Ricœur dimensiona sua visão do justo: desejar a vida boa, com e pelo outro, sob instituições justas (“*viser la vie bonne, avec et pour l’autre, dans des institutions justes*”). O justo, sobre esses níveis, intermedeia uma justiça teleológica e uma justiça procedimental:

Le juste, me semble-t-il, regarde de deux côtés: du côté du *bon*, dont il marque l’extension des relations interpersonnelles aux institutions; et du côté du *légal*, le système judiciaire conférant à la loi cohérence et droit de contrainte (Ibidem, p. 231).

Há uma segunda razão, mais essencial, pela qual Ricœur se entende entre o justo e o legal, sem se situar em qualquer um destes: sua preocupação com o *singular*, o “trágico da ação”³⁰ (a espécie de conflito de valores que transparece

pity. (...) Pity, then, evidently requites fellow feeling, the judgement that your possibilities are similar to those of the suffering object” (trad. livre: “...a piedade é intimamente relacionada à crença de que você mesmo é vulnerável de forma similar [a outrem]. Se você se acredita autossuficiente *vis-à-vis* a *eudaimonia*, seguro de possuir a vida boa, você irá supor que o que acontece aos outros não poderá lhe acontecer. Isso o colocará em um estado de assertividade arriscada (*hubristiké diathesis*), no qual os sofrimentos dos outros não lhe provocam piedade. (...) A piedade, portanto, retribui de forma evidente um sentimento de companheirismo, o julgamento de que suas possibilidades são similares às do objeto que sofre”). NUSSBAUM, Martha C. *The fragility of goodness: luck and ethics in greek tragedy and philosophy*. New York: Cambridge University Press, 2001, p. 384)

29 “E quando os homens são amigos não necessitam de justiça, ao passo que os justos necessitam também da amizade; e considera-se que a mais genuína forma de justiça é uma espécie de amizade”. ARISTÓTELES, *Ética a Nicômaco*. *Aristóteles: v. 2*; seleção de textos de José Américo Motta Pessanha. – 4. Ed. – São Paulo: Nova Cultural, 1991 (Os pensadores), p. 139.

30 “Guerre des valeurs ou guerre des engagements fanatiques, le résultat est le même, à savoir la naissance d’un *tragique de l’action* sur le fond d’un conflit de devoir. C’est pour faire face à

das tragédias gregas³¹). É o caso, por exemplo, de Antígona, na qual se embatem o dever moral de honrar o corpo de seu falecido irmão, sepultando-o, e o dever legal de não lhe conferir essa dignidade, já que este fora considerado inimigo do Estado. O singular pode requerer que determinadas normas não sejam aplicadas – e exemplo frequente na obra ricœuriana disso é a exigência, na ética médica, de que não se minta ao paciente. Evidentemente, tal regra tem caráter geral e pensa situações normais, mas talvez sua aplicação provoque certa angústia ou insensibilidade em certos casos, como o de um paciente extremamente debilitado que é diagnosticado com uma doença terminal: deve o médico lhe anunciar sua sentença de morte, leia-se, provocar mais um mal àquele que já sofre, com indiferença ao sofrimento do seu semelhante? Ao que parece, nenhuma das opções. O próprio Ricœur sugere como razoável, nesta situação específica, que o médico não pode mentir ao paciente, mas não por isso deve revelar a impossível cura. Para tratar dessa capacidade de “inventar comportamentos apropriados à singularidade dos casos”³², Ricœur recorre ao próprio Aristóteles, denominando-a sabedoria prática.

Embora o autor muitas vezes se refira a tal sabedoria como análoga, e não idêntica, à concepção aristotélica, retornar à *Ética a Nicômaco* permite situá-la adequadamente. Isso porque, no livro II da obra, Aristóteles organiza duas espécies de virtude: a intelectual e a moral, cuja distinção se dá pela forma de obtenção das mesmas: a primeira pode ser obtida pelo ensino, o que requer experiência e tempo (como a sabedoria filosófica e a prática); a segunda, pelo hábito, praticando-a – compreendendo o “meio-termo” entre extremos (como a coragem, entre a temeridade e a covardia, ou a temperança, entre a libertinagem e a insensibilidade). No Livro VI, por sua vez, são apresentadas cinco

cette situation qu'une *sagesse pratique* est requise, sagesse liée au jugement moral en situation et pour laquelle la conviction n'est toutefois pas arbitraire, dans la mesure où elle fait recours à des ressources du sens éthique le plus originaire qui ne sont pas passées dans la norme” (trad. livre: “Guerra de valores ou guerra de compromissos fanáticos, o resultado é o mesmo, qual seja, o nascimento de um *trágico da ação* sobre a base de um conflito de deveres. É em face dessa situação que uma *sabedoria prática* é necessária, sabedoria ligada ao julgamento moral em situação e pela qual a convicção não é, no entanto, arbitrária, na medida em que ela recorre às fontes do sentido ético mais originário que não são passadas no âmbito da norma”). RICŒUR, Paul. *Éthique et morale*, op. cit., 1991, p. 267.

31 A contribuição das tragédias ao estudo da Ética tem raízes na própria filosofia aristotélica, o que Martha Nussbaum esclarece em seu já citado *The fragility of goodness*, ao entender que a poesia trágica é parte da investigação ética, pois “*Tragic poems, in virtue of their subject matter and their social function, are likely to confront and explore problems about human beings and luck that a philosophical text might be able to omit or avoid*” (tradução livre: “Poemas trágicos, em virtude de sua temática e sua função social, podem confrontar e explorar problemas sobre os seres humanos e o acaso que textos filosóficos podem acabar omitindo ou evitando”). NUSSBAUM, Martha C., op. cit., pp. 13-14.

32 “La *sagesse pratique* consiste ici à inventer les comportements appropriés à la singularité des cas”. RICŒUR, Paul. op. cit., 1990a, p. 313.

“disposições em virtudes das quais a alma possui a verdade” (ARISTÓTELES: 1991, p. 103) – o que se costuma entender por “níveis de racionalidade”³³: a razão intuitiva (o “*nous*”, também conhecido como inteligência ou intelecção), a ciência (a “*epistémé*”, ou conhecimento científico), a arte (“*tékhne*”), a sabedoria filosófica (“*sophia*”, ou sabedoria teórica) e a sabedoria prática (“*phronésis*”, ou prudência).

1.3. A SABEDORIA PRÁTICA EM PAUL RICŒUR

A sabedoria prática, por concernir à ação, versa não sobre o universal, mas sobre o particular, não sendo a ela atribuída a capacidade de formular princípios gerais, e sim de aplicá-los adequadamente ao caso singular. Em suma: possui sabedoria prática aquele que delibera bem – não se confundindo o deliberar (a reflexão acerca dos meios para que seja alcançado o equitativo, o fim que tenho em vista) com o decidir (acerca de tomar ou não a decisão³⁴) (ARISTÓTELES: 1991, pp. 106-113; MCCABE: 2008, p. 87). Tanto o é que nenhuma virtude moral pode ser exercida sem a sabedoria prática³⁵. A *phronésis* de Ricœur racionaliza a noção de solicitude: levando-a à sua dimensão crítica, que passa pelo teste das condições morais do respeito ao outro e dos conflitos encadeados por este – configurando uma verdadeira ética da argumentação. Por ela, são confrontados argumentos de forma a se alcançar um equilíbrio reflexivo tal como

33 “The intellectual virtues are then excellences which make an intellectual part of the soul come out with truth. There are five states of mind which have this effect – *techné, epistémé, phronésis, sophia, nous*, which we may translate as skill, knowledge, wisdom, learning, and understanding – and so five candidates for being intellectual virtues. Being truth-productive is a necessary but not sufficient condition for being an intellectual *areté* (1140b22-4); the other four qualities remains as virtue, though not all independent of each other (...)” (trad. livre: “As virtudes intelectuais são, então, excelências que fazem uma parte intelectual da alma alcançar a verdade. Há cinco estados da mente [níveis de racionalidade] que têm este efeito – *techné, epistémé, phronésis, sophia, nous*, que devemos traduzir por habilidade [arte], conhecimento [ciência], sabedoria [sabedoria prática], aprendizado [sabedoria filosófica] e entendimento [razão intuitiva] – e, assim, cinco candidatos a virtudes intelectuais. Produzir a verdade é uma condição necessária, mas não suficiente para ser uma *areté* intelectual (1140b22-4); as outras quatro qualidades continuam sendo virtudes, mas não por isso independentes uma da outra (...))”. KENNY, Anthony John Patrick. *The aristotelian ethics: a study of the relationship between the eudemian and nicomachean ethics of Aristotle*. Oxford: Clarendon Press, 1978, 164.

34 Enquanto a sabedoria prática concerne à deliberação, a decisão de tomar ou não determinada ação concerne às próprias virtudes morais. Afinal, como aponta MacIntyre, “prudence is the virtue which is manifested in acting so that one’s adherence to other virtues is exemplified” (trad. livre: a prudência é a virtude que se manifesta no agir de tal forma que seja exemplificada a aderência de alguém a outras virtudes). MACINTYRE, Alasdair. *A short history of ethics*. New York: Touchstone Edition, 1996, p. 74.

35 Quanto aos demais níveis da razão, vale mencionar sucintamente que a razão intuitiva corresponde ao nível pelo qual são apreendidos os princípios primeiros, dos quais decorre o que é cientificamente conhecido; a ciência, à capacidade de ligar conceitos uns aos outros, de demonstrar a partir de uma convicção; a arte, à capacidade de produzir coisas. A sabedoria filosófica, por sua vez, é a maior virtude e a mais próxima de proporcionar a felicidade, correspondendo à junção da razão intuitiva com a ciência. Cf. ARISTÓTELES, op. cit., 1991.

na teoria de Rawls – esse confronto, no entanto, não se verifica apenas no âmbito da hipotética situação original, mas também nas discussões reais, quanto à distribuição justa de algo (RICCEUR: 1991, p. 331).

Contudo, o próprio Ricœur procura se diferenciar com clareza de teorias semelhantes, como a do agir comunicativo de J. Habermas, pois estas negariam espaço a qualquer contextualismo, seja na forma de inclinações (na linha kantiana), seja na forma de convenções (na linha habermasiana) – afinal, a argumentação só é possível entre todos em virtude da universalização, de uma linguagem comum. Diferentemente da radicalização universalista, Ricœur não defende a procura do melhor argumento em todas as circunstâncias quanto a cada discussão, nem o mero convencionalismo, mas que a argumentação seja tomada como uma “estratégia de apuração” (“*stratégie d’épuration*”³⁶) do contextual, da tradição que ampara cada comunidade:

De quoi discute-t-on finalement (...) sinon de la meilleure manière, pour chaque partenaire du grand débat, de viser, par-delà les médiations institutionnelles, à une vie accomplie avec et pour les autres, dans des institutions justes? L’articulation que nous ne cessons de renforcer entre déontologie et téléologie trouve son expression la plus haute – et la plus fragile – dans l’équilibre réfléchi entre éthique de l’argumentation et convictions bien pesées.³⁷ (Idem: 1990a, p. 335)

Exemplo paradigmático do recobrimento entre universal e contextual é o dos direitos humanos, por serem declarados e reconhecidos pelos Estados (em sua versão universalista), mas resultantes de um contexto histórico, de um longo “aprendizado” ocidental (marcado, sobretudo, pelo Holocausto). Propõe-se que, no âmbito contextual, é, de fato, possível estabelecer *um* universal (de certa forma, na linha do que reconheceu J. Rawls ao rever seu *Uma teoria da justiça* e restringir o alcance teórico da obra às democracias constitucionais liberais³⁸). Na dimensão do conflito concreto entre esses múltiplos “universais”, poder-se-

36 Cf. RICCEUR, Paul. op. cit.. 1990a, p. 332.

37 “O que discutimos, finalmente, (...) senão da melhor maneira, para cada participante do grande debate, de visar, para além das mediações institucionais, a uma vida realizada com e pelos outros, sob instituições justas? A articulação que não deixamos de reforçar entre deontologia e teleologia encontra sua maior expressão – e a mais frágil – no equilíbrio reflexivo entre ética da argumentação e convicções ponderadas” (trad. livre).

38 Ao rever seu *Uma teoria da justiça*, Rawls afirma: “A second remark [to prevent misunderstandings of the idea of an overlapping consensus] is that we start from the conviction that a constitutional democratic regime is reasonably just and workable, and worth defending.” (trad. livre: Um segundo apontamento [para evitar mal-entendidos quanto à ideia de um consenso refletido] é que partimos do pressuposto de que um regime democrático constitucional é racionalmente justo e bem operante, e convém defendê-lo”). RAWLS, John. The idea of an overlapping consensus. *Justice as fairness: a restatement*. Cambridge: Harvard University Press, 2001, p. 37. Cf. ainda RICCEUR, Paul. A propósito de Uma teoria da justiça de John Rawls, op. cit., 2008a, pp. 102-103.

-ia extrair o universal a ser reconhecido por todas as pessoas ou comunidades concernidas. Resta evidente, pois, a impossibilidade de uma regra imutável que compreendesse todos os povos e todo os tempos, acerca daquilo que é comum (argumento que Ricœur justifica pela “experiência histórica”)³⁹; por outro lado, isso não justifica o ceticismo, generalizado no senso comum, de que convicções histórico-culturais estão isentas de julgamento moral ou do debate público⁴⁰.

Essa sabedoria prática, diferentemente da aristotélica, é também coletiva: não se restringe ao homem virtuoso, mas a todo o plano comunitário que confronta convicções plurais de forma a se obter um universal pela *palavra*. É nesse aspecto que a *phronèsis* aristotélica é conciliada com a moral kantiana⁴¹, pois o justo não se encontra apenas na busca pelo bom ou pela imperatividade (coercitiva ou não): ele requer, ainda, o *equitativo* – que Aristóteles já considerava superior à justiça, por implicar a correção da lei, na hipótese desta ser deficiente, quanto ao caso particular, em razão de seu caráter intrinsecamente universal⁴². Feitas essas considerações, é compreensível por que Ricœur “corrigiu” sua pequena ética, invertendo a ordem de exposição de seus níveis – tal como neste trabalho, primeiramente tratando do reconhecimento, pelo si, de uma regra que o obriga, de uma ética fundamental anterior e de éticas regionais posteriores, associadas à sabedoria prática (como a ética médica e a judiciária)⁴³.

Reitero, porém, que a ética da argumentação não é impositiva, carecendo de uma base sólida de justificação. Afinal, se é simples e perfeitamente comum que uma quantidade reduzida de pessoas consiga concordar a respeito de uma determinada matéria pouco conflituosa (pense, por exemplo, em um grupo de amigos que discute como será dividida a conta de um jantar), muito mais complexo é estabelecer o consenso a respeito de interesses opostos entre um grupo mais amplo (pense, por exemplo, na discussão que se intensificou

39 RICŒUR, Paul. *Éthique et morale*, op. cit., 1991, p. 270.

40 A respeito desta espécie de subjetivismo, cf. NAGEL, Thomas. *The last word*. New York: Oxford University Press, 1997, pp. 103-104.

41 Ricœur, todavia, não propõe um “terceiro nível” da vida ética (quanto ao moral e ao ético), mas compreender o trágico como o conflito provocado pela aplicação da moral em dada situação, razão pela qual compara com essa importante ressalva sua *phronèsis* à vida ética (*Sittlichkeit*) em Hegel, a qual consiste em um terceiro nível da filosofia do *Geist* em sua dimensão prática. Cf. RICŒUR, Paul. op. cit., 1990a, pp. 289-290.

42 “Por isso o equitativo é justo, superior a uma espécie de justiça – não à justiça absoluta, mas ao erro proveniente do caráter absoluto da disposição legal. E é essa a natureza do equitativo: uma correção da lei quando ela é deficiente em razão da sua universalidade”. ARISTÓTELES, op. cit., 1991, p. 96.

43 A correção realizada por Ricœur, a despeito do que propõe o autor, aproxima-se muito mais de um aprofundamento de sua “pequena ética”: “É como se o fundo de desejo raciocinado, que nos faz aspirar à felicidade e procura estabilizar-se num projeto de vida boa, só pudesse mostrar-se, expor-se, exibir-se passando, sucessivamente, pelo crivo do juízo moral e pela prova da aplicação prática em campos de ação determinados.”. RICŒUR, Paul. op. cit., 2008b, p. 3.

no Brasil entre os anos 2016 até o presente ano 2019, quanto à realização de uma “Reforma da Previdência”, ou seja, quanto à redistribuição dos ônus da Previdência Social), e muito mais em dimensões universais, entre povos de características histórico-culturais múltiplas. A despeito disso, sendo os homens capazes de argumentar racional e moralmente entre si para uma deliberação comum, considerar impossível qualquer universalização beira negar sua capacidade de agir autonomamente, de pensar para além de seu próprio contexto, como um terceiro imparcial⁴⁴. Certo é que a humanidade se organiza em coletividade de forma racional e comunicada, e essa organização se justifica pela amizade, tal como apresentada nos livros VIII e IX da *Ética a Nicômaco* – elemento que Ricœur parece dar menor relevância, utilizando-a sobretudo na dimensão de amizade entre próximos, como fundadora da solicitude.

Na realidade, Aristóteles identifica três espécies de amizade: uma baseada na utilidade (caso, por exemplo, da amizade entre comerciantes), outra no prazer (caso da amizade entre amantes), sendo a terceira a amizade a virtuosa, que se dá entre os homens bons (sua base estaria na bondade, pois o homem bom, sendo estimável e desejável para si, também o será para o outro) (ARISTÓTELES: 1991, p. 141). Entretanto, o estudo da amizade não se restringe ao âmbito particular em Aristóteles, sendo dimensionado também no plano comunitário: tal amizade seria intrínseca à própria comunhão de bens resultante da associação humana⁴⁵. De fato, Aristóteles chega a comparar os tipos de amizade com as três formas de constituição da comunidade (monarquia, aristocracia e timocracia) e suas respectivas desvirtuações (tirania, oligarquia, democracia)⁴⁶. Assim, embora se extraia da leitura da *Política* que a democracia não é a melhor constituição para Aristóteles, este entende que nesta a amizade/justiça é mais plena pois há igualdade entre os cidadãos e estes possuem muito em comum – enquanto numa tirania, por exemplo, mal existiria amizade ou justiça.

44 Negar-se-ia, assim, o *fato da razão* kantiano, tal como apresentado ao longo deste capítulo. Neste sentido, cf. NAGEL, Thomas, *op. cit.*, pp. 115-116.

45 “Com efeito, em toda comunidade pensa-se que existe alguma forma de justiça, e igualmente de amizade; pelo menos, os homens dirigem-se como amigos aos seus companheiros de viagem ou camaradas de armas, e da mesma forma aos que se lhes associam em qualquer outra espécie de comunidade. E até onde vai a sua associação vai a sua amizade, como também a justiça que entre eles existe. E o provérbio segundo o qual ‘os amigos têm tudo em comum’ é a expressão da verdade, pois a amizade depende da comunhão de bens”. ARISTÓTELES, *op. cit.*, 1991, p. 148.

46 Cf. *Ibidem*, pp. 149-150.

A cidade, portanto, requer a *amizade política*, manifestada na concórdia (ou “unanimidade”⁴⁷) que se volta para o interesse comum: “dizemos que uma cidade é unânime quando os homens têm a mesma opinião sobre o que é de seu interesse, escolhem as mesmas ações e fazem em comum o que resolveram” (Ibidem: 1991, p. 165). Essa amizade, porém, se pauta em interesses múltiplos e é, por isso mesmo, frágil: ausente a concordância, implodem revoluções (estudadas no Livro V da Política aristotélica); tanto o é que, na *Ética* a Eudemo, descrevendo o mesmo conceito, Aristóteles acentua sua manifestação nas regras que são compartilhadas entre os cidadãos: “Therefore agreement exists when there is the same purposive choice as to ruling and being ruled – not each choosing himself to rule but both the same one. Agreement is civic friendship”⁴⁸ (Ibidem: 1935, p. 411). É imprescindível, para a proteção do universal quanto à intolerância e a violência, um trabalho de compreensão recíproca, operante de forma semelhante ao processo de tradução entre duas línguas.

Afirmada a possibilidade humana de estabelecer um “universal contextualizado” na forma do equilíbrio reflexivo, e, considerando-se que esta é de fato exercida em virtude de uma amizade política, não por isso deixam de existir múltiplos interesses, muitas vezes conflituosos entre si – interesses esses que disputam, sobretudo, a própria ideia do justo e equitativo no caso concreto. Desses interesses, todos são levados à palavra, mas nem todos saem “vitoriosos” – e ainda assim, não se pode dizer, necessariamente, que a concórdia foi rompida, pois sem esta, restaria apenas violência. Esses interesses emudecidos frente à identidade proporcionada pelo equitativo, contudo, persistem, e para conciliá-los, proponho, na linha ricœuriana, ser fundamental o trabalho de memorização e de esquecimento.

47 A tradução da *Ética a Nicômaco* ora consultada, traduzida da versão inglesa de W. D. Ross, utiliza-se do termo “unanimidade” para o conceito acima. No português, opto pelo termo “concórdia” tendo em vista a opção de tradutores e estudiosos de Aristóteles pelos termos ingleses “*concord*” (W. D. Ross, na tradução referida) ou “*agreement*” (H. Rackham, na tradução inglesa da *Ética* a Eudemo), bem como pelo termo francês “*concorde*” (R. Bodéüs). Afinal, “unanimidade” está associada à mera identidade de opiniões, enquanto a própria obra é expressa em descartar que a esta corresponda o conceito. Cf. ARISTÓTELES. *Nicomachean Ethics* (trad. ROSS, W. D.). New York: Oxford University Press, 2009; Idem, *The Eudemian Ethics* (trad. H. RACKHAM, M.A.) *Aristotle: the athenian constitution; the eudemian ethics; on virtues and vices*. Harvard University Press: Massachusetts, 1935, pp. 359-449. BODÉÜS, Richard. *La concorde politique, l'amitié parfaite et la justice. Le véritable politique et ses vertus selon Aristote: recueil d'études*. Paris: Peeters, 2004.

48 “Portanto, a concórdia existe quando há a mesma escolha interessada de legislar e ser legislado – não a de cada um escolhendo a si mesmo para legislar, mas a mesma a ambos. A concórdia é a amizade cívica.” (trad. livre).

2.0. A MEMÓRIA E O ESQUECIMENTO

O equitativo, na obra de Ricœur, que se manifesta no equilíbrio reflexivo entre pessoas e comunidades, tem como pressuposto a compreensão de uma forma *dinâmica* de identidade pessoal e comunitária. Ressalvo que essa compreensão de si, ou melhor, hermenêutica de si, na perspectiva ricœuriana, possui duas vias possíveis. A via curta consiste na ontologia direta de nosso ser e existir – do “*Dasein*” (ser-aí) –, à qual procedeu Martin Heidegger, destacadamente em sua analítica existencial de *Ser e Tempo* (“*Sein und Zeit*”, 1927). Já a via longa, pela qual opta Ricœur, passa por questões epistemológicas, metodológicas e linguísticas que a via curta deixa de enfrentar⁴⁹ – isso sem abrir mão daquela ontologia, assumindo-a tão somente como ponto final de seu percurso teórico – daí o recurso à teoria dos *speech-acts* e à poética aristotélica para discutir a noção de sujeito e de identidade.

Neste capítulo, desenvolverei os pressupostos teóricos constantes da obra de Ricœur que justificam tal compreensão dinâmica da identidade e sua relação com a memória e a história, conduzindo-nos ao estudo do perdão (como uma espécie de trabalho de tal memória e, portanto, da própria identidade de um povo ou da humanidade). Isso será feito em três momentos. Primeiramente, explicitarei que o sujeito é um feixe de capacidades as quais, mediadas pela capacidade de narrar a si mesmo, constituem-no em termos dialéticos (pela intermediação de dois polos distintos da identidade). Em seguida, destacarei, dentre essas capacidades, a de recordar, inicialmente me limitando ao plano da memória individual. Para tal, recorrerei a um pequeno tratado de Aristóteles a respeito da memória e a aspectos da fenomenologia de Henri Bergson. Ainda neste segundo momento, tratarei da memória coletiva, distinguindo-a da história propriamente dita e indicando seus usos e abusos para a formação da identidade coletiva. Por fim, no terceiro momento, apresentarei duas concepções distintas do esquecimento, destacando uma delas como elemento de importante contribuição para o visar de uma “memória feliz”.

2.1. O SUJEITO CAPAZ E A IDENTIDADE NARRATIVA

No capítulo 1 acima, para adequação do recorte metodológico a ele estabelecido, omiti propositalmente a discussão de matriz linguística e antropoló-

49 Jean Grondin sintetiza, citando *O conflito das interpretações* (*Le conflit des interpretations*, 1978) que “Ricœur censura Heidegger por ele substituir uma questão epistemológica por uma problemática muito rapidamente ontológica: ‘A questão: a que condição um sujeito cognoscente pode compreender um texto ou a história?, pode ser substituída [Heidegger] pela questão: o que é um ser cujo ser consiste em compreender?’. GRONDIN, Jean, op. cit., 2015, p. 82.

gica que dá consistência à teoria ricœuriana. Afinal, aquele que é capaz de visar à vida boa, com e pelo outro, sob instituições justas é o *sujeito de direito* – e ser reconhecido como tal significa ser digno de estima e respeito. Vertentes jusnaturalistas (como o contratualismo) reduzem tal dignidade a uma mera qualidade do indivíduo, desconsiderando as matrizes acima referidas, isolando a pessoa humana da sociedade e pressupondo que esta é precedida por aquela, como se o sujeito bastasse a si mesmo. Entretanto, como demonstrarei adiante, “Sem a mediação institucional, o indivíduo é apenas um esboço de homem: para sua realização humana é necessário que ele pertença a um corpo político” (RICŒUR: 2008a, p. 31). Essa realização consiste na atualização das capacidades humanas, atualização esta que compõe a identidade do sujeito e de sua comunidade. Questionar quem é o sujeito de direito, portanto, equivale a perguntar quem é *capaz* de exercer as potencialidades dignas de estima e respeito, mas *sob instituições* (conforme indicado no capítulo 1, a respeito do agir justo).

Todas essas capacidades-potencialidades se vinculam a uma primeira, qual seja, a de falar: por ela posso me designar autor de minhas próprias enunciações ou atos de fala (“*speech-acts*”). A segunda capacidade é a de agir – sendo que, em virtude da capacidade de fala, minha ação pode ser atribuída a mim, seu agente – o que Ricœur, seguindo John L. Austin e Herbert L.A. Hart, denomina atribuição (“*assignation*”, no francês, ou “*ascription*”, no inglês). Pela conjunção dessas capacidades e mediação de uma terceira, qual seja, a de narrar a si mesmo⁵⁰ – a ser esclarecida adiante –, posso não somente me compreender autor de meus atos como predicá-los e por eles ser responsabilizado (daí a capacidade de predicar ações e ser imputado por elas). A prática de uma ação boa proporciona a autoestima (a estima de si, tratada no capítulo 1 acima); a de uma ação correta (em termos de obrigação moral ou jurídica), o autorrespeito (o uso adequado da razão, que me permite julgar minha ação por um critério universal). A essas quatro capacidades, acrescentar-se-ão outras duas (RICŒUR: 2004, pp. 165-197; NASCIMENTO: 2011, p. 50): a de recordar (de memória), objeto principal deste capítulo que reservo para o item 2.2, e a

50 Sigo o próprio Ricœur, embora fazendo-lhe adaptações, para ilustrar este ponto de mediação da capacidade de narrar a si mesmo quanto às capacidades de fala, de ação e de imputação: ao analisar o mérito de um caso concreto e atribuir ou não responsabilidade jurídica (imputação) a um réu, o juiz se debruça sobre o quadro fático – os elementos pré-narrativos pelos quais o réu é envolvido (ação) – quadro este suscetível a diferentes intrigas (a sua, a do autor, a de testemunhas, etc.). Ora, a intriga (pela fala) que prevalece é aquela que permite ao juiz, por exemplo, condenar o réu à indenização por um ilícito civil, pois a ele se atribui tal ato. Por outro lado, essa mesma intriga pode afastar a responsabilização, face à restrição da autonomia da vontade deste agente-réu (pense-se, por exemplo, na coação). RICŒUR, Paul. *Écrits et conférences 1: autour de la psychanalyse*. Paris: Éditions du Seuil, 2008c, p. 272.

de prometer, que passo a esclarecer, não sem antes demonstrar de que forma essas capacidades do sujeito, como potencialidades, precisam ser *atualizadas*.

A capacidade de fala é paradigmática às demais porque o ato de fala não se encerra no enunciador, requerendo um interlocutor – é nesta relação dialógica que se realiza o “*speech-act*” – eis aqui a forma interpessoal, composta pelo *eu* e por um *tu*. Entretanto, este é um mero “recorte” de uma relação muito mais complexa; afinal, tal ato de fala se insere em um contexto de regras que me asseguram que meu interlocutor, o *tu*, poderá compreender aquilo que digo – são, dentre outras, regras gramaticais e da lógica (como o princípio de que quero verdadeiramente dizer aquilo que estou dizendo, pelo qual o *tu* presume que, se digo o enunciado X, esse enunciado não significa Y, mas X). Este contexto de significação não recai sobre a subjetividade do *eu* ou do *tu*, nem sobre nossa relação interpessoal, mas é válido a todos, é institucional. O mesmo vale quanto às ações⁵¹; para exemplificar, o fato de eu, ao ser perguntado a respeito de algo, mover minha cabeça em sentido vertical repetidamente significa concordância, uma resposta positiva, porque há um consenso social de que tal gesto assim deve ser compreendido em nossa cultura; da mesma forma, o fato de eu assinar um papel que me atribui uma série de obrigações em contrapartida a obrigações de outrem significa a declaração de minha vontade em celebrar um contrato com esta pessoa, podendo tal contrato, inclusive, ser executado judicialmente, pois há regras de direito privado que dão tal significação à minha assinatura e preveem tal possibilidade de execução. É por esta razão que, seguindo Ricoeur, afirmei que as potencialidades do sujeito só se atualizam no espaço público (institucional), inseridas na vida em sociedade. Ora, uma promessa muito se assemelha à declaração de vontade mencionada, mas ela não se insere, em princípio, no contexto institucional do Direito que lhe assegure significação e executoriedade. Por trás dela, há, sim, um contexto institucional, mas de ordem *moral*, evidenciada no princípio orientador de que pactos devem ser observados (RICŒUR: 2008a, p. 28) – é nesse contexto que atualizo minha capacidade de prometer, pela qual enuncio a meu interlocutor uma ação ou omissão futura. Essa capacidade desafia o tempo no sentido de que “quand même mon désir changerait, quand même je changerais d’opinion, d’inclination, ‘je maintiendrai [ma parole tenue]”⁵² (RICŒUR: 1990a,

51 Uma ação pode ser *narrada* justamente por ser simbolicamente mediatizada (já articulada sob signos e normas). Neste sentido, cf. TASSO, Beatriz Contreras. *Connaissance de soi et reconnaissance: bases éthico-anthropologiques de la justice dans la pensée ricœurienne. Études Ricœuriennes/Ricœur Studies*, v. 6, n. 2, 2015, p. 72.

52 Tradução livre: “mesmo quando meu desejo mudar, quando eu mudar de opinião, de inclinação, ‘eu mantereí [a minha palavra]”.

p. 149). Embora não me assegure uma *permanência substancial* (minhas inclinações, minha vontade, etc.), a promessa assegura a *fidelidade*, a permanência de minha palavra. Como explicar, pois, a capacidade de manter minha promessa, sem necessariamente permanecer o mesmo, essa “permanência-impermanente” que concerne à minha própria *identidade*?

A concepção filosófica tradicional da identidade não é satisfatória por não explicá-la adequadamente, sendo denominada por Ricœur identidade-*idem* ou mesmidade (“*mêmeté*”), um conceito relacional, pelo qual, tomando dois ou mais momentos distintos no tempo, consigo afirmar que uma coisa ou uma pessoa no instante t_0 é idêntica, numérica e qualitativamente, ao instante t_1 ⁵³. Trata-se de uma concepção rígida, consistente na permanência que nega quaisquer variações no tempo e pela qual se manifesta o caráter (“*caractère*”) de uma pessoa, ou seja, o conjunto das disposições duráveis pelo qual posso ser reconhecido como *o mesmo*. Essas disposições, em princípio, são extraídas de hábitos (valores já sedimentados); entretanto, há valores com os quais *passo a* me identificar, pois, na relação com o outro, de troca e alteridade, estou constantemente *reafirmando* minha identidade. Assim, à rigidez da identidade-*idem* – ou seja, à perseveração do caráter (“*persévération du caractère*”) –, Ricœur opõe uma concepção aberta, de identidade-*ipse* ou ipseidade (“*ipseité*”), correspondente ao inglês “*selfhood*” e compreendida como a manutenção de si (“*maintien de soi*”)⁵⁴ (RICŒUR: 1990a, pp. 144-150; TASSO: 2015, p. 73). É essa conservação que se evidencia no cumprir com minha palavra, a despeito de minhas mudanças no tempo⁵⁵, o que acima denominei “permanência-impermanente”.

53 Como explorado por Ricœur em *Soi-même comme un autre*, a identidade como mesmidade se encontra na filosofia de John Locke (para quem a identidade de uma pessoa é verificada por comparação e a identidade de si mesmo advém de um processo reflexivo instantâneo da memória, razão pela qual Locke é associado a um critério de identidade psíquica, não corporal) e David Hume (para este, no entanto, minha identidade não passa de ilusão, pois tenho percepções sucessivas do mundo e, sujeito a tais percepções, pressuponho possuir uma existência invariável e ininterrupta; minha identidade, portanto, resultaria de minha imaginação e minha crença). RICŒUR, Paul, op. cit., 1990a, pp. 150-154.

54 Embora entenda que o termo “manutenção” seja pouco usual em língua portuguesa para tratar de pessoas (sendo associado a objetos – vide a manutenção de equipamentos eletrônicos, automóveis, etc.) e que o termo “conservação de si” satisfaria melhor a este problema, optei por manter a tradução do termo “*maintien de soi*” em sua literalidade (“manutenção” de si), especialmente tendo em vista que o verbo “manter” é aquele utilizado a respeito de promessas – “mantenho minhas promessas”, “mantenho minha palavra”. Esta também foi a opção da tradução brasileira de *Soi-même comme un autre*. Cf. RICŒUR, Paul. *Si mesmo como um outro*. Campinas: Papirus, 1991. Ressalvo que o termo, como esclarecido pelo próprio Ricœur (RICŒUR, Paul, op. cit., 1990a, p. 149), consiste na tradução da “*Selbständigkeit*” da filosofia de Martin Heidegger; entretanto, a opção de uma das traduções brasileiras de “*Sein und Zeit*” (*Ser e Tempo*), por “autoconsciência” parece inadequada aos propósitos de Ricœur. HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. 10. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2015, p. 587.

55 Ricœur atribui à promessa “la charge de porter le destin de l’ipséité, au défi des circonstances qui menacent de ruiner l’identité du même; la fière devise ‘je maintiendrai’ porte au langage la

Os dois polos (mesmidade e ipseidade) da identidade pessoal, em princípio antagonônicos, na realidade, recobrem um ao outro de forma mediada, sendo esse processo explicitado pela noção de *identidade narrativa*.

Para sua compreensão, como antecipei acima, é preciso recorrer à *Poética*, na qual Aristóteles discute como se compor, com excelência, intrigas (“*muthos*”) (ARISTÓTELES: 2017, pp. 35-36; RICCEUR: 1983, p. 58). Nestas, ações humanas são “representadas” (mimetizadas) de forma configurada, e mais, refigurada (pois não se trata da mera imitação da ação, mas da imitação criadora – *mimese*)⁵⁶. Atenhamo-nos ao referido aspecto configurador: a composição de toda intriga⁵⁷ consiste na disposição de uma sucessão de elementos e ações heterogêneos (discordantes entre si, já que cada evento incidente rompe com a estabilidade, o percurso “em linha reta” da história contada) em uma unidade narrativa (ou sistema, como se tais elementos concordassem entre si). Daí Ricœur propor ser toda narrativa uma concordância-discordante (ou discordância-concordante): esta nunca advém do vazio, mas resulta da dialética entre sedimentação (concordância) – pois inserida em um contexto pré-narrativo compartilhado entre autor e leitor e sujeita a regras amparadas em modelos

tenue risquée de l’ipséité, en tant que maintien de soi hors de la sécurité de la mêmété” (tradução livre: “o ônus de carregar o destino da ipseidade, enfrentando o desafio das circunstâncias que ameaçam arruinar a identidade do mesmo; a dignificante anúnciação ‘eu mantereí [minha palavra]’ leva à linguagem a contenção arriscada da ipseidade, enquanto manutenção de si, de fora da segurança da mesmidade”). RICCEUR, Paul. *Parcours de la reconnaissance: trois études*. Paris: Éditions Stock, 2004, p. 155

- 56 A *mimese* (“*mímêsis*”), conceito também extraído da *Poética* aristotélica, é uma “imitação criadora” do fazer humano, analisada por Ricœur em um processo triplice. Seu primeiro estágio é o da Mimese I (ou prefiguração narrativa), consistente na pré-compreensão do mundo e do agir humano, comum ao autor do texto e seu público (sendo ela objeto da “imitação”). A Mimese II (ou configuração), por sua vez, desempenha o papel de intermediária entre os demais estágios, nela se configurando, efetivamente, o enredo (a “*intriga*”), a partir da organização/esquematização de uma tradição. A continuidade desta, contudo, não inibe o potencial inovador, estabelecendo uma “deformação regrada”. A Mimese III (ou refiguração narrativa), por fim, é o estágio que realiza a intersecção entre os mundos do texto e do leitor, mundo configurado pelo texto e mundo no qual a ação efetiva se desenvolve. Um aspecto fundamental de tal divisão é que tão somente na Mimese III, por meio da leitura, que a obra literária obtém um *sentido completo*. Cf. Ricœur, P. *Temps et récit – tome I*. Paris: Éditions du Seuil, 1983, p. 88 e Idem, *Temps et Récit – Tome III*. Paris: Éditions du Seuil, 1985, p. 230
- 57 Optei por traduzir o termo “*mise en intrigue*” por “*composição da intriga*”, entendendo-o mais fiel ao substantivo derivado do verbo “*mettre*” (“*por*”, “*colocar*” em francês); e mais usual em língua portuguesa que “*tessitura da intriga*”, conforme a tradução brasileira. Cf. RICCEUR, Paul. *Tempo e Narrativa – Tomo I*, p. 55. Campinas: Papirus, 1994. O verbo “compor” também foi a opção principal da tradução brasileira da *Poética* de Aristóteles por mim utilizada. Segundo o tradutor, Paulo Pinheiro, “[o termo] ‘composição’ é uma boa hipótese de tradução, mas apenas se o termo, afastado de seu paradigma romântico, for compreendido como o ato poético criativo de pôr em conjunto (*com-por*) os feitos que, uma vez mimetizados, constituem o enredo ou o mito reapresentado. De modo geral, nenhuma das opções é, por si só, suficientemente boa, razão pela qual traduzo ora de um modo, ora de outro, procurando sempre a melhor solução para o momento específico em que Aristóteles se refere à composição, à reunião ou à trama dos fatos (feitos ou ações)”. ARISTÓTELES. *Poética*. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2017, pp. 36-37.

já existentes de uma tradição – e inovação (discordância) – por toda atividade narrativa criar, não meramente repetir a tradição e os modelos pré-existentes.

Ademais, é na intriga que a identidade da personagem é compreendida, já que na história contada se sucedem sistematicamente as ações por ela praticadas (como agente que é) e os eventos, as rupturas imprevisíveis que lhe sucedem (como paciente) – sendo a própria personagem composta na intriga (“*mis en intrigue*”) (RICŒUR: 1990a, p. 170). Ora, “S’il est vraie que la fiction ne s’achève que dans la vie et que la vie ne se comprend qu’à travers les histoires que nous racontons sur elle, il en résulte qu’une vie examinée, au sens du mot que nous empruntons au début à Socrate, est une vie racontée”⁵⁸ (RICŒUR: 2008c, p. 272). A identidade narrativa implica, pois, o exercício da capacidade de *narrar a si mesmo*: identifico-me com minhas ações e com minha tradição, na unidade narrativa de minha vida, mas também com as rupturas que nela se sucedem. Na medida em que admite discordâncias sem deixar de atender à exigência de concordância de toda história, esta concepção de identidade é dinâmica e concilia, no plano teórico, *mesmidade* (a sedimentação, perseveração do caráter) e *ipseidade* (a inovação, manutenção de si) – sendo a dialética presente na obra literária análoga àquela na vida da pessoa humana:

nous ne cessons de réinterpréter l’identité narrative qui nous constitue à la lumière des récits que notre culture nous propose. En ce sens, la compréhension de nous-mêmes présente les mêmes traits de traditionalité que la compréhension d’une oeuvre littéraire. C’est ainsi que nous apprenons à devenir le *narrateur de notre propre histoire sans que nous devenions entièrement l’auteur de notre vie*.⁵⁹ (Ibidem, p. 275)

Evidentemente, o trabalho de narrar a si mesmo não é exclusivamente individual: a operação narrativa requer a configuração e refiguração de experiências e vivências – processo mimético este que seleciona as discordâncias a serem recordadas e aquelas a serem esquecidas, inserindo-as em uma unidade de sentido que denominamos vida (plano individual) ou História (plano coletivo), pelas quais se afirma a identidade do sujeito e de uma comunidade. Essa seleção, contudo, não deixa de estar sujeita à manipulação, pois toda narrativa,

58 “Se é verdade que a ficção não se realiza senão na vida e que a vida não é compreendida senão através das histórias que narramos sobre ela, disso resulta que uma vida examinada, no sentido tomado inicialmente de Sócrates, é uma vida narrada” (tradução livre)

59 Tradução. livre: “não deixamos de reinterpretar a identidade narrativa que nos constitui à luz das histórias que nossa cultura nos propõe. Nesse sentido, a compreensão de nós mesmos apresenta os mesmos traços de tradicionalidade que a compreensão de uma obra literária. É assim que aprendemos a nos tornar o narrador de nossa própria história sem que nos tornemos inteiramente o autor de nossa vida”.

no processo de refiguração, pode ganhar um novo significado, ser contada de outra forma⁶⁰. É o que demonstrarei adiante.

2.2. A CAPACIDADE DE MEMÓRIA

Assumi, no item acima, que para além da capacidade de falar, agir, narrar, imputar e prometer, o sujeito ainda é capaz de recordar – restando esclarecer no que consiste essa potencialidade. Ora, a memória é uma representação (“*eikón*”) do ausente, como se extrai de Platão (RICCEUR: 2007, p. 27). Neste sentido, a metáfora do bloco de cera apontada em *Teeteto* (191 c-d) seria exemplar: Sócrates propõe que se suponha haver na alma um “cunho”, um bloco de cera;

Sócrates – (...) sempre que queremos lembrar-nos de algo visto ou ouvido, ou mesmo pensado, calcamos a cera mole sobre nossas sensações ou pensamentos e nela os gravamos em relevo, como se dá com os sinetes dos anéis. Do que fica impresso temos lembrança e conhecimento enquanto persiste a imagem; o que se apaga ou não pode ser impresso, esquecemos e ignoramos. (PLATÃO: 2001, p. 110)

No entanto, a memória não é representação de todo e qualquer ausente, mas apenas do ausente *anteriormente presente*: o objeto da memória só pode ser o passado, a distância temporal entre a lembrança/recordação e a realidade lembrada/recordada – o que permite diferenciar tal representação da esperança futura ou das sensações presentes. É o que se extrai de um pequeno tratado de Aristóteles sobre a memória e a reminiscência (“*De memoria et reminiscencia*”) (ARISTÓTELES: 2000, p. 105; RICCEUR: 2007, p. 36). A maior contribuição deste tratado para nosso tema, porém, é a distinção entre dois tipos de memória: a memória/lembrança propriamente dita (“*mnème*”) e a recordação/reminiscência (“*anamnèsis*”). Consideremos duas situações ilustrativas, ambas com um pano de fundo comum, antes de precisar tal diferenciação.

60 “Les menaces qui attestent la fragilité de l’identité personnelle ou collective ne sont pas illusoires : il est remarquable que les idéologies de pouvoir entreprennent, avec un inquiétant succès, de manipuler ces identités fragiles par le biais des médiations symboliques de l’action, et principalement à la faveur des ressources de variation qu’offre le travail de configuration narrative, dès lors qu’il est toujours possible, comme on l’a évoqué plus haut, de raconter autrement. Ces ressources de reconfiguration deviennent ainsi des ressources de manipulation. La tentation identitaire, consistant dans le repli de l’identité-ipse sur l’identité idem, prospère sur ce sol miné” (tradução livre: “As ameaças que atestam a fragilidade da identidade pessoal ou coletiva não são ilusórias: é sabido que as ideologias de poder empreendem, com um incômodo êxito, a manipulação dessas identidades frágeis por meio das mediações simbólicas da ação, e principalmente em favor dos recursos de variação oferecidos pelo trabalho de configuração narrativa, sempre que possível, como nós indicamos acima, de contar de outra forma. Esses recursos de reconfiguração se tornam, assim, recursos de manipulação. A tentação identitária, consistente no recuo da identidade-ipse sobre a identidade idem, prospera sobre este solo minado”). RICCEUR, Paul. *Parcours de la reconnaissance: trois études*. Paris: Éditions Stock, 2004, p. 157.

O primeiro exemplo que proponho é o do luto de uma pessoa querida. A reiteração, a repetição de lembranças (a da própria morte, inclusive) é, naturalmente, justificada pela afetividade que ligava a pessoa falecida àquela sobrevivente, bem como à certeza de que momentos felizes passados conjuntamente não se repetirão. De fato, a morte de um próximo corresponde a uma espécie de trauma (ao menos em seu sentido leigo, descompromissado com a psicologia) que impede, ou dificulta o retorno à vida cotidiana⁶¹ – e requer, para tal, tempo e reflexão, em um estado semelhante ao da melancolia. O segundo exemplo, por sua vez, é o do *trabalho* de luto, uma forma distinta de reação à morte do outro, sendo por ele que a pessoa sobrevivente se liberta do próprio luto. Trabalho, aqui, designa a “memoração contra a compulsão de repetição” (RICŒUR: 2007, p. 85), como um esforço de memória pelo qual as lembranças compartilhadas com uma pessoa querida e o desafio de sua ausência são absorvidos na forma de uma “memória feliz”. O trabalho de luto é, assim, o custo do trabalho de lembrança (Ibidem, p. 86). Os bons momentos com o falecido que chegam à mente de alguém imediatamente após uma morte e o levam aos prantos, ou o impedem de seguir disposto, de ver novas possibilidades, apresentam-se de forma completamente distinta quando este as recorda, por exemplo, em uma conversa com outrem, anos depois da morte em questão, como recordaria de qualquer outro momento cuja lembrança jamais lhe provocaria o sofrimento que o luto lhe provocou.

Embora tenha tomado o exemplo do luto por entendê-lo o mais paradigmático do tema em questão (a presença do ausente passado), não avançarei na análise psicanalítica a seu respeito empreendida por Ricœur⁶², sendo suficiente restringir-me ao estudo da distinção aristotélica, perfeitamente aplicável aos exemplos acima. Ora, enquanto a *mnème* sobrevém ao espírito passivamente, como afecção (*pathos*) (analogamente ao luto que não passa, à lembrança que estanca e leva à indisposição, à perda de horizontes), a recordação requer uma busca ativa (como a referida recordação em uma conversa) (ARISTÓTELES: 2000, pp. 105-120; RICŒUR: 2007, p. 37). Esta não inibe possibilidades, permitindo ao espírito agir, prosseguir (diferentemente da memória como lem-

61 Há um drama que, ficcionalmente, ilustra bem a complexidade psicológica da problemática acima. No filme “*Sous le sable*” (“*Sob a areia*”) (2000), de François Ozon, a personagem Jean (Bruno Cremer), marido da protagonista Marie (Charlotte Rampling) desaparece após um mergulho na praia em que passavam as férias. Marie se recusa a aceitar a ausência do esposo e segue representando-o em sua vida conjugal, como se as lembranças suprissem a própria presença de Jean. Pode-se dizer que, inicialmente, a protagonista não desenvolve um trabalho de luto, restando impossível o *prosseguir* (ao qual vínculo o que, com Ricœur, denominarei adiante “esquecimento de reserva”).

62 A esse respeito, cf. RICŒUR, Paul. *Amemória, a história, o esquecimento*. 7. ed. São Paulo: Editora da Unicamp, 2007, p. 83-93.

brança passiva, o “passado que não passa” estudado pela psiquiatria na forma de “trauma”) (RICŒUR: 2007, p. 48). Em sua fenomenologia, Ricœur se utiliza dos termos “evocação” e “busca”, respectivamente, para a *mnème* e a *anamnèsis*.

A relação de oposição entre memória e ação resta mais clara a partir dos elementos fenomenológicos extraídos por Ricœur de *Matéria e memória* (“*Matière et mémoire*”), obra de Henri Bergson cuja tese central é justamente a de que o corpo é um instrumento de ação, não de representação (rejeitando, pois, a hipótese de que lembranças ou imagens sejam armazenadas no cérebro, que é matéria, não espírito) (BERGSON: 2006, p. 264). Desta forma, é pelo agir que o presente é orientado (sendo o passado antítese da ação e, portanto, impotente). O presente não é assumido como um instante *t* no tempo (tal como no senso comum), mas um “sistema sensório-motor”, por combinar a percepção do passado imediato (sensação) e a determinação do futuro imediato (ação ou movimento) (Ibidem, p. 160).

Assim, uma percepção concreta (situada no presente), em Bergson, nunca é pura; trata-se da síntese da percepção pura com a lembrança pura (matéria e espírito, respectivamente). Ora, a lembrança pura não concerne ao corpo, gerando sensações ao se materializar (e essas sensações é que ocupam partes do corpo); entretanto, ao produzi-las, a lembrança deixa de sê-lo, sendo *atualidade*, estado de coisa presente (Ibidem, p. 163). Nesse sentido, a figura do cone invertido é exemplar. O filósofo propõe uma forma composta por uma base AB (imóvel, assentada no passado) e um vértice S (que avança incessantemente pelo presente) tocando o plano móvel P (correspondente à minha representação atual do universo). A lembrança, assim, responde aos elementos sensório-motores da ação presente, sendo o caminho da memória não do presente ao passado, mas do passado ao presente (Ibidem: 2006. p. 178; p. 280).

A figura do cone invertido permite a Bergson distinguir dois planos extremos: o plano da ação (dos hábitos motores) e o do sonho (pelo qual nenhuma ação adere às imagens)⁶³ (Ibidem, p. 283). Daí haver ao menos três tipos de espíritos: os equilibrados, cujo processo de memória segue o mencionado acima, outros que não vivem no presente puro (que respondem imediatamente, são impulsivos) e, ainda, os sonhadores (nos quais “as lembranças emergem à luz da consciência sem proveito para a situação atual”) (Ibidem, p. 179). A este último corresponde, ficcionalmente, o caso do personagem Funes, de Jorge Luis

63 Segundo Bergson, “Tendemos a dispensar-nos em AB à medida que nos liberamos mais de nosso estado sensorial e motor para viver a vida do sonho; tendemos a concentrar-nos em S à medida que nos ligamos mais firmemente à realidade presente, respondendo através de reações motoras a excitações sensoriais” (grifo nosso). BERGSON, Henri. *Matéria e memória: ensaio sobre a relação do corpo com o espírito*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 191.

Borges, que retratei na Introdução deste trabalho, pois a precisão de sua memória, de tão excessiva, impedia-lhe de qualquer ação, levando-lhe ao aleijamento.

O elemento-chave que, com Ricœur, extraio de Bergson é este ocultamento do passado pela ação presente. Somente pela “ausência” das lembranças é que se age, pois o plano da memória é comparável à inércia de um sonho, no qual tudo é representado mas não há movimento algum. Em *Matéria e memória*, há duas formas pelas quais posso utilizar o passado para minha ação presente: por mecanismos motores (“na própria ação, e pelo funcionamento completamente automático do mecanismo apropriado às circunstâncias”) (Ibidem, p. 84) ou em lembranças independentes – distinguindo-se a memória por excelência (vinculada a imagens-lembrança que busco quando procuro me lembrar de minha vida passada e que é, portanto, imaginativa) da memória-hábito voltada à ação, que repete (não representando propriamente o passado, mas sim o repetindo, encenando; esta memória não conserva imagens, mas “prolonga seu efeito útil até o momento presente”)⁶⁴ (Ibidem, p. 89). Apenas no primeiro caso há um verdadeiro “trabalho de espírito” que “irá buscar no passado, para dirigi-las ao presente, as representações mais capazes de se inserirem na situação atual” (Ibidem, p. 84; p. 177). Ademais, somente a primeira destas duas memórias depende de minha vontade enquanto a outra é espontânea (reproduzindo e conservando fielmente a “lembrança”). O caráter imaginativo da primeira, contudo, carrega consigo o risco de uma “cilada do imaginário” (RICŒUR: 2007, p. 69) que põe em dúvida a veracidade das lembranças que, ao menos na construção de uma identidade e história coletiva, não pode deixar de ser considerada.

64 “A primeira [memória] registraria, sob a forma de imagens-lembranças, todos os acontecimentos de nossa vida cotidiana à medida que se desenrolam; ela não negligenciaria nenhum detalhe; atribuiria cada fato, cada gesto, seu lugar e sua data. Sem segunda intenção de utilidade ou de aplicação prática, armazenaria o passado pelo mero efeito de uma necessidade natural. Por ela se tornaria possível o reconhecimento inteligente, ou melhor, intelectual, de uma percepção já experimentada; nela nos refugiaríamos todas as vezes que remontamos, para buscar aí uma certa imagem, a encosta de nossa vida passada. Mas toda percepção prolonga-se em ação nascente; e, à medida que as imagens, uma vez percebidas, se fixam e se alinham nessa memória, os movimentos que as continuam modificam o organismo, criam no corpo disposições novas para agir. Assim se forma uma experiência de uma ordem bem diferente e que se deposita no corpo, uma série de mecanismos inteiramente montados, com reações cada vez mais numerosas e variadas às excitações exteriores, com réplicas prontas a um número incessantemente maior de interpelações possíveis. Tomamos consciência desses mecanismos no momento em que eles entram em jogo, e essa consciência de todo um passado de esforços armazenado no presente é ainda uma memória, mas uma memória profundamente diferente da primeira, sempre voltada para a ação, assentada no presente e considerando apenas o futuro. Esta só reteve do passado os movimentos inteligentemente coordenados que representam seu esforço acumulado; ela reencontra esses esforços passados, não em imagens-lembranças que os recordam, mas na ordem rigorosa e no caráter sistemático com que os movimentos atuais se efetuam”. Ibidem, p. 88-89.

2.2.1 A MEMÓRIA COLETIVA: MEMÓRIA E HISTÓRIA

Até o momento, tratei da memória em sua dimensão singular, individual, por esta ser intuitivamente compreensível: cada um de nós carrega consigo suas próprias memórias. Nada impede que os estudos sigam, de agora em diante, na discussão da memória *coletiva*. Neste sentido, aspectos patológicos da memória, como o do luto, são perfeitamente transponíveis ao plano histórico (de forma direta, não meramente analógica⁶⁵), pois a história da humanidade possui, em sua estrutura mais íntima, a violência⁶⁶ – de forma que “se armazenam, nos arquivos da memória coletiva, feridas simbólicas que pedem uma cura” (RICCEUR: 2007, p. 92).

Entretanto, a memória coletiva não se confunde com o que aqui se entende por “história”, pois enquanto aquela concerne às lembranças individuais ou coletivas vividas (e, portanto, impressões não comprometidas com a verdade), esta consiste na narrativa resultante do trabalho do historiador (e de sua recepção pelo cidadão), após um processo tripartite da operação historiográfica (emprestado por Ricœur do historiador Michel de Certeau) (Ibidem, pp. 146-147). A primeira fase de tal processo é a de colocação em arquivos pelo historiador, que seleciona e discrimina testemunhos tendo como princípio

65 Tal transposição direta evidencia o ganho teórico da compreensão ricœuriana da identidade como identidade narrativa, mediando identidade-*idem* e identidade-*ipse*. É por ela que Ricœur assume uma posição intermediária entre uma fenomenologia da memória restrita ao plano individual e uma sociologia que trate a coletividade de forma orgânica. Neste sentido, “It is never a question of a unitary collectivity from which the individual disappears, but a dialogical collectivity in which the individual plays an active part. Memories are always shaped in relation to others. In fact, the traditional paradigm of individual and collective memory may even lead to a non-sense, since the nature of memory is dialogical. Even though Ricœur, Halbwachs and Bergson clearly introduce a dialogical relation between the individual and the collective, Ricœur goes further in developing a dialogical dimension within the self. In Halbwachs, otherness was present in the self, but it was considered as the other-from-the-outside, whereas in Ricœur otherness comes not only from the outside but also from within.” (trad. livre: “Nunca é uma questão de uma coletividade unitária da qual o indivíduo desaparece, mas uma coletividade dialógica na qual o indivíduo participa ativamente. Memórias são sempre moldadas em relação ao outro. De fato, o tradicional paradigma da memória individual e coletiva deve ainda levar a um non-sense, tendo em vista que a natureza da memória é dialógica. Ainda que Ricœur, Halbwachs e Bergson claramente introduzam uma relação dialógica entre o individual e a coletividade, Ricœur vai além ao desenvolver uma dimensão dialógica no próprio si. Em Halbwachs, a alteridade estava presente no si, mas era considerada como o outro-de-fora, enquanto em Ricœur a alteridade advém não apenas de fora mas também de dentro do si”. DESSINGUÉ, Alexandre. Towards a Phenomenology of Memory and Forgetting. *Études Ricœuriennes/Ricœur Studies*, v. 2, n. 1, 2011, p. 176.

66 “Esa cosa terrible es lo que hace la historia: la violencia aparece como el modo privilegiado según el cual cambia la figura de la historia como un ritmo del tiempo de los hombres, como una estructura de la pluralidad de las consciencias” (trad. livre: “É essa coisa terrível que faz a história: a violência aparece como o modo privilegiado pelo qual o semblante da história se modifica como um ritmo do tempo dos homens, como uma estrutura da pluralidade das consciências”). RICCEUR, Paul. La cuestión del poder: el hombre no-violento y su presencia en la historia. In: *Historia y verdad*. 3. ed. Madrid: Ediciones Encuentro, 1990b, p. 211.

orientador a ambição de veracidade – seu compromisso é, essencialmente, o de correspondência entre sua interpretação escrita e o que de fato ocorreu, sendo necessário, para tal, amparar-se em documentos que foram *arquivados* e abrir mão dos vestígios que não apresentam a confiabilidade necessária para sê-lo. A essa primeira etapa compete tal seleção a respeito do material confiável ao arquivo. A segunda fase consiste na explicação/compreensão de um fato histórico (na forma de motivos, ou mesmo causa/consequência): com base nos documentos arquivados, o historiador procura explicar o porquê de determinado acontecimento. Quanto à terceira fase, trata-se da representação histórica (ou melhor: representância⁶⁷), escrita da história que estabelece uma verdade na qual há um “corte entre o nível memorial e o do discurso histórico” (DOSSE: 2017, p. 214). Desta forma, por um lado, a história, em sua ambição veritativa, toma a memória como seu objeto e assume o olhar distante do historiador; por outro, a memória, em sua ambição de fidelidade (à lembrança do sujeito ou da comunidade, distinta ou não do que de fato ocorreu) tende a desconfiar de tal julgamento histórico por sua proximidade, identidade com o fato em questão. Para Ricœur, nenhum desses polos detém primazia sobre o outro, pois “É a essa própria indecidibilidade [quanto ao polo superior] que se faz justiça numa ontologia responsável pelo seu contraponto epistêmico” (RICŒUR: 2007, p. 363). Assim, o debate histórico está sempre em aberto, pode ser sempre retomado pelo historiadores, cabendo ao cidadão, ao terceiro imparcial, o verdadeiro julgamento histórico: “É ele o portador dos valores ‘liberais’ da democracia constitucional. Apenas a convicção do cidadão justifica, em última instância, (...) a honestidade do historiador nos arquivos” (Ibidem, p. 346)⁶⁸.

Aqui se alcança a hermenêutica ontológica que Ricœur desenvolve em *A Memória, História e Esquecimento*: a “temporalidade” (unidade articulada do “futuro”, do “passado” e do “presente”⁶⁹) é precondição “existenciária” (para a

67 Para Ricœur, “representância” – e não “representação” – é o conceito adequado para a definir o processo de escrita do texto histórico, pois, diferentemente de outro texto literário (que implica a representação) este ambiciona responder à demanda de uma contrapartida, um “*vis-à-vis*” (a ele corresponde um passado que passou mas que mantém preservados seus rastros): “entre la fonction de représentation et le *vis-à-vis* qui en est le corrélat, nous avons discerné une relation de dette, qui place les hommes du présent devant la tâche de restituer aux hommes du passé – aux morts – leur dû” (trad livre: “entre a função de representância e o *vis-à-vis* que é seu correlato, discernimos uma relação de dívida, que situa os homens do presente frente à tarefa de restituir aos homens do passado – aos mortos – o que lhes é devido”). RICŒUR, Paul, op. cit., 1985, p. 228.

68 Destaco que a história não deve ser compreendida como o resultado apenas da escrita *do historiador*, mas também da recepção desta pelo cidadão/pela comunidade – em consonância com a teoria do texto ricœuriana, pela qual, como destaquei na nota de rodapé n. 56, apenas na leitura (Mimese III) a obra literária (a do historiador inclusa) tem seu sentido completo.

69 Utilizo os termos “passado”, “presente” e “futuro” para evitar a discussão heideggeriana a respeito da inautenticidade destes termos. Tendo em vista que o ser-*ai* (*Dasein*) está engajado

escolha concreta de meu ser⁷⁰) da história e da memória; “Fazemos a história e fazemos história porque somos históricos” (Ibidem, p. 362). É o historiador quem oferece aos ausentes uma sepultura (termo extraído de Certeau)⁷¹. Neste sentido,

D’une part, au sens ethnologique et quasi religieux du terme, l’écriture joue le rôle d’un *rite d’enterrement*; elle exorcise la mort en l’introduisant dans le discours. D’autre part, elle a une fonction *symbolisatrice*; elle permet à une société de se situer en se donnant dans le langage un passé, et elle ouvre ainsi au présent un espace propre: “marquer” un passé, c’est faire une place au mort, mais aussi redistribuer l’espace des possibles, déterminer négativement ce qui est *à faire*, et par conséquent utiliser la narrativité qui enterre les morts comme moyen de fixer une place aux vivants⁷². (CERTEAU: 1975, p. 118 apud BREITLING: 2004, p. 239)

Extraímos, pois, um dever de memória que Ricœur aproxima da fidelidade pregada pela matriz judaico-cristã, o “Lembra-te!” (“*Souviens-toi!*”) do Deuteronômio judaico (DOSSE: 2017, p. 214). Ainda assim, o autor prefere falar em “trabalho de memória”, e não dever, por não achar compatível com a noção de passado um imperativo no futuro. De fato, o termo está mais próximo do trabalho de luto mencionado acima, destacando um processo quase que terapêutico voltado para uma “memória feliz” que age e *busca* a recordação, sem estar vulnerável às lembranças-afecções. Para além do sepultamento, a escrita da história se apropria da herança do passado, revela e retoma as promessas não cumpridas por um povo (BREITLING: 2004, p. 243). O trabalho de mediação do historiador entre o cidadão e aqueles que se foram, portanto,

em seus projetos e, portanto, no porvir, podemos compreender a temporalidade como “l’unité articulée de l’avenir, de l’avoir-été et du présent, qui sont ainsi donnés à penser ensemble” (trad. livre: “a unidade articulada do porvir, do tendo-sido e do presentificar, que são assim postos ao pensar de forma conjunta”). Ibidem, p. 105.

70 Novamente, evito me aprofundar nos termos heideggerianos. Na realidade, o termo “existenciário” concerne à escolha concreta de uma forma de ser-no-mundo, não se confundindo com “existencial” (concernente à análise das estruturas que distinguem o ser-aí dos demais entes). Neste sentido, cf. Ibidem, p. 97.

71 Omito, nesta passagem, a contraposição de Ricœur quanto a Martin Heidegger por; se, para este, o historiador é tomado como o advogado do “morre-se inautêntico” (tendo em vista o ser-para-a-morte do *Dasein*), para aquele, ele é responsável por uma “atribuição múltipla do morrer” que justifica o prosseguimento de uma tradição pautada na dívida, no dever de memória e de cumprimento de promessas inacabadas. Neste sentido, cf. RICŒUR, op. cit., 2007, p. 362-363.

72 “Por um lado, no sentido etnológico e quase religioso do termo, a escrita desempenha o papel de uma *cerimônia de enterramento*; ela exorciza a morte introduzindo-a no discurso. Por outro lado, ela possui uma função *simbolizadora*; permite a uma sociedade situar-se ao se atribuir pela linguagem um passado, ela abre ao presente, assim, um espaço próprio: ‘marcar’ um passado é dar um lugar ao morto, mas também redistribuir o espaço de possibilidades, determinar negativamente o que está *por fazer*, e, conseqüentemente, utilizar a narratividade que enterra os mortos como meio de fixar um lugar aos vivos” (trad. livre).

“ne peut se réaliser sans dialectisation de la mémoire et de l’histoire, en distinguant sous le registre de l’histoire-critique la mémoire pathologique qui agit comme compulsion de répétition et la mémoire vive dans une perspective reconstructive”⁷³ (DOSSE: 2004, p. 265).

Afinal, a memória está sujeita a abusos, dos quais Ricœur desenvolve uma tipologia tríplice, conforme diferentes planos epistemológicos. O primeiro abuso, do plano patológico-terapêutico, consiste na memória impedida; trata-se do exemplo do luto, já discutido, que requer tempo para ser contornado, “superado” (RICŒUR: 2007, p. 81). O segundo tipo de abuso, do nível “prático”, é o da memória manipulada; trata-se da instrumentalização de lembranças (seu excesso ou sua insuficiência), por detentores do poder, para compor a identidade de um povo. Por tal instrumentalização, distorciva da realidade, legitima-se um determinado sistema de poder e se integra um mundo comum (RICŒUR: 2007, pp. 93-95). A memória obrigada corresponde ao terceiro tipo de abuso, do nível ético-político, e implica uma memória excessivamente convocada, em que o dever de memória supramencionado, a pretexto de justiça para com os mortos, deixa de realizá-la. Neste sentido, Ricœur sentencia que: “Somos devedores de parte do que somos aos que nos precederam” e precisamos, quanto a estes, “Pagar a dívida, (...) mas também submeter a herança a inventário” (Ibidem, p. 101), ou seja, o dever de memória não implica a mera conservação dos rastros deixados por aqueles que se foram, mas o sentimento de *dívida* a ser honrada, de continuidade de uma tradição.

2.3. O ESQUECIMENTO

Percorri ao longo deste capítulo, autores e abordagens múltiplas, expondo conceitos e distinções importantes para a compreensão do trabalho de memória em Ricœur. Cumpre, agora, organizá-los de forma resumida para destacar o papel desempenhado pelo esquecimento em referida teoria. Afirmo que o sujeito é um feixe de capacidades – de falar, de agir, de narrar a si mesmo, de predicar/ser imputado, de prometer e de recordar – que só se atualizam na vida comum, no espaço público. Dei particular atenção à capacidade de promessa, pois esta evidencia o processo pelo qual, a despeito de não sermos, ao longo do tempo, exatamente os mesmos (mesmidade), somos capazes de cumprir com nossa palavra e mantermo-nos a nós mesmos (ipseidade, manutenção de si). A mediação entre ambos os polos da identidade se realiza pelo narrar a si mesmo,

73

Trad. livre: “não pode se realizar sem [a] dialetização da memória e da história, distinguindo pelo registro da história-crítica a memória patológica que age como compulsão de repetição da memória viva, sob uma perspectiva reconstrutiva”.

constituindo uma identidade narrativa. Assim, narrar a si mesmo é constituir uma unidade a partir da continuidade de uma tradição (sedimentação) combinada com trocas e rompimentos para com ela (inovação). Não posso narrar, contudo, aquilo de que me esqueci, mas tão somente aquilo de que me lembro e entendo que deva ser lembrado.

A capacidade de recordação, assim, permite-me constituir minha identidade e agir. Ao dissecá-la da fenomenologia da memória ricœuriana, extraí quatro conclusões: em primeiro lugar, de que a memória (em sentido amplo) é a presença do ausente passado; em segundo, de que a memória (em sentido estrito) como afecção, *mnèse*, não se confunde com a recordação/reminiscência, como busca, *anamnèsis*. Em terceiro, que o agir requer o afastamento do polo das lembranças, o qual é análogo ao estado de sonho. Por fim, destaquei que a memória imaginativa pode incidir em erros (as “ciladas do imaginário”) ou mesmo abusos contra os quais tende a se opor a escrita da história, em sua ambição veritativa e propensa a tomar a memória como mero objeto de sua análise. Entretanto, história e memória são dimensões complementares de uma identidade coletiva, sendo papel do historiador o “sepultamento” dos mortos que conduza à justiça para com aqueles que se foram; ele é o porta-voz de uma tradição sujeita à sedimentação e à inovação (na dinâmica da concordância-discordante); a ele cabe identificar os projetos inacabados, as promessas ainda por cumprir que constituem a identidade de um povo ou da humanidade e que lhe configuram a identidade (pela manutenção do si). Oportunamente (no capítulo 3), defenderei que este também é o papel do pensador do Direito.

A inexistência de primazia da história sobre a memória ou desta sobre aquela, e a imprescindibilidade de ambos os polos na construção da identidade não significa que a memória seja livre de abusos e que estes sejam patologias irremediáveis. Pelo contrário; a tipologia tríplice dos abusos da memória elaborada por Ricœur – memória impedida (plano terapêutico), memória manipulada (plano prático, ideológico) e memória obrigada (plano ético, político) – é o primeiro passo para uma teoria que assuma como possível o trabalho de memória (análogo ao trabalho de luto, no plano psicanalítico) que tenha como norte a “memória feliz” que diversas vezes mencionei. Ora, esta não representa um dever de esquecimento propriamente dito, mas o êxito, a satisfação que somente o esquecer proporciona⁷⁴. Se, por um lado, o esquecimento é, no sen-

74 Em entrevista referindo-se à sua obra *A memória a história, o esquecimento*, Ricœur teria afirmado que “se há no livro uma ideia obsedante, e que não é tratada tematicamente, uma ideia é como que a fórmula que escorre sob o texto, é a ideia da memória feliz. Sem que eu me dê conta, a memória se torna justa quando tem a ver com a infelicidade. A memória feliz

so comum, associado a uma falha, à ausência de memória considerada de forma negativa, por outro, pode ser tratado de forma positiva.

Não à toa, ao tratar da figura do cone invertido em Henri Bergson, enfatizei que as lembranças eram atualizadas *conforme sua busca/utilidade para a ação*. Estas não eram apagadas ou destruídas; restavam intactas, virtuais, até que fossem presentificadas. Assim, Ricœur distingue duas formas de esquecimento (RICŒUR: 2007, p. 447). A primeira delas é o esquecimento destruidor ou por apagamento dos rastros; em face dele, não consigo encontrar a lembrança que procuro nem mesmo após um esforço de busca – não consigo me lembrar, por exemplo, a cor da roupa com que me vesti, o que jantei ou o que fiz no dia 6 de setembro de 2009, ou qualquer outro detalhe ou data irrelevante para mim. Diferente dessa forma, entretanto, é a do esquecimento de reserva ou de recurso, pela qual uma lembrança não é constantemente invocada em meu agir, mas sou perfeitamente capaz de buscá-la – retomando Bergson, não a assumo de forma habitual para repeti-la. Neste sentido, posso me lembrar da história de meu livro preferido, de minha primeira desilusão amorosa ou das circunstâncias de um acidente de trânsito que sofri – o que não significa que essas lembranças me venham à mente com certa frequência ou que esteja constantemente retomando-as para orientar minhas ações: posso ler outros livros, amar outras pessoas, ou seguir dirigindo meu carro. Para retomar a terminologia aristotélica, por esta segunda forma de esquecimento, não estou sujeito a lembranças que advenham feito afecções, tal como na *mnèse*; sou capaz de buscar lembranças, conforme minha vontade, tal como na *anamnèsis*.

O esquecimento de reserva faz do passado o tendo-sido que não mais é, opondo-se ao “passado que não quer passar” que se prolonga, feito traumas (Ibidem, p. 338). Ele “designa então o caráter *despercebido* da perseverança da lembrança, sua subtração à vigilância da consciência” (Ibidem, p. 448) e permite o agir, em detrimento do “estado de sonho” bergsoniano. Também tal esquecimento é a contrapartida aos abusos da memória: somente o tempo e o esquecimento remediaram a memória impedida, e o bom uso do esquecimento é fundamental em face da memória manipulada, pois, sendo impossível a narração de tudo que já ocorreu, a manipulação está na seleção mesma daqueles que devem ser lembrados – e como devem sê-lo. Quanto à memória obrigada, diferentemente do esquecimento destruidor, que, ao apagar os rastros, nega àqueles que “já foram” seu sepultamento, a consideração do esquecimento de reserva consiste na única forma possível de conciliação entre o agir humano e

a justiça ao dever de memória que expus acima. Pressuposto do esquecimento, contudo, é a resolução: não posso esquecer, por exemplo, uma dor que ainda é presente; só esqueço o que não mais sinto, aquilo que foi por mim perdoado. Por esse motivo, o capítulo que segue se debruçará, enfim, sobre o tema central de todo este trabalho: o perdão.

3.0. O PERDÃO

Neste capítulo, defenderei minha hipótese central, qual seja, de que o perdão e o esquecimento são elementos da justiça – ainda que a relação entre os três capítulos deste trabalho só deva restar clara em minha conclusão. Antes de afirmá-lo, porém, preciso explicitar o sentido que atribuo ao fenômeno do perdão, expondo o debate filosófico em torno de tal conceito e de suas características – o que farei a partir de quatro autores que se debruçaram sobre o tema: Hannah Arendt, Vladimir Jankélévitch, Jacques Derrida e Paul Ricœur, respectivamente. Concluirei pela importância de um conceito aberto de perdão, pautado em três características essenciais e em seguida demonstrarei o papel de mediação social vinculado a tal fenômeno, sob duas perspectivas: a dos conflitos singulares (no âmbito do processo judicial) e do conflitos da ordem do “universal” (ou seja, das questões distributivas concernentes a toda a comunidade ou a todo ser humano, no âmbito do Estado Democrático de Direito). Destacarei, por fim, o trabalho de mediação do pensador e “aplicador” do Direito como análogo ao do historiador na obra de Ricœur.

3.1. O PERDÃO E SEUS LIMITES: EM BUSCA DE UMA DEFINIÇÃO

a partir da obra de Ricœur, expliquei, no item 2.1 acima, em que consiste a capacidade de ação. Não pretendo confundir com os conceitos utilizados por Hannah Arendt a “tipologia” ricœuriana das capacidades, mas *The human condition* (1958) certamente me permite complementar a classificação ora desenvolvida. Isso porque o agir, em Arendt, não se confunde com o mero viver do *animal laborans* ou o fabricar do *homo faber*⁷⁵; trata-se do *tomar uma iniciativa*, iniciar algo novo, uma espécie de “milagre” (ARENDT: 1958, pp. 177-78) e essa

75 Em *The human condition*, Arendt denomina *vita activa* a reunião das três atividades fundamentais do ser humano: o labor (o processo biológico do corpo humano, a vida em si mesma), o trabalho (atividade que proporciona um “mundo de coisas artificial” – “an ‘artificial’ world of things” – distinto da natureza) e a ação (“the only activity that goes on directly between men without intermediary of things or matter, corresponds to the human condition of plurality, to the fact that men, not Man, live on the earth and inhabit the world”). ARENDT, Hannah. *The human condition*. 2. ed. Chicago: University of Chicago Press, 1998, p. 7. Ao ser que realiza seu labor solitário, Arendt atribui o termo “*animal laborans*”; ao ser humano que fabrica (trabalha) em um mundo compartilhado com outros seres humanos, o termo “*homo faber*” (Ibidem, p. 22).

qualidade só aparece quando o homem está com outros, compartilhando uma rede de relações humanas na qual este indivíduo se apresenta, por sua ação ou seu discurso: “The disclosure of the ‘who’ through speech, and the setting of a new beginning through action, always fall into an already existing web where their immediate consequences can be felt”⁷⁶ (Ibidem, p. 184). Justamente porque uma pessoa é sempre “com” as outras (na terminologia heideggeriana, ser é *ser-com*⁷⁷), por eu viver em conjunto e ser inserido (ou, novamente na terminologia heideggeriana, *estar-lançado*⁷⁸), pelo nascimento (e, secundariamente, pela ação e pelo discurso) em um mundo que já é e ao qual dou continuidade, essa inserção em uma realidade já existente, tal possibilidade de afetação do si por outrem, limita, de certa forma, meus possíveis e meu agir – o que, segundo Arendt, levou a tradição do pensamento ocidental a tratá-la como falta de liberdade, determinismo. No entanto, a liberdade (“*freedom*”) não se confunde com a soberania (“*sovereignty*”, autossuficiência e domínio absoluto da própria vida, sem interferência de quaisquer fatores externos) (Ibidem, pp. 234-235); ainda que sejamos uns-com-os-outros e vulneráveis a interferências de outrem, a liberdade (de agir, de iniciar) é possível, e isso porque esta pressupõe o perdão, faculdade liberadora daquele que perdoa e de quem é perdoado:

Only through this constant mutual release from what they do can men remain free agents, only by constant willingness to change their minds and start again can they be trusted with so great a power as that to begin something new⁷⁹ (Ibidem, p. 240).

O perdão, portanto, é pressuposto da ação porque, sem ele, o *processo* por ela iniciado não se encerra em um ato só, prolongando-se, de consequência em consequência, infinitamente. Ainda assim, o perdão é inesperado (e acrescento: inexigível), pois a *reação* previsível de uma pessoa à ação de outrem que lhe

76 Trad. livre: “O descobrimento do ‘quem’ pelo discurso, e o estabelecimento de um novo começo pela ação, sempre recai em uma rede já existente na qual suas consequências imediatas podem ser sentidas”.

77 Destaco o termo heideggeriano pela notória influência da filosofia de Martin Heidegger sobre a de Hannah Arendt. Cf. HEIDEGGER, Martin, op. cit., 2015, p. 175: “...o mundo é sempre o mundo compartilhado com os outros. O mundo da presença [do Dasein, do ser-aí] é *mundo compartilhado* (N38). O ser-em é *ser-com* os outros. O ser-em-si intramundado desses outros é *copresença*”.

78 “O estar-lançado não só é um ‘feito pronto’ como também não é um fato acabado. Pertence à *facticidade* da presença ter de permanecer em lance *enquanto* for o que é e, ao mesmo tempo, de estar envolta no turbilhão da impropriedade do impessoal. Pertence à presença que, sendo, está em jogo o seu próprio ser, o estar-lançado no qual a facticidade se deixa e faz ver fenomenalmente. A presença existe faticamente”. Ibidem, p. 244.

79 Trad. livre: “Somente por essa constante liberação mútua do que eles fazem, os homens podem permanecer agentes livres; somente por uma constante disposição para mudar de opinião e recomeçar é que eles podem ser creditados como dotados de um poder tão grande como o de começar algo novo”.

afeta é a vingança. Além disso, ele é incondicional, independente do ato que o provocou ou o requereu (Ibidem, p. 241); para justificá-lo, a autora destaca que o papel libertador do perdão foi expresso por Jesus de Nazaré, sob a ideia de que os homens “não sabem o que fazem” (ou seja, de que cometem faltas sem intenção consciente de provocar o mal) e de que o perdão não somente liberta como “ensina” àquele que é perdoado a falta por ele cometida (Ibidem, p. 238-239). Ora, por essa mesma razão, ao crime extremo ou ao mal intencionado não caberia qualquer ensinamento, inexistindo sequer a possibilidade de perdoá-lo. Para Arendt, o limite do perdão é o mesmo da punição: só posso perdoar o que é passível de um castigo proporcional, e só posso punir proporcionalmente o que não é imperdoável⁸⁰ (Ibidem, p. 241).

A questão do imperdoável, qual seja, da existência ou não de uma falta de dimensões tais à qual se atribua tal *status*, porém, é controversa. O paradigma é notório na obra de Vladimir Jankélévitch, o qual, em *L'imprescriptible* (*O imprescritível*, 1956), conclui pela impossibilidade de perdão dos crimes nazistas, pois esquecer (ou melhor, perdoar) crimes de tais proporções seria igualmente um crime contra a humanidade⁸¹. Em contrapartida, em *Le pardon* (*O perdão*, 1967), o mesmo Jankélévitch expressamente anuncia que “there is an inexcusable, but there is not an unforgivable”⁸² (grifo meu) (JANKÉLÉVITCH: 2005, p. 156); o perdão seria um evento, “presente” espontâneo do ofendido ao ofensor pelo qual este último não perde sua culpa, mas a relação entre ambos é que passa a ser outra:

To forgive is neither to change one's mind on the score of the guilty person, nor to rally around the thesis of innocence ... Quite the contrary! The supernaturality of forgiveness consists in this, that *my opinion on the subject of the guilty person precisely has not changed; but against this immutable background it is the whole lighting of my relations with the guilty person that is modified* (...). The judgment of condemnation has stayed the same, but an arbitrary and gratuitous change has intervened, a diametrical and radical inversion, *peristophe*, which transfigures hatred into love. To

80 Genocídios e crimes contra a humanidade, neste sentido, seriam imperdoáveis. Cf. PERRONE-MOISÉS, Cláudia. *Forgiveness and crimes against humanity: a dialogue between Hannah Arendt and Jacques Derrida*, p. 7. Disponível em: <http://www.hannaharendt.net/index.php/han/article/view/90/145>. Acesso em: 13 mai 2019. Como aponta a autora, embora Arendt afirme expressamente em *The human condition* que o perdão é *alternativa* à punição (e não seu oposto), se não há perdão onde não há castigo possível, ele seria um verdadeiro impedimento à punição. Segundo Perrone-Moisés, “...going back to Arendt's statement that it is not possible to forgive what cannot be punished, forgiveness is not an alternative to punishment, but an impediment” (trad. livre: ...voltando à afirmação de Arendt de que não é possível perdoar o que não pode ser punido, o perdão não é uma alternativa à punição, mas um impedimento”).

81 Cf. Ibidem, p. 2; RICCEUR, op. cit., 2007, p. 479.

82 Trad. livre: “há um inescusável, mas não há um imperdoável”.

pardon is to turn one's back on the direction that justice indicates to us ...⁸³ (grifo meu) (Ibidem, p. 152-153).

A aparente contradição de Jankélévitch, na realidade, justifica-se por o autor discutir, em cada uma das obras acima referidas, o perdão em níveis distintos. Na primeira obra, *L'imprescriptible*, este é considerado impossível no âmbito das instituições jurídicas e do sistema ético-normativo, enquanto na segunda, *Le pardon*, o tema é tratado à luz de uma dimensão extra-jurídica e extra-moral⁸⁴, tomando-o como acontecimento sobrenatural que mobiliza o amor em detrimento do ódio ou da vingança. Tais apontamentos foram retomados, posteriormente, por Jacques Derrida, que radicalizou a definição do perdão, elevando-o ao grau máximo de excepcionalidade. Para este filósofo, o verdadeiro perdão também é divino (sobrenatural), extra-jurídico e não deve servir a qualquer fim; o perdoar “puro” é incondicional, concedido independentemente de qualquer pedido ou gesto do ofensor perdoado (PERRONE-MOISÉS: 2006, p. 3). Ademais, o perdão, para sê-lo em sua essência, só pode se dirigir ao imperdoável: se, em *L'imprescriptible* de Jankélévitch, o Holocausto representaria

-
- 83 “Perdoar não é mudar de ideia quanto à qualificação da pessoa culpada, nem corrobora a tese da inocência... Pelo contrário! A supernaturalidade do perdão consiste nisso, em que *minha opinião quanto à pessoa culpada não mudou, mas contra esse contexto imutável é toda a iluminação sobre minhas relações com a pessoa culpada que se modifica*. (...) O julgamento condenatório continuou o mesmo, mas uma mudança arbitrária e gratuita que intervém, com uma inversão diametral e radical, *peristophe*, que transfigura o ódio em amor. Perdoar é virar as costas na direção que a justiça nos aponta” (trad. livre).
- 84 Neste sentido, “In the end, the ‘contradiction’ that exists between Jankélévitch’s position in ‘Should We Pardon Them?’ and the one he takes in *Forgiveness* is not really one at all. In ‘Should We Pardon Them?’ Jankélévitch looks at the issue of forgiving from within a system of ethics and laws. Given this fact, it should come as no surprise that Jankélévitch argues against any type of forgiveness or even reconciliation with Germans and Germany. The reason for this is simple: the German crimes during World War II were so horrible and so far-reaching that there is nothing that anyone could do even to begin to make up for, to ‘pay back’ or to make good the evil actions done. On the other hand, in *Forgiveness*, Jankélévitch continually makes the claim that there is no such thing as an unforgivable. It must be remembered, however, that forgiveness is a spontaneous, supernatural, and gracious act. Because of its nature, no one can deliberate about whether or not to do it, let alone require or even recommend it. It stands outside of systems of justice and normative ethics”. Trad. livre: “No final, a ‘contradição’ que há entre a posição de Jankélévitch em ‘Devemos Perdoá-los?’ e a que ele assume em *O perdão* sequer é real. Em ‘Devemos Perdoá-los?’, Jankélévitch analisa a questão do perdoar pela perspectiva de um sistema ético e jurídico. Tendo isso em vista, não surpreende que Jankélévitch argumente contra qualquer espécie de perdão ou mesmo reconciliação com os Alemães ou a Alemanha. A razão disso é simples: os crimes alemães durante a Segunda Guerra Mundial foram tão horríveis e desarrazoados que não há nada que se possa fazer para compensá-los, ‘dar o troco’ ou tornar boas as más ações cometidas. Por outro lado, em *O perdão*, Jankélévitch continuamente argumenta que não existe um imperdoável. Deve-se lembrar, porém, que o perdão é um ato espontâneo, sobrenatural e gracioso. Por sua natureza, ninguém pode deliberar concedê-lo ou não, solicitá-lo ou recomendá-lo sozinho. Ele resta alheio ao sistema de justiça e à ética normativa.” KELLEY, Andrew. Translator’s introduction. JANKÉLÉVITCH, Vladimir. *Forgiveness*. Chicago: The Chicago University Press, 2005, p. xxiv-xxv.

o *fim* da história do perdão (o limite daquilo que é perdoável)⁸⁵, para Derrida, este seria justamente sua *origem*, pois por tal acontecimento histórico a humanidade se deparou com o impossível, o imperdoável (DERRIDA: 2012, p. 28); tal argumento evidencia a preocupação do autor quanto ao que denominava banalização (ou globalização, mundialização) do perdão simbólico por instituições e Estados (PERRONE-MOISÉS: 2006, p. 3). Destaco de sua crítica a tal fenômeno duas considerações: em primeiro lugar, para Derrida, instituições sequer poderiam perdoar⁸⁶ (pois tal ato concerne a esferas alheias à moral ou ao Direito); em segundo, todo perdão a alguém implica a injustiça a outrem. Isso porque o perdoar sempre se voltaria a um perjúrio, à inobservância de uma promessa implícita ou explícita ou de uma lei que se deve respeitar⁸⁷ – sendo o perjúrio não um incidente, mas fatalidade intrínseca à estrutura da promessa (com sarcasmo, o autor diz que se perjura tanto quanto se respira⁸⁸). Assim, por Derrida identificar na justiça e no Direito a perspectiva do terceiro imparcial (tese com a qual compactuei no capítulo 1, embora sem recorrer, como o autor, a Emmanuel Lévinas), o face-a-face requerido, a personalidade que seria a única forma pura de perdão seria uma forma injusta de fazer justiça: “je risque toujours de parjurer en pardonnant, de trahir quelqu’un d’autre en pardonnant, car on est voué à toujours pardonner (abusivement, donc) au nom d’un autre”⁸⁹ (DERRIDA: 2012, p. 70) – conluo desta passagem que, se o próprio ato de perdoar é assumido como um perjúrio, ele há de ser excepcional.

A posição de Derrida, em princípio, opõe-se à de Hannah Arendt, pois, enquanto para esta, o perdão é possível (mas limitado àquilo que é passível de punição) e sua possibilidade é *condição* da liberdade dos agentes, para aquele,

85 É notória a afirmação de Jankélévitch de que “le pardon est mort dans le camps de la mort” (trad livre: “o perdão morreu nos campos de concentração”). JANKÉLÉVITCH, Vladimir apud DERRIDA, Jacques. *Pardoner: L’impardonnable et l’imprescriptible*. Paris: Éditions Galillé, 2012, p. 38.

86 “La question du pardon comme telle ne devrait surgir que dans le tête-à-tête ou le face-à-face entre la victime et le coupable, jamais *par* un tiers *pour* un tiers” (trad. livre: “A questão do perdão como tal não deve surgir senão no frente-a-frente ou face-a-face entre a vítima e o culpado, jamais *por* um terceiro ou *para* um terceiro”). DERRIDA, op. cit. 2012, p. 36.

87 “Toute faute, tout crime, tout ce qu’il y aurait à pardonner ou à demander de se faire pardonner est ou suppose quelque parjure; toute faute, tout mal est d’abord un parjure, à savoir le manquement à quelque promesse (implicite ou explicite), le manquement à quelque engagement, à quelque responsabilité devant une loi qu’on a juré de respecter, qu’ on est censé avoir juré de respecter” (trad. livre: “Toda falta, todo crime, tudo que se há de perdoar ou pelo qual se há de pedir perdão é ou supõe um perjúrio; toda falta, todo mal é, acima de tudo, um perjúrio, ou seja, o descumprimento de uma promessa (implícita ou explícita), a inobservância de um compromisso, de uma responsabilidade perante uma lei que juramos respeitar, que se supõe que devemos jurar respeitar”). Ibidem, p. 70.

88 “...je parjure comme je respire” (trad. livre: ... perjuro como respiro”). Ibidem, p. 70.

89 Trad. livre: “arrisco-me de perjurar ao perdoar, de traír alguém ao perdoar, porque estamos sempre inclinados a sempre perdoar (abusivamente, portanto) em nome de outrem”.

só se perdoa o imperdoável, inexistindo qualquer relação entre punir e perdoar. Entretanto, como afirma Cláudia Perrone-Moisés, referidos autores procuram responder a questões de níveis diferentes: enquanto Arendt trata do perdão na esfera legal e política, Derrida propõe uma visão ética e divina (PERRONE-MOISÉS: 2006, p. 8). Neste mesmo sentido, afirmei acima que as duas obras de Jankélévitch supostamente contraditórias tratavam de planos distintos – a primeira, do jurídico e moral, e a segunda, do sobrenatural. De fato, este último autor vincula o perdoar a uma espécie de *amor*, o que Arend descarta, pois o amor é apolítico e anti-político (ARENDRT: 1958, p. 242-243). Para a autora, o que motiva o exercício da faculdade de perdoar é o *respeito*: “what love is in its own, narrowly circumscribed sphere, respect is in the larger domain of human affairs”⁹⁰ (Ibidem, p. 243), respeito esse próximo da noção de amizade política aristotélica (como reconhecido pela própria filósofa). Assim, respeitar outrem implica reconhecer que este, como pessoa humana (e fim em si mesmo, pelo vocabulário kantiano utilizado no capítulo 1), vale mais que suas próprias ações (e faltas).

Em *A memória, a história e o esquecimento*, Ricœur, em princípio, concorda com Derrida ao entender o perdão como incondicional e dirigido ao imperdoável⁹¹ (RICŒUR: 2007, p. 474), ao menos no que concerne à uma “culpa metafísica” de toda a humanidade (pela qual sou co-responsável, na qualidade de ser humano, por todo o mal que outro ser humano provoca)⁹². O perdão constitui o horizonte da memória, da história e do esquecimento, o qual o torna “*difícil*: nem fácil, nem impossível” (grifo meu) (Ibidem, p. 465). Contudo, considerando que o perdão só se justifica diante de uma falta (ou melhor, culpa) imputada – pela *assignation* – a um agente, Ricœur identifica, como Arendt e Jankélévitch, o limite daquilo que é perdoável naquilo que é punível, por justiça às vítimas da falta (Ibidem, p. 479), ao menos no que concerne à uma “culpa criminal”, estritamente jurídica. O autor, assim, vincula o perdão a um *dom* – no sentido de generosidade, o *dar* sem esperar a retribuição – de forma que

90 Trad. livre: “o que o amor é em sua esfera própria, estreitamente circunscrita, o respeito o é no domínio mais extenso das relações humanas”

91 Em suas considerações teológicas, Ricœur destaca que a falta primordial (a “contingência pré-empírica do acontecimento fundador da tradição do mal”) possibilita que eu me defronte com o imperdoável. A condição humana, portanto, seria, ela mesma, imperdoável. Cf. RICŒUR, Paul, op. cit., 2007, p. 472.

92 Ricœur segue, aqui, a distinção de quatro níveis da culpa realizados por Karl Jaspers em *Die Schuldfrage (A questão da culpa alemã, 1946)*. Tem-se, pois, a culpa criminal (pelos atos que violam leis), política (do cidadão que compartilha o corpo político daqueles que são diretamente culpados criminalmente), moral (por atos individuais que contribuíram aos crimes) e “metafísica” (da qual tratei ao me referir ao “perdão difícil” de Ricœur JASPERS, Karl. *The question of german guilt*. New York: Fordham University Press, 2000, p. 26.

a dignidade daquele que é perdoado não é comprometida por uma expectativa de retorno e sua relação com aquele que perdoa é *horizontalmente simétrica*: um dá o perdão, o outro recebe, apenas. Por outro lado, a relação do perdão é *verticalmente assimétrica*, face à aleatoriedade dela constitutiva: não há um dever de perdoar, de forma que pedir perdão sempre implica o risco de não o receber. Para Ricœur, a questão da condicionalidade ou incondicionalidade do perdão cede lugar à de “que força torna capaz de pedir, de dar, de receber a palavra de perdão?” (Ibidem, p. 492). Como resposta, o autor aponta-a como um *ato de fé*, “um crédito dado aos recursos de regeneração do si” (Ibidem, p. 498), desligamento que permite o prosseguir e a retomada da disposição ao bem que é intrínseca à pessoa humana (o que Ricœur conclui a partir da teologia kantiana, combinada com a compreensão arendtiana do perdão) (Ibidem, p. 499).

3.1.1. O PERDÃO POSSÍVEL

Entendo que as preocupações teológicas de Ricœur não comprometem sua compreensão do perdão, pois o ato de fé acima mencionado concerne, essencialmente, à esperança na pessoa humana, em seu poder-agir, sua *toma-da de iniciativa* na rede das relações humanas – retorno, aqui, ao vocabulário arendtiano para continuar o raciocínio com que iniciei este capítulo e ao qual me vincularei parcialmente. Em *The human condition*, Arendt destaca que a ação humana é imprevisível (seja porque não posso ter certeza quanto ao comportamento específico de outrem face a sua intencionalidade, seja porque não sou capaz de prever todas as consequências de uma ação) e irreversível (o que foi feito já o foi e nada poderá desfazê-lo). A essas características (ou fragilidades) são apresentadas duas faculdades – que compõem a própria estrutura da ação⁹³ – a de prometer e manter promessas, voltada ao porvir imprevisível e pela qual sustento minha identidade (ARENDR: 1950, p. 237) e a de perdoar (voltada ao irreversível). É neste sentido que trato o perdão neste trabalho, ou

93

A “solução” para as fragilidades da ação e do discurso estão em sua própria estrutura, diferentemente ocorre com as demais categorias apresentadas por Hannah Arendt em *The human condition*, quais sejam, o *animal laborans* e o *homo faber*. O primeiro seria marcado pelo “imprisonment in the ever-recurring cycle of the life process” (trad. livre: “aprisionamento no sempre recorrente ciclo do processo da vida”), cuja solução estaria nas capacidades do segundo, de fazer, fabricar e produzir. A marca do *homo faber*, porém, seria a ausência de qualquer sentido ou valor, solucionada pela ação e pelo discurso, “which produce meaningful stories as naturally as fabrication produces use objects” (trad. livre: “que produzem histórias dotadas de sentido tão naturalmente quanto a fabricação produz objetos dotados de utilidade”). Somente as capacidades de ação e discurso teriam a solução de suas fragilidades solucionadas em seu próprio nível, pois as do *animal laborans* e do *homo faber* requerem a mobilização do nível “superior”. ARENDT, Hannah. *The human condition*. 2. ed. Chicago: The University of Chicago Press, 1958, p. 236.

seja, como a faculdade fundamental à liberdade da pessoa humana, que implica um trabalho de memória e esquecimento.

Proponho, entretanto, radicalizar a noção arendtiana de perdão, simplificando o debate filosófico que a circunda e isolando três características essenciais: faculdade (ou dom), trabalho de memória e liberação. Tais características me permitem reunir no termo “perdão” tanto aquilo que é facilmente “perdoável” (como um simples atraso de um conhecido a um compromisso) quanto o “imperdoável” (como) o Holocausto – ora, reconheço que as duas espécies possuem gravidade completamente diversa, mas identifico nelas a mesma combinação dos três elementos por mim destacados⁹⁴. Afasto-me, assim, da concepção de Derrida ou de Ricœur – por não restringir o perdão ao “imperdoável” – e daquela de Arendt – por não limitar o perdão àquilo que se pode perdoar. Ademais, a despeito da autora compreender a punição como alternativa ao perdão, pois ambos liberariam o agir, não identifico a alternatividade entre esses fenômenos. Na realidade, a punição sequer é autossuficiente, pois concerne exclusivamente ao âmbito jurídico, sempre carecendo de um vínculo a ele exterior que altere a relação entre ofensor e sociedade/ofendido⁹⁵. Neste sentido, concordo com os demais autores quanto ao perdão não corresponder a um fenômeno jurídico; entretanto, não o vinculo a um âmbito supranatural, mas sim ao da *justiça*. Cumpre explicitar no que consiste esse âmbito e dar sustentação a esse argumento.

Ora, não se trata do campo propriamente moral, pois aquilo que é moral não é necessariamente justo. Defendi no capítulo 1, a partir de Ricœur, que a justiça é uma virtude situada entre a ética e a moral (o justo como equitativo). Parece-me, assim, que o campo que proponho sob a denominação de “justiça” se aproxima daquele que Ricœur afirma ter por objeto a “culpa metafísica”, concernente à própria existência do mal (e da falta); é deste campo que deriva a

94 Ainda que o “perdoável” e o “imperdoável” sejam, em princípio, incomparáveis, as características em questão me permitem reuni-los em algo maior, nesse fenômeno triádico consistente no exercício de uma faculdade, de um trabalho de memória, e a consequente liberação. Isso não quer dizer que perdoável e imperdoável sejam equivalentes, pois a discrepância de gravidade é *transferida* para a diferença do esforço requerido ao trabalho de memória e ao grau de liberação,

95 Identifico na punição maior proximidade com o trabalho de memória: ela me permite afirmar que o ofensor teve sua culpa, em certo grau, retribuída, e os efeitos de seu mal, na medida do possível, consertados – ela procura equilibrar a suposta injustiça para com a vítima de se perdoar seu ofensor e “legítima”, pela resolução, o esquecimento de reserva. Na realidade, afastos-me de Jankélévitch e Derrida quando estes, conforme expus acima, identificam no perdão uma injustiça para com o ofendido: o perdão sempre é justo, como defendo neste terceiro capítulo; injustas são a impunidade e a anistia (fenômeno distinto do perdão, conforme explicarei no item 3.2). Neste sentido, descarto que, sob o argumento de que o perdão é um elemento de justiça, deva-se abrir mão da averiguação/punição de crimes ou do dever de memória).

culpa (e o perdão) em todos os demais âmbitos⁹⁶. Neste sentido, o perdão, ainda que por vezes *difícil*, é sempre *possível* – e três razões me permitem afirmá-lo. Primeiramente, alegar a impossibilidade do perdão em face de determinadas circunstâncias implica limitar a capacidade de ação (e, portanto, de inovação); dir-se-ia, assim, que jamais seria possível superar um processo desencadeado por uma ação passada específica – talvez estivéssemos vivendo o mesmo processo que se iniciou, por exemplo, no Holocausto (extermínio paradigma do “imperdoável), por exemplo. Não resta clara, da hipótese da existência do mal imperdoável, como seria possível o agir sem o perdão como remédio à irreversibilidade da ação (sobretudo se penso no agir que implica um novo mal imperdoável – outro genocídio, por exemplo); entendo que as situações que correspondem a um “imperdoável” são muito mais próximas dos traumas que requerem um trabalho semelhante ao de luto, mas culminam, sim, na liberação. Uma segunda razão do perdão ser sempre possível é a de que ainda sou capaz de reconhecer no outro que comete uma falta (independentemente da possibilidade de punição proporcional) uma *pessoa humana*, um fim em si mesma; faço justiça a ela reconhecendo sua capacidade para participar da sociedade, cooperar, a despeito de suas ações passadas. A terceira razão, por fim, é a de que os únicos oposto ao perdão são a vingança e a violência: ora, se não são estas as minhas reações àquele que é culpado, alguma espécie de desligamento procedeu em nossa relação. Só há justiça onde há reconhecimento e instituições que retiram dos particulares a violência e a vingança (a falsa ideia de “justiça com as próprias mãos”) em prol de um procedimento equitativo e imparcial. Dedicarei especificamente à defesa destes dois últimos argumentos o item 3.2.

Gostaria, antes de encerrar este item, de esclarecer uma questão controversa⁹⁷, qual seja, a possibilidade do perdão coletivo – por uma comunidade

96 Ao extrair uma base comum que reúne os múltiplos sentidos do “perdão”, não desconsidero haver uma distinção possível de múltiplos níveis do fenômeno em questão. De fato, expus a perspectiva de Arendt como preocupada com sua dimensão política e jurídica, a de Derrida e Jankélévitch à sobrenatural. O próprio Ricœur descarta a inserção do perdão no campo jurídico, tratando-o por dom em uma dimensão “metafísica”. Na realidade, embora o autor, tratando o perdão como vinculado a uma falta (culpa), diferencie com clareza níveis de culpa em *A memória, a história e o esquecimento* (seguindo a classificação de Karls Jaspers supramencionada), o mesmo não se pode dizer quanto às suas considerações sobre o perdão no âmbito do respectivos níveis. Ademais, ele evita ou dá menor relevância a discussões terminológicas que envolvem o estudo do perdão, como sua distinção quanto aos termos “clemência”, “reconciliação”, “expição”, “imprescritibilidade”, etc. Também não procederei a tais diferenciações conceituais, por entender que estas não interessam às finalidades deste trabalho, qual seja, tratar o perdão *em abstrato*.

97 Outra questão a ser esclarecida, mas menos relevante, é o apontamento de que o perdão seria, na realidade, um *acontecimento*, não um ato (cf. JANKÉLÉVITCH, op. cit., p. 152). Tal qualificação, entretanto confunde o perdão com seu resultado (e um dos seus três componentes que destaquei), qual seja, a liberação ao agir – esta sim um acontecimento. Quanto a este ponto, a

ou instituição –, rejeitada por Derrida; neste ponto, concordo com Ricœur que nenhuma coletividade possui consciência moral para perdoar, mas que a memória individual e a memória coletiva se complementam e se constroem a partir de narrativas que podem, sempre, ser contadas de “outro modo”, tanto em consideração ao ofensor quanto ao ofendido – de forma que, por essa “cultura da consideração”, “o imperdoável começa a se esfarelar”⁹⁸ (RICŒUR: 2007, p. 284). Assim, embora uma instituição ou uma comunidade não perdoem propriamente falando, o trabalho de memória permite que eu trate, no sentido específico que adoto – e apenas neste –, de um “perdão” no plano coletivo. Tratarei especificamente desta dimensão coletiva e institucional do perdão no item 3.3.

3.2. O PERDÃO COMO ELEMENTO SUBSTITUTIVO DA VINGANÇA NO PROCESSO

em um ensaio intitulado *Condenação, reabilitação, perdão*, apresentado em conferência de 1994 (anterior, portanto, a seu *A memória, a história, o esquecimento*), Ricœur expressamente descarta a juridicidade do perdão: “o perdão não pertence à ordem jurídica; ele nem sequer pertence ao plano do direito” (RICŒUR: 2008a, p. 196). A despeito disso, afirmei que ele integra o plano da justiça – e pretendo demonstrá-lo a partir deste ensaio (ainda que divergindo do autor), que analisa, por uma perspectiva ética, o processo penal. Passo a discuti-lo, estendendo seus argumentos ao processo jurídico como um todo.

O senso de justiça, para Ricœur, é intuitivo: tem suas primeiras expressões na indignação para com pequenas injustiças cotidianas, mas tal indignação não é suficiente por ainda combinar o desejo de justiça e o de vingança. A justiça, afirma Ricœur, estaria na distância de um terceiro entre duas ações e dois agentes (RICŒUR: 2008a, pp. 252-253). Esta justa distância encontra sua maior expressão na ação judicial, sendo desempenhada, em primeiro nível, pelo Direito (no sentido de padrões normativos compartilhados por uma comunidade, adaptando-se, aqui, a limitação de Ricœur às leis escritas), em segundo, pela instituição judiciária (compreendida como tribunais organizados que “proferem” o Direito) e, em terceiro, pela pessoa física do juiz (Ibidem, p. 254-255). Ora, o processo judicial tem como função essencial a de, pelo debate (pela linguagem e pelo discurso), substituir a violência como forma de resolução de conflitos. Não se trata de uma supressão da violência propriamente

percepção ricœuriana do perdão como um dom e contradom – dar e receber – evidencia que o perdoar requer uma *disposição* para tal.

98 Esclareço que meu argumento foi extraído de Ricœur para o tema específico da culpabilidade moral em política externa. Neste sentido, cf. RICŒUR, op. cit., pp. 283-284.

dita, mas sua transposição, da esfera privada, para uma instituição pública que detém o monopólio legítimo da violência (em termos weberianos) como elemento coercitivo para a observância do Direito violado (Ibidem, p. 253). No processo, autor e réu são atores de um diálogo sob o julgo do terceiro, sendo a sentença (ou melhor, a coisa julgada) o ato que profere o Direito e põe fim à incerteza do conflito; nela, em princípio, haverá uma parte vencedora e uma parte condenada. Assim, Ricœur entende que a vítima é reconhecida publicamente como ofendida (primeiro passo para a recomposição e manutenção de sua autoestima, no sentido apresentado no capítulo 1 deste trabalho) e o acusado é reconhecido como sujeito de direito, agente capaz e, por consequência, imputável por suas ações (Ibidem, p. 189). Ambas as partes reconhecem, na coisa julgada, a atribuição de suas justas proporções na ordem cooperativa da sociedade⁹⁹, pois é constitutivo do processo

fazer que cada um reconheça a parte que o outro toma na mesma sociedade, em virtude da qual o ganhador e o perdedor do processo seriam considerados como pessoas que tiveram sua justa parte nesse esquema de cooperação que é a sociedade (Ibidem, p. 181).

Com tal afirmação não pretendo dizer que o resultado do processo que lhe seja desfavorável seja agradável ou indiferente ao condenado ou ao autor que perde a causa, mas que o ato de julgar do juiz, como elemento substitutivo da vingança e da violência particular que é, atua pela instituição da *paz social*. Em vista dela, ambas as partes devem ter, igualmente, o direito de falar, apresentar suas narrativas dos fatos e seus argumentos. Neste sentido, Ricœur destaca, em *A memória, a história e o esquecimento*, que mesmo o autor de um crime imperdoável, como os do Holocausto, tem direito à *consideração* (ou reconhecimento) no âmbito processual, pois ainda é pessoa humana, agente capaz, presumido inocente e ao qual se atribui o direito de defesa (RICŒUR: 2007, p. 480). Para além do procedimento jurídico, o reconhecimento mútuo de autor e réu que Ricœur procura evidenciar concerne ao compartilhamento de um bem comum, de valores e de uma quadro institucional que lhes assegura referida consideração em detrimento da violência privada, do “olho por olho”. Cada um tem sua parte na sociedade, a qual é regida por leis, cabendo às instituições darem a cada um o que é seu: *suum cuique tribuere*.

O ensaio *Condenação, reabilitação, perdão*, como seu nome indica, apresenta um percurso tríplice decorrente de uma ofensa à lei e a uma vítima, o qual

99 Tal reconhecimento, pelo qual a justiça particular (corretiva, no caso do processo) é componente da justiça da comunidade, sendo esta mais virtuosa que aquela, parece remeter à noção aristotélica de que ações justas são aquelas que tendem a produzir e conservar o bem humano – no caso, a paz social.

culmina no perdão (fenômeno este assumido, porém, como supra-jurídico e supra-ético). Entre ele e a reabilitação que o precede, situam-se a graça (concessão de um “apagamento da pena” análogo ao decorrente da reabilitação) e a anistia, consistente em uma verdadeira “*amnésia institucional* que convida a agir como se o acontecimento não tivesse ocorrido” (RICŒUR: 2008a, p. 195). Por apagar todos os rastros sob pretexto de *reconciliação*, a anistia é considerada o oposto do perdão (pois este, segundo Ricœur, exige memória): “O perdão é uma espécie de cura da memória, o acabamento de seu luto; liberta do peso da dívida, a memória fica liberada para grandes projetos. O perdão dá futuro à memória” (Ibidem, p. 196). Ainda que inexistam um *dever* de perdoar (como indiquei ao tratar da assimetria vertical do perdão), o autor identifica na administração da justiça manifestações de compaixão e benevolência que são por ele consideradas o próprio equitativo aristotélico¹⁰⁰.

A resistência de Ricœur em inserir o perdão no campo moral e jurídico se justifica pela inclinação do autor à concepção divina do perdão. Entretanto, como mencionei no item 3.0 acima, o posicionamento que assumi, de inseri-lo no campo da justiça, dele não destoa por completo. Assumindo o perdão como a conjunção dos três elementos destacados (faculdade-dom, trabalho de memória e liberação), apresentei o fenômeno em sua abstração mais ampla, que encobre tanto o que autores tratam como “perdão divino” quanto o “perdão humano”. De fato, o perdão a um réu condenado (mesmo em outra esfera que não a penal) não é assegurado nem compõe a sanção a ele aplicada – pois esta não liberta senão juridicamente; apenas no plano da *justiça* que há, efetivamente, perante a memória coletiva e individual, um desligamento de sua ação ofensiva e das consequências desta, quanto àquele agente. Retomando o exemplo do processo penal, ainda que um réu condenado cumprisse sua pena, isso não significaria que foi perdoado. Isso não descarta, por exemplo, que a vítima pretenda dele se vingar após sua reabilitação, ou que ele não prosseguirá estigmatizado, perante a comunidade, pela falta cometida. O perdão se verifica tão somente no reconhecimento deste condenado, como pessoa humana, como agente, e mais, como sujeito de direito que é, combinado com a inexistência da violência e do perdão. O perdão está, pois, na cooperação, ou, para usar a terminologia aristotélica, na concórdia – e o processo que o condena não é senão um elemento mediador desta, face a um conflito de ordem singular. Passo a analisar, no item que segue, os conflitos de ordem “coletiva” ou “universal”.

100 RICŒUR, Paul, 2008a, p. 197: “acaso não poderíamos considerar como repercussão do perdão sobre a justiça todas as manifestações de compaixão e benevolência, no próprio seio da administração da justiça, como se a justiça, tocada pela graça, tivesse em vista na esfera que lhe é própria, o extremo que desde Aristóteles chamamos de equidade?”

3.3. O PERDÃO COMO ELEMENTO DE MEDIAÇÃO SOCIAL

afirmei, no item 3.1 acima, que o perdão é inesperado e inexigível, pois a reação previsível a um mal que nos aflige é a vingança, a autocomposição violenta ou não. O papel desempenhado pelo processo, de substituição da violência e da vingança pelo diálogo é, na realidade, o papel da *instituição*¹⁰¹, como terceiro que ela é nas relações interpessoais de toda comunidade. Instituições, como práticas regradas aceitas e reconhecidas, não são nem devem ser estancas, estando sujeitas a constantes transformações – as quais atribuo à vida política propriamente dita. Como conciliar, assim, esse papel de ordem desempenhado pela instituição com o de transformação? De certa forma, é essa mesma pergunta que Ricœur faz em *Sinal de contradição e unidade?*, ao questionar: “como podemos conjugar os progressos da liberdade e os da instituição?” (RICŒUR: 1990c, p. 168).

Neste ponto, o autor identifica duas espécies de ideologias¹⁰² ou “motivações-anteparo” do que compreende como novas contradições sociais do século XX (ausência de projeto coletivo, simplificação do debate público, esgotamento da democracia representativa). A primeira ideologia é a da “paz a todo preço”, cuja raiz estaria na pregação cristã do amor, que tende a negar conflitos e privilegiar incondicionalmente a conciliação – tal doutrina rejeita, assim, a luta de classes, a violência revolucionária, etc. A ela são feitas críticas de duas dimensões: pela fática, Ricœur afirma que é intrínseco ao convívio democrático a abertura à questão de *que sociedade queremos* – de forma que todo projeto global e uníssono seria ilusório; o compartilhamento de um projeto de sociedade é sempre conflituoso, pois a lei da ação política é o conflito (RICŒUR: 1990c, p. 158). Quanto à dimensão teológica, o autor vincula tal doutrina a uma visão distorcida pela qual o amor é uma mera abstração ideológica. Ricœur pro-

101 Designo por instituição, aqui, a abstração de uma prática organizada por regras compartilhadas, dotadas de uma função de *status* (pela qual um fato X equivale a Y em um contexto C) (cf. SEARLE, John. *Mente, linguagem e sociedade*. Rio de Janeiro: Rocco, 2000, pp. 105-125) e, em certos casos, de órgãos racionais que asseguram sua operacionalidade (caso dos tribunais, quanto ao Poder Judiciário. Minha concepção adapta, em certa medida, a de Ricœur, para quem a instituição “consiste num conjunto de regras, aplicadas aos papéis e aos comportamentos sociais, permitindo à liberdade de cada um realizar-se sem prejudicar a dos outros”. RICŒUR, Paul. *Interpretação e ideologias*. Rio de Janeiro: Francisco Alves Editora, 1990c, p. 169.

102 Embora o autor não realize tal distinção no texto, a rigor, parece mais adequado tratar a primeira das motivações-anteparo apresentadas como ideologia propriamente dita e a segunda como utopia, à luz de *L'idéologie et l'utopie*, texto em que Ricœur apresenta a ideologia como um reforço, o ideário que preserva e integra um grupo social como tal, enquanto a utopia, projetando a imaginação para além do real, tende a subverter, minar a ordem social integrada pela ideologia. Tal como a segunda motivação-anteparo, a utopia é concebida como uma alternativa de poder que privilegia o irreal, culminando em uma ausência de planos concretos. *L'idéologie et l'utopie: deux expressions de l'imaginaire social. Autres Temps. Les cahiers du christianisme social*, n. 2, 1984, pp. 60-62.

põe, assim, que uma “teologia do amor” deve conceber a este como a justiça: o amor “acrescenta a certeza do coração àquilo que corre o risco de tornar-se jurídico, tecnocrático, burocrático no exercício da justiça. Em compensação, porém, é a justiça a realização efetiva institucional, social do amor” (Ibidem, p. 162) – amor este que requer a assunção de conflitos motivados pelo desejo de mudança em vista de justiça. Como indiquei anteriormente, por uma visão secularizada, substituo tal amor pelo respeito que compõe a amizade política aristotélica e a esfera pública (ou melhor, o ser-com heideggeriano).

A segunda ideologia apresentada pelo autor é a do “conflito a todo preço”, marcada por quatro características: a primeira, a da provocação, o anseio de ruptura que pretende fazer fracassar todo esforço de negociação, resolução do conflito; a segunda, a marginalização, pois a contestação da ordem por este tipo de doutrina leva, pelo poder contestado, à intensificação da repressão (a qual, em certas circunstâncias, acaba ameaçando a própria liberdade pública); a terceira, a teatralização, substituição da política “real” – a deliberação de ações concretas pelo diálogo institucional, etc. – por ações simbólicas; por fim, a quarta (e mais importante) consiste na não-comunicação, pois o adversário não é sequer *reconhecido* – há um verdadeiro rompimento do vínculo social, como que constitutivo de uma sociedade alternativa (Ibidem, pp. 164-65). Ora, já afirmei anteriormente ser a liberdade exercida apenas *institucionalmente*: é no espaço público (em meio às instituições) que o agente inova, age, visando a vida boa, para e com outrem. De tal liberdade resulta o conflito intrínseco ao debate público – sendo todo quadro institucional composto por uma série de contradições internas cuja unidade só se pode dar por uma espécie de conciliação, mediação; a transformação não é destrutiva, mas construtiva, pois se dá por aquele que está e segue ingresso na instituição:

Temos necessidade de *mediadores sociais* que não procurem conciliar a todo preço, nem tampouco polarizar a todo preço, mas que ajudem cada indivíduo a reconhecer seu adversário. No meu entender, o mediador social é aquele que explica ao homem do poder as motivações profundas da contestação, que lhe revela ser ele aquele que não possui projeto global – e não, como ele crê, seu adversário, que tão facilmente acusa de ‘querer tudo destruir sem saber o que colocar no lugar’. Mas o mediador social também é aquele que explica ao anarquista a necessidade e o sentido do ingresso na instituição” (Ibidem, pp. 170-171).

A partir de tal conceito de mediação social, extraio duas conclusões, uma a respeito de sua estrutura ontológica e outra de seu agente. Primeiramente, interpreto o trabalho de mediação acima referido como um verdadeiro *perdão mediado*. A vida social e política, como apontado pelo próprio Ricœur, é cons-

tituída por conflitos constantes (especialmente distributivos) cujos rastros, “traumas”, devem ser trabalhados na memória coletiva que constitui a identidade de uma comunidade. Somente assim se sustenta a unidade das múltiplas contradições que lhe são inerentes. Para Ricœur, o papel de mediador é desempenhado pelos “educadores e todos aqueles que detêm certa responsabilidade, possuem certa autoridade, e que têm a tarefa de manter em estado de funcionamento uma instituição qualquer” (Ibidem, p. 170) – seu rol é amplo, portanto, e é evidente que dele participa o historiador, cuja destaquei no capítulo 2 deste trabalho; menos intuitiva, porém, é a participação do pensador e do aplicador do Direito, que passo a elucidar.

Para defender esta mediação, proponho diferenciarmos dois de seus vetores, paralelamente à distinção que fiz ao analisar cada um dos temas dos itens 3.2 e 3.3. Atribuo o primeiro vetor às próprias instituições jurídicas e seus respectivos responsáveis, pois estas (assim como as instituições políticas por elas amparadas¹ – o Estado Democrático de Direito, portanto) atuam como elemento substitutivo da violência privada e da violência na composição de conflito, em consideração a direitos iguais de participação em tal composição: se às instituições compete dar a cada um sua justa proporção, de forma igualmente distanciada daqueles que compõem a relação interpessoal conflituosa, posso afirmar que elas são justas. Atribuo o segundo vetor, por sua vez, ao teórico do Direito, cujo empreendimento parece se diferenciar em três possíveis subdivisões: construção dogmática, teórica propriamente dita e historiográfica-sociológica da cultura jurídica. O trabalho da dogmática jurídica consiste, essencialmente, no uso da memória jurídica; o pensador do Direito, na difusão de conceitos e classificações jurídicos, bem como no enfrentamento de novas questões paradigmáticas ao Direito, seleciona, de certa forma, o que deve ser lembrado ou não², o que se alinha à ordem e à paz social de nossas instituições democráticas e a suas respectivas transformações. Já o que denomino trabalho

1 Evito, aqui, confundir as instituições políticas das jurídicas, mantendo a distinção procedida por Ricœur e por mim apontada na introdução deste trabalho, segundo a qual a política é o campo da “guerra” (do conflito) e o Direito, da “paz” (da conciliação). Entendo, porém, que as instituições jurídicas, como “conciliadoras”, dão sustentação à conflituosa vida política desempenhada no âmbito das instituições políticas.

2 Neste sentido, cf. interessante tese a respeito do trabalho de memória na construção da tradição jurídica civilista brasileira: “O mencionado processo de *seleção, revisão* e, eventualmente, *distorção* empregado para elaboração do manual implica, por um lado, a *atualização* da linguagem que se refere a um objeto ou a uma teoria *envelhecida*; por outro, implica o *esquecimento voluntário* de certas teorias e objetos, que são deixados fora daquilo que se julga relevante conhecer em determinado campo do saber”. ONOFRI, Renato Sedano. *A construção de uma tradição jurídica: memória, esquecimento e a codificação civil brasileira*. Tese (Doutorado – Programa de Pós-Graduação em Direito Civil; orientador Ignácio Maria Poveda Velasco – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo). São Paulo, 2017, p. 126.

teórico propriamente dito é o filosófico, que deve preservar e se orientar pela relação intrínseca entre Direito e justiça, por uma cultura de mediação, não de conflito³, sempre atento aos casos concretos de injustiças ou de demandas que requeiram transformações sem o comprometimento do Estado Democrático de Direito. O papel social deste trabalho é o de retomar as promessas abandonadas de uma cultura jurídica e de um povo, como propõe Ricœur a respeito do historiador. A desconsideração da relação necessária entre Direito e justiça, por sua vez, é fator catalisador de processos revolucionários⁴, rompimentos institucionais incompatíveis com a própria noção de Direito, pois, neste trabalho, venho demonstrando que este implica, necessariamente, a ideia de *cooperação*. Por fim, o trabalho historiográfico (e também o sociológico) se situa entre os dois anteriores, sem a nenhum deles se restringir: o historiador e o sociólogo do Direito se debruçam sobre a memória de conceitos e institutos, os conflitos, as promessas desse mesmo povo e, *por seus métodos próprios*⁵, realizam diagnósticos, propõem soluções que restarão ao julgo dos cidadãos-leitores, da comunidade jurídica e de todos os agentes desta prática denominada Direito: só assim parece possível o fortalecimento das instituições democráticas frente às contradições sociais de uma comunidade⁶.

-
- 3 Não descarto a importância, na história da filosofia ocidental, de pensadores (sobretudo da filosofia política) que foram em sentido contrário ao que proponho. Entendo, contudo, que tal posicionamento diverge daquele de um filósofo/teórico do direito, pois a própria existência de um Direito pressupõe a cooperação. O argumento de que ao Direito (como ser) não se vincula à justiça (o dever ser) é, em princípio, a origem de todo processo revolucionário.
- 4 Concluo por esta relação entre sensação de injustiça e o processo revolucionário da própria *Política* aristotélica. Richard Bodeüs explica que “Aristóteles, que habitualmente distingue diferentes tipos de causas, reduz primeiramente todas as mudanças políticas a um princípio *formal*: o sentimento, justificado ou não, de uma desigualdade e de uma injustiça, que é adquirido pelos autores da mudança; ele define, em segundo lugar, uma causa *final* desses últimos: é uma questão de benefício ou de honra; por fim, ele detalha as razões que funcionam como causa *eficiente* e nas quais podem ser vistos diversos fatos que podem produzir um sentimento de injustiça: por exemplo, a ostentação, por parte de outros, de lucros ou privilégios considerados exorbitantes”. BODEÜS, Richard. *Aristóteles. A justiça e a cidade*. São Paulo: Loyola, 2007, p. 94.
- 5 Procurei diferenciar o trabalho do historiador-sociólogo e do filósofo-teórico do Direito por identificar nos primeiros, seguindo Herbert L.A. Hart em seu *O conceito de Direito*, um método de trabalho que predominantemente assume uma perspectiva externa do Direito (pelo qual o historiador ou o sociólogo não aceita para si as normas jurídicas, afirmando apenas que determinado grupo as aceita, para analisar como este é ou foi afetado por elas – observando regularidades de comportamentos). Diferentemente, pela perspectiva interna, um agente realizaria descrições de uma conduta referindo-se a regras, extraindo, assim, obrigações, deveres, etc. (e não apenas regularidades). Cf. HART, Herbert L.A. *O conceito de Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011, p. 99. Ressalvo, porém, que o método do historiador ou sociólogo do Direito não parte, necessariamente, de tal perspectiva externa.
- 6 Neste sentido, José Reinaldo de Lima Lopes, em conferência proferida no primeiro *Seminário Internacional “Diálogos entre Direito e História: cidadania e justiça”* (2008) constata que “...para os juristas, fazer a História de seu saber é fazer a história de decisões tomadas em função de algum fim, cujos resultados foram avaliados em função de algum bem, de decisões tomadas em função de fins que mudaram, disputadas para dar a predominância a outros fins, a outros bens,

CONCLUSÃO

Na introdução deste trabalho, esclareci que partiria do pressuposto de que o Direito é uma prática e, como tal, um conjunto de ações regradas compartilhadas por todos agentes⁷ – não se resumindo à mera imposição de ordens por uma autoridade –, cujo sentido é a justiça⁸ – em princípio concebida como uma virtude voltada a outrem⁹. Afirmei no capítulo 1, seguindo Ricœur, que esta se situa entre o bem e a legalidade (o justo entre o bom e o legal) e, portanto, na equidade (o justo como equitativo), alcançada pela sabedoria prática que delibera adequadamente quanto à aplicação ou não de uma regra moral. A justiça estaria, pois, no visar a vida boa, com e pelo outro, sob instituições justas (por estas constituírem o terceiro imparcial que acrescenta à relação de solicitude a justa distância). Acrescentei que a sabedoria prática, na “teoria da justiça” ricœuriana, é coletiva e consiste na confrontação de argumentos tendo em vista uma espécie de equilíbrio reflexivo (termo utilizado por John Rawls para definir a coincidência dos princípios de justiça estipulados na posição original e as considerações das partes na condução de sua vida em sociedade). A sabedoria prática, portanto, soluciona o conflito entre o singular e o universal levando a um “universal contextualizado” cuja consistência identifiquei na amizade po-

a outros sentidos. Dado que se procura apreender o sentido dessas intenções e decisões, elas devem ser compreendidas no contexto: um contexto discursivo, em que se disputa o próprio significado das decisões e de seus fundamentos, e um contexto social, em que a disputa apela para o consenso de grupos sociais distintos”. LOPES, José Reinaldo de Lima. O diálogo entre Direito e história. In: RIBEIRO, Gladys Sabina; NEVES, Edson Alvisi; FERREIRA, Maria de Fátima Cunha Moura (org.) *Diálogos entre direito e história: cidadania e justiça*. Niterói: Editora da Universidade Federal Fluminense, 2009, p. 282.

- 7 Com tal ponto de partida, não desconsidero a relevância e controvérsia a respeito do tema, mas detalhá-lo e defendê-lo extrapolaria os objetivos e o recorte temático deste trabalho. Os motivos que aponto para a assunção de tal pressuposto são suficientes e contrapõem-se, sobretudo, ao que Herbert L. A. Hart, em seu *O conceito de Direito*, denomina “teoria imperativa”, pela qual o Direito consistiria em ordens emanadas de uma autoridade soberana. HART, op. cit., 2011, p. 57.
- 8 Ora, toda prática possui princípios dela constitutivos, todos orientados por um sentido maior, um *telos* próprio, sendo a justiça o sentido do Direito. Neste sentido, cf. LOPES, José Reinaldo de Lima. A justiça é o sentido do Direito. STORCK, Alfredo Carlos; LISBOA, Wladimir Barreto (org.). *Normatividade & argumentação: ensaios de filosofia política e do direito*. Porto Alegre: Linus, 2013, pp. 9-47. Ressalvo que com isso não quero dizer que não há decisões ou regras injustas, mas que estas são defeitos dessa prática – assim como, quando exemplifiquei a noção dos padrões constitutivos com a prática de “tocar violão”, disse que abafar o som seria “tocar violão defeituosamente”.
- 9 A justiça é sempre voltada a outrem. Em sua *Ética a Nicômaco*, Aristóteles apresenta duas espécies de justiça: a geral e a particular. Enquanto a primeira parte da ideia de legalidade e concerne às ações devidas à comunidade na busca pela consecução do bem desta, a segunda remete parte da relação igualdade dos homens. A justiça particular, por sua vez, “não é uma parte da virtude, mas a virtude inteira (...). Aquilo que, em relação ao nosso próximo, é justiça, como uma determinada disposição de caráter e em si mesmo, é virtude”. ARISTÓTELES, op. cit., 1991, p. 95.

lítica aristotélica, na concórdia quanto a regras e instituições que são compartilhadas por todos os cidadãos¹⁰.

No capítulo 2, apresentei o que compreendo como pressupostos de referida concórdia, demonstrando que, em Paul Ricœur, cabe ao historiador a crítica da memória coletiva, visando o justo “sepultamento” daqueles que se foram (conforme a uma tradição, no sentido dado por Ricœur em sua teoria do texto, e ao conseqüente “dever de memória”) e a retomada das promessas, dos projetos ainda não cumpridos de uma comunidade. A narrativa resultante do processo de escrita do historiador, contudo, está sempre sob o julgo do cidadão-leitor¹¹, pois é este quem de fato *faz* a história. Ora, sem esse trabalho de memória, persistem traumas que se repetem, impedem o *prosseguir*. Para demonstrá-lo, neste capítulo expus, a partir de Bergson e de Ricœur, o excesso de lembranças como análogo ao estado de sonho, e não ao de ação (pois o corpo é instrumentalizado para o *agir* presente, não para o *representar* do passado); também distingi, em termos aristotélicos, a *mnème* ou memória (as afecções que me vêm passivamente à “alma”) da *anamnèsis* ou recordação (reminiscência que requer uma busca ativa da “alma”). Paralelamente a essa diferenciação entre memória e recordação, identifiquei duas formas de esquecimento a elas opostas: esquecimento destruidor (ou por apagamento de rastros), pelo qual não há busca ativa possível, tendo-se em vista que lembranças são “apagadas” por definitivo (como se o esquecimento fosse, ele mesmo, uma afecção que me ocorre a despeito de minha vontade), e o de reserva (pelo qual a lembrança não me vem à alma, mas sou capaz de buscá-la por um esforço de recordação. Em virtude deste segundo tipo de esquecimento, a conservação de lembranças não recai no estado de sonho e me permite prosseguir – sendo a ele atribuída a “liberação” constitutiva do perdão – neste sentido, concordei com a afirmação de

10 A concórdia pressupõe e é simultaneamente pressuposto da mediação institucional, da justa distância de um terceiro sobre as relações interpessoais de conflito em uma comunidade. É a este sentido de mediação em vista da concórdia, desenvolvido no capítulo 1, que me referi ao tratar da mediação social no capítulo 3. Para esclarecer a operacionalidade de tal mediação, apresentei-a sob dois planos (ou perspectivas): no plano do “singular” (no processo) e no plano do “universal” (do Estado Democrático de Direito). Destaquei que o “aplicador” e o pensador do Direito desempenham o papel de mediadores entre uma ideologia conservadora de uma ordem específica, clamando pelo consenso incondicional, e a ideologia revolucionária que repudia a ordem e clama pelo dissenso incondicional. Esta última é a ideologia que mais interessa a este trabalho, pois não há concórdia possível onde há dissenso a qualquer custo. Concluo, daqui, que a mediação implica o ingresso na instituição – o qual é, por si mesmo, justo.

11 Reitero, tal como no capítulo 2, que este argumento se fundamenta nas conclusões de Ricœur a respeito da *Poética*, de que a mimese (imitação criadora) só se completa com leitor (no caso, o cidadão); somente na refiguração (ou mimese III) o texto histórico adquire seu sentido completo.

Jankélévitch de que perdoar não significa que o ofensor perdoado deixa de ser culpado, mas que a relação entre ofensor-ofendido é alterada¹².

No capítulo 3, indiquei que ao operador ou pensador do Direito compete, analogamente ao historiador, articular, na construção da identidade de uma cultura jurídica¹³, o dever de memória e as novas promessas a serem afirmadas sob as instituições justas, visando-se a concórdia e a paz social que asseguram o reconhecimento mútuo dos agentes – bem como a percepção da justiça das instituições, como âmbito de distribuição do papel de cada um na sociedade. O Direito, como prática, funda o espaço público institucional sobre o qual o agir de cada um tem visibilidade, também atuando como elemento substitutivo da vingança particular. Ora, sendo a vida em sociedade, como indica Ricœur, constituída pelo conflito, não há concórdia possível senão em virtude de uma intencionalidade coletiva visando a cooperação. Esta concórdia pressupõe a *liberação*, que compreendo resultante do trabalho de memória mediado pelos operadores e pensadores do Direito e facultado aos agentes livres – do *perdão mediado*, portanto. Antes de defender este argumento, expus diferentes posições filosóficas a respeito do ato (ou acontecimento, a depender do autor) de perdoar, das quais extraí suas características essenciais (faculdade, trabalho de memória e liberação) e pude afirmar que ele é sempre possível e concerne ao campo da justiça.

Retorno, enfim, à minha tese central, de que a ideia de Direito implica, necessariamente, a de justiça, e de que o perdão e o esquecimento são componentes desta¹⁴. O perdão, como faculdade que, *pelo esquecimento de reserva*, libera o agente da irreversibilidade de sua ação – sem, contudo, destruir a memória desta –, realiza a justiça. Perdoar, porém, não significa, necessariamente, *reconciliar*, mas sim *reconhecer e cooperar* no âmbito do plano institucional compartilhado por todos agentes, independentemente dos conflitos e dos traumas passados e provocados por estes. Um conflito ou trauma de dimensões tais que fosse imperdoável seria incompatível com a essência mesma do agir comum pressuposto pelo Direito – e fosse o perdão injusto, ter-se-ia o conflito a qualquer custo, o dissenso do anarquista que se nega ao ingresso na instituição

12 Daí distinguir-se o perdão da anistia (tratada no item 3.2 acima), a qual se aproxima do esquecimento por apagamento de rastros, pois tenta, institucionalmente, *apagar da memória* qualquer lembrança ou culpa.

13 Relembro que a identidade, em Paul Ricœur, é construída de forma narrativa, consistindo na intermediação de uma tradição sedimentada e as subseqüentes inovações sobre ela incidentes.

14 Destaco que não afirmo serem o perdão e o esquecimento componentes do Direito – pois, como exposto no item 3.2 acima, o perdão não se situa no campo jurídico, mas sim no da justiça. Sendo esta o sentido do Direito, na terminologia aristotélica acima desenvolvida, pode-se dizer que a relação entre perdão, esquecimento e Direito é indireta: a capacidade de perdoar é pressuposto do Direito.

(RICŒUR: 1990c, p. 171). O Direito é justo porque é o campo sobre o qual se manifesta o equitativo e a cooperação (expressados por Ricœur na “paz social” (RICŒUR: 2008a, pp. 4-5). Onde não houver mais estes elementos, não há mais justiça. Não parece exagero afirmar que o Direito, por seus operadores e pensadores, intermedeia o perdão, em vista da concórdia.

Evidentemente, com isso não quero dizer que, a pretexto dessa concórdia, deva todo conflito, trauma ou injustiça ser enterrado sem sua devida sepultura. Como afirmei, o perdão, diferentemente da anistia, não exclui a culpa nem impede a listagem das faltas, sua averiguação e eventual punição, que compõem o próprio trabalho de memória: somente a *injustiça reconhecida* é passível de superação¹⁵. Em suma: o *perdão mediado* consiste na instrumentalização do esquecimento de reserva, em busca de uma “memória feliz” e do agir inovador. Não se descartam, assim, os traumas, as injustiças da história de nossas instituições, tampouco a culpa daqueles que por elas foram responsáveis. Estas sempre deverão ser conhecidas, respeitadas, e, se possível, punidas – mas recordadas tão somente como *recurso*, repousando nos “galpões” da memória coletiva e da história.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ARENDT, Hannah. *The human condition*. 2. ed. Chicago: University of Chicago Press, 1958.
- _____. *Entre o passado e o futuro*. 8. ed. São Paulo: Perspectiva, 2016.
- _____. *Responsability and judgement*. New York: Schocken Books, 2003.
- ARISTÓTELES. A política. *Aristóteles: v.4* (Os pensadores); seleção de textos de José Américo Motta Pessanha. – 4. Ed. São Paulo: Nova Cultural, 1999.
- _____. Ética a Nicômaco. *Aristóteles: v. 2* (Os pensadores); seleção de textos de José Américo Motta Pessanha. – 4. ed. – São Paulo: Nova Cultural, 1991.
- _____. *Poética*. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2017.
- _____. *Petits traités d'histoire naturelle: Parva naturalia*. Paris: Flammarion, 2000.
- _____. The Eudemean Ethics. *Aristotle: the athenian constitution; the eudemean ethics; on virtues and vices*. Harvard University Press: Massachusetts, 1935, pp. 359-449.
- BARZOTTO, Luis Fernando. Razão de lei: contribuição a uma teoria do princípio da legalidade. *Revista Direito GV*, v. 3, n. 2, pp. 219-260, jul-dez 2017. Disponível em: https://direitosp.fgv.br/sites/direitogv.fgv.br/files/rd-06_11_pp.219-260_razao_de_lei_luis_fernando_barzotto.pdf. Acesso em 21 jul 2019.

15 Neste sentido, cf. LOPES, José Reinaldo de Lima, op. cit., 2009, p. 291: “Não se confunda, porém, esse tratar do passado como um conformar-se com a injustiça, com o erro com as indignidades que se fizeram. Observemos aqui a estrutura do perdão e do esquecimento contida na Escritura: é depois de um listado de erros claramente atribuídos a alguém que se proclama o esquecimento. Mesmo que tudo isso tenha sido feito, ainda assim é preciso ir para a frente e deixar para trás as coisas ‘que já passaram’. Reconhecimento da injustiça, superação da injustiça” (grifo meu).

- BERGSON, Henri. *Matéria e memória: ensaio sobre a relação do corpo com o espírito*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- BERTI, Enrico. *Aristóteles no século XX*. São Paulo: Loyola, 1997.
- _____. *Perfil de Aristóteles*. São Paulo: Paulus, 2012.
- BODÉÛS, Richard. *Aristóteles. A Justiça e a cidade*. São Paulo: Loyola, 2007.
- _____. *Aristote: une philosophie en quête de savoir*. Paris: Librairie philosophique J. Vrin, 2002.
- _____. *Le véritable politique et ses vertus selon Aristote: recueil d'études*. Paris: Peeters, 2004.
- BORGES, Jorge Luis. Funes el memorioso. *Ficciones*. Madrid: Alianza Editorial, 1993, pp. 121-132.
- BOUBLIL, Élodie. Instaurer la “juste distance”. Autonomie, justice et vulnérabilité dans la pensée de Paul Ricœur. *Études Ricœuriennes/Ricœur Studies*, v. 6, n. 2, 2015, pp. 13-31. Disponível em: <https://ricoeur.pitt.edu/ojs/index.php/ricoeur/article/view/311/151>. Acesso em 9 mai 2019.
- BREITLING, Andris. L'écriture de l'histoire: un acte de sépulture? *Cahier de L'Herne Paul Ricœur*. Paris: Éditions de L'Herne, 2004, pp. 237-245.
- DERRIDA, Jacques. Pardonner: l'impardonable et l'imprescriptible. *Cahier de L'Herne Derrida*. Paris: Éditions de L'Herne, 2004.
- DESSINGUÉ, Alexandre. Towards a Phenomenology of Memory and Forgetting. *Études Ricœuriennes/Ricœur Studies*, v. 2, n. 1, 2011, pp. 168-178.
- DOSSE, François. L'histoire entre la guerre des mémoires et la Justice. *Études Ricœuriennes*, v. 8, n. 1, pp. 67-141, 2017.
- _____. Lieux, travail, devoir de mémoire chez Paul Ricœur. *Cahier de L'Herne Paul Ricœur*. Paris: Éditions de L'Herne, 2004, pp. 256-270.
- _____. *Paul Ricœur: les sens d'une vie*. Paris: La Découverte, 1997.
- _____. *Paul Ricœur: um filósofo em seu século*. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017.
- GARAPON, Antoine. Le droit mis à l'épreuve. *Revue Esprit*, out-set 2007. Disponível em: <https://esprit.presse.fr/article/antoine-garapon/le-droit-mis-a-l-epreuve-14167>. Acesso em 10 mai 2019.
- GRONDIN, Jean. *Paul Ricœur* (Col. leituras filosóficas). São Paulo: Edições Loyola, 2015.
- HART, Herbert L.A. *O conceito de Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011.
- HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. 10. ed. Petrópolis: Vozes, 2015.
- JANKÉLÉVITCH, Vladimir. *Forgiveness*. Chicago: The Chicago University Press, 2005.
- JASPERS, Karl. *The question of german guilt*. New York: Fordham University Press, 2000.
- KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Lisboa: Edições 70, 2007, pp 13-20.
- KEMP, Peter. Mémoire et oubli: de Bergson à Ricœur. *Cahier de L'Herne Paul Ricœur*. Paris: Éditions de L'Herne, 2004, pp 246-255.
- KENNY, Anthony John Patrick. *The aristotelian ethics: a study of the relationship between the eudemian and nicomachean ethics of Aristotle*. Oxford: Clarendon Press, 1978, pp. 161-214.
- KORSGAARD, Christine. *Self-Constitution: Agency, Identity, and Integrity*. New York: Oxford University Press, 2009.
- LOPES, José Reinaldo de Lima. A justiça é o sentido do Direito. STORCK, Alfredo Carlos; LISBOA, Wladimir Barreto (org.). *Normatividade & argumentação: ensaios de filosofia política e do direito*. Porto Alegre: Linus, 2013, pp. 9-47.
- _____. Entre a teoria da norma e teoria da ação. STORCK, Alfredo Carlos; LISBOA, Wladimir Barreto (org.). *Norma, moralidade, interpretação*. Porto Alegre: Linus, 2009, pp. 43-80.
- _____. Filosofia analítica e hermenêutica: preliminares a uma teoria do direito como prática. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, v. 53, n. 212, out/dez 2016, pp. 203-226.

- _____. O diálogo entre Direito e história. In: RIBEIRO, Gladys Sabina; NEVES, Edson Alvisi; FERREIRA, Maria de Fátima Cunha Moura (org.) *Diálogos entre direito e história: cidadania e justiça*. Niterói: Editora da Universidade Federal Fluminense, 2009, pp. 279-292.
- MACINTYRE, Alasdair. *After virtue: a study in moral theory*. 3. ed. Indiana: University of Notre Dame Press, 2007, pp. 146-164.
- _____. *A short history of ethics*. New York: Touchstone Edition, 1996, pp. 57-83.
- MCCABE, Herbert. *On Aquinas*. London: Burns & Oates, 2008, pp. 87-100.
- MEYER, Susan Sauvé. *Aristotle on moral responsibility: character and cause*. New York: Oxford University Press, 2011.
- NAGEL, Thomas. *The last word*. New York: Oxford University Press, 1997, pp. 101-125.
- NASCIMENTO, Cláudio Reichert do. Identidade pessoal e ética em Paul Ricœur: da identidade narrativa à promessa e à responsabilidade. *Études Ricœuriennes/Ricœur Studies*, v. 2, n. 2, 2011, pp. 48-62. Disponível em: <https://ricoeur.pitt.edu/ojs/index.php/ricoeur/article/view/78>. Acesso em 15 jul 2019.
- NOLTE, Ernst. Un passé qui ne veut pas passer: conférence qui, une fois écrite, ne peut pas être prononcée (trad. Brigitte Vergne-Caine). *Devant l'histoire: les documents de la controverse sur la singularité de l'extermination des Juifs par le régime nazi*. Paris: Les Éditions du Cerf, 1988, pp. 29-35.
- NUSSBAUM, Martha C. *The fragility of goodness: luck and ethics in greek tragedy and philosophy*. New York: Cambridge University Press, 2001.
- ONOFRI, Renato Sedano. *A construção de uma tradição jurídica: memória, esquecimento e a codificação civil brasileira*. Tese (Doutorado – Programa de Pós-Graduação em Direito Civil; orientador Ignácio Maria Poveda Velasco – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo). São Paulo, 2017.
- PERRONE-MOISÉS, Cláudia. *Forgiveness and crimes against humanity: a dialogue between Hannah Arendt and Jacques Derrida*. Disponível em: <http://www.hannaharendt.net/index.php/han/article/view/90/145>. Acesso em: 13 mai 2019.
- PLATÃO. *A República*. 2. ed. São Paulo: Perspectiva, 2014.
- _____. *Teeteto – Crátilo*. 3. ed. Belém: EDUFPA, 2001, p. 110
- RAWLS, John. *A theory of justice*. 2. ed. Cambridge: Harvard University Press, 1999.
- _____. The idea of an overlapping consensus. *Justice as fairness: a restatement*. Cambridge: Harvard University Press, 2001, pp. 32-38.
- _____. *Political liberalism*. New York: Columbia University Press, 1993.
- RICŒUR, Paul. *A memória, a história, o esquecimento*. 7. ed. São Paulo: Editora da Unicamp, 2007.
- _____. *Écrits et conférences 1: autour de la psychanalyse*. Paris: Éditions du Seuil, 2008c.
- _____. *Educación y política: de la historia personal a la comunión de libertades*. Buenos Aires: Prometeo Libros: Universidad Católica Argentina, 2009.
- _____. *Interpretação e ideologias*. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves Editora, 1990c.
- _____. La cuestion del poder: el hombre no-violento y su presencia en la historia. In: *Historia y verdad*. 3. ed. Madrid: Ediciones Encuentro, 1990b.
- _____. *Lectures 1: autour du politique*. Paris: Éditions du Seuil: 1991
- _____. L'ideologie et l'utopie: deux expressions de l'imaginaire social. *Autres Temps. Les cahiers du christianisme social*, n. 2, 1984, pp. 53-64.
- _____. *O justo 1: a justiça como regra moral e como instituição*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008a.
- _____. *O justo 2: justiça e verdade e outros estudos*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008b.
- _____. *Parcours de la reconnaissance: trois études*. Paris: Éditions Stock, 2004.

_____. *Soi même comme un autre*. Paris: Éditions du Seuil, 1990a.

_____. *Temps et récit – tome I*. Paris: Éditions du Seuil, 1983.

_____. *Temps et récit – tome III*. Paris: Éditions du Seuil, 1985.

SALLES, Sergio. Paul Ricoeur e o humanismo jurídico moderno: O reconhecimento do sujeito de direito. *Études Ricœuriennes/Ricœur Studies*, v. 2, n. 2, 2011, pp. 106-117. Disponível em: <https://ricoeur.pitt.edu/ojs/index.php/ricoeur/article/view/95/41>. Acesso em: 9 mai 2019.

SEARLE, John. *Mente, linguagem e sociedade*. Rio de Janeiro: Rocco, 2000.

SOARES, Victor Dias Maia. Entre Ricoeur e Derrida: o perdão difícil e o perdão im-possível. *Pensando – Revista de Filosofia*, v. 7, n. 14, 2016, pp. 264-284.

TASSO, Beatriz Contreras. Connaissance de soi et reconnaissance: bases éthico-anthropologiques de la justice dans la pensée ricœurienne. *Études Ricœuriennes/Ricœur Studies*, v. 6, n. 2, 2015, pp. 68-87. Disponível em: <https://ricoeur.pitt.edu/ojs/index.php/ricoeur/article/view/301>. Acesso em: 13 mai 2019.

TEIXEIRA, Joaquim de Souza. *Ipseidade e alteridade: uma leitura da obra de Paul Ricoeur*. Lisboa: Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 2004.

VEATCH, Henry B. *Aristotle: a contemporary appreciation*. Bloomington: Indiana University Press, 1974, pp. 94-127.

OUTRAS REFERÊNCIAS

RICCEUR, Paul. *Conférence «La philosophie morale» – Forum Universitaire de l'Ouest Parisien*. 25 outubro 1994. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=C5Zu3r1faXk>. Acesso em 20 abril 2019.

_____. *Conférence “Loubli” – Forum Universitaire de l'Ouest Parisien*. 9 fevereiro 1999. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=t4CmccZOJM0>. Acesso 13 maio 2019.

FRANCISCO CAMPOS: O JURISTA DA MODERNIZAÇÃO CONSERVADORA

MATHEUS RODRIGUES CORREA DA SILVA

ORIENTADOR:
PROFESSOR DOUTOR SAMUEL RODRIGUES BARBOSA

1. INTRODUÇÃO: O BINÔMIO CONSERVAÇÃO-MODERNIZAÇÃO

A relação entre juristas e regimes autoritários não é tema cuja literatura seja escassa, em especial quando se estuda a história do Brasil republicano. Tanto o período de exceção do Estado Novo (1937-1945) quanto a Ditadura Militar (1964-1985) — instaurada após cerca de duas décadas de interregno democrático — contaram com arcabouços legislativos muito próprios. E por trás dessa arquitetura institucional vigorou um pensamento normativo do direito. É no interior deste campo de pesquisa que o presente trabalho pretende se inserir, constituindo um simplório capítulo da história do pensamento jurídico brasileiro.

Ministro da Justiça do Estado Novo e redator da Constituição de 1937, Francisco Luís da Silva Campos (1891-1968) é um dos principais intelectuais autoritários brasileiros da primeira metade do século XX, ao lado de Oliveira Vianna (1883-1951) e Azevedo Amaral (1881-1942). Apesar disso, se comparado a estes últimos, podemos afirmar que a obra de Francisco Campos atrai pouca atenção daqueles que se dedicaram a interpretar esse episódio da história do pensamento político brasileiro. Na maior parte das grandes análises, a obra do jurista recebe breves comentários ou integra uma lista de expoentes da qual não é protagonista. Essa coadjuvação foi constatada por MORAES (1992, p. 239). Certamente existem inúmeros fatores que corroboram para esse tipo de tratamento, mas talvez a aparente inconsistência de seus discursos seja o principal. Não são poucos aqueles que enxergam as produções do jurista como resultado de circunstâncias e conveniências da conjuntura de crises políticas, ou opiniões criadas sob regime de encomenda (MICELI, 2001, p. 209). Ainda assim, surgiram alguns fiadores da importância de Francisco Campos para a história do pensamento jurídico e político do país. Trabalhos que adotaram pontos de vista e propostas significativamente distintas, o que resultou na ausência de uma intersecção. Buscaremos nos inserir nesta fenda entre as distintas visões

acerca do legado intelectual e político de Campos, não para conciliá-las, porque este seria um trabalho de maior fôlego, mas para apresentar a contribuição de ambas e sugerir um possível sentido para eventuais novas pesquisas acerca do pensamento autoritário dos juristas da Primeira República.

Algo que precede, epistemológica e cronologicamente, as interpretações que se dedicaram especificamente a Francisco Campos, é o *cânone* analítico do pensamento autoritário brasileiro de fins do século XIX e início do século XX (HOLLANDA e COSER, 2016). A teorização desta vertente do pensamento político e social é obra que teve início com Oliveira Vianna — que logo passou a ser objeto de estudo pelas gerações seguintes —, passou por Guerreiro Ramos, até chegar em Wanderley Guilherme dos Santos e Bolívar Lamounier nos anos 1970. Estes dois últimos travaram um debate acerca da uniformização de um conceito de *pensamento político autoritário* que possui importância crucial para a literatura sucessora. De uma maneira geral, os intérpretes do pensamento político brasileiro dividiram as famílias intelectuais de acordo com sua maior ou menor sensibilidade para com a realidade nacional. Daí surgem as dicotomias entre liberais e autoritários sob as mais diversas denominações, como *idealismo utópico* e *idealismo orgânico*, *formalismo* e *antiformalismo*, *liberalismo doutrinário* e *autoritarismo instrumental*, *princípio de mercado* e *ideologia de Estado*, etc. (*ibidem*, 2016, pp. 903-908).

Nas interpretações de Wanderley Guilherme dos Santos e Bolívar Lamounier, as que mais interessam ao presente trabalho, ora Francisco Campos recebe uma classificação insuficiente, ora inadequada. O primeiro, em *Democracia e Práxis Liberal no Brasil* (1978) apontou o jurista mineiro, ao lado de Azevedo Amaral, como parte dos intelectuais que não encaravam o autoritarismo como situação transitória — forma que seria empregada até a chegada de uma configuração socioeconômica que permitisse um liberalismo autêntico, de matriz burguesa. Na acurada leitura do cientista político, essa vertente encara o autoritarismo como um fenômeno inevitável, tendo em vista as condições históricas da nova sociedade de massas do século XX, que transformariam o conflito social em ameaça à manutenção da ordem. Esses antagonismos não poderiam ser dirigidos por um *mercado político* livre. A legitimidade de tal sistema se daria a partir das novas estruturas sociais, e não de fatos naturalmente constatáveis (SANTOS [1978] 1998, pp. 43-45).

A despeito de descrever perfeitamente a proposta e a visão de Campos em *O Estado Nacional* (1940), o texto, pelo compreensível fato de se dedicar a uma visão mais global pensamento autoritário, deixa de abordar as aparentes rupturas do jurista mineiro ao longo de sua vida intelectual.

Por outro lado, Lamounier, em *Formação de um pensamento político autoritário na Primeira República: uma interpretação* (1978), trava um debate pelo viés liberal com Wanderley Guilherme dos Santos, questionando, por exemplo, um suposto *monopólio da visão realista* conferido aos autoritários e a afirmação de que os mesmos teriam a *ordem burguesa* como finalidade última para a sociedade brasileira. Lamounier elabora então um esquema de definição do que ele chamada de *ideologia de Estado*, polo oposto ao *princípio de mercado*, fundamento primeiro do pensamento autoritário da República Velha. Esta ideologia seria composta por: predomínio do princípio estatal sobre o princípio de mercado, visão orgânico-corporativa da sociedade, objetivismo tecnocrático, visão autoritária do conflito social, não organização da sociedade civil, não mobilização política, elitismo e voluntarismo como visão dos processos de mudança política, e a figura Leviatã benevolente (LAMOUNIER [1978], 1997, p. 386). Mais uma vez, Francisco Campos é inserido no mesmo balaio que diversos outros intelectuais, deixando o esquema interpretativo com certas imprecisões, uma vez que Campos não teria atendido a todos esses critérios de definição ao longo de sua vida.

As análises específicas e aprofundadas da vida intelectual de Campos surgiram décadas depois.¹ Elas se deram em diferentes campos disciplinares, tendo sido produzidas por juristas, cientistas políticos, historiadores etc.

O artigo *Francisco Campos e os Fundamentos do Constitucionalismo Antiliberal no Brasil* (2007), do cientista político Rogério Dutra dos Santos, representa um dos trabalhos mais dedicados a aprofundar a compreensão acerca do autor. Partindo da insuficiência do conceito de *autoritarismo* para definir o pensamento de Campos, o autor atribui ao jurista a contribuição ao advento das ideias do *constitucionalismo antiliberal* no Brasil, corrente de pensamento que autoriza a suspensão do direito através do próprio direito, legitimando um regime de exceção calcado no ordenamento jurídico. O *cesarismo* de Francisco Campos estaria ao lado do *positivismo castilhista* e do *corporativismo* de Oliveira Vianna como exemplos do constitucionalismo antiliberal. O intérprete constrói um paralelo entre o pensamento de Carl Schmitt — e suas mesmas críticas ao liberalismo romântico, oposição entre democracia formal e democracia substancial etc. — e as ideias de Campos, quando da redação da Constituição de 1937 e conformação do Estado Novo. De modo geral, Francisco Campos é tido como um antiliberal durante toda a sua trajetória política e intelectual. E as suas recorrências às instituições liberais são vistas como a manifestação de

1 Com exceção de *Ideologia Autoritária no Brasil, 1930/1945* (1974), de Jarbas Medeiros, que será detalhado a seguir.

um *liberalismo instrumental*, que seria a chave para a compreensão das eventuais contradições de Francisco Campos.

Uma visão significativamente diversa é empregada por Airton Seelaender em *Um jurisconsulto adaptável – Francisco Campos (1891-1968)* (2010) e *Francisco Campos — uma releitura* (2013). Nos textos, os movimentos cognitivos de rupturas do autor, em especial o seu *liberalismo de parecerista*, recebem um espaço central. É uma espécie de “absolvição” do legado do jurista, que teria sido taxado injustamente como um autoritário. Para Seelaender, enquanto o passado integralista de Gofredo Telles Jr. e Miguel Reale seria convenientemente esquecido, a associação de Campos com a Carta de 1937 e os regimes ditatoriais da Europa de sua época seria automática (SEELAENDER, 2013, p. 491). Revelar as nuances, câmbios e a adaptabilidades de Campos às suas circunstâncias seria uma resposta à memória seletiva das faculdades de direito do país. A intenção é revelar a impropriedade em rotular Campos como “fascista” ou “reacionário”. Seelaender atribui, inclusive, aos discursos decadentistas do jurista do Estado Novo um atestado de sua inclinação a uma *adaptabilidade* (*Ibidem*, p. 521). Importante ressaltar que nesta proposta de revisão da memória acerca do legado de Campos não subsiste nenhuma menção aos intérpretes que se situam no âmbito da ciência política.

Do mosaico de interpretações acerca de Francisco Campos, podemos extrair o que parece ser uma dicotomia. Por um lado aqueles que observam a centralidade das contradições de Francisco Campos, seja para extrair daí uma avaliação positiva de sua *adaptabilidade*, como SEELAENDER (2010, 2013), para uma observação neutra das tensões de seu pensamento, como MORAES (1992)² e LOSSO (2000)³, ou até mesmo para apontar um *cinismo* político, que é o caso de PINTO (2018)⁴.

2 “A tensão entre conservadorismo e modernização – sempre atravessada por seu legalismo – pode ser acompanhada em seu desempenho como deputado estadual (1919-1921), deputado federal (1921-1926), secretário dos negócios do Interior de Minas Gerais (1926-1930), no governo de Antônio Carlos, e, ganhando contornos ideológicos cada vez mais nítidos, em sua participação nos acontecimentos pós-1930, que culminariam com o Golpe de 1937.” [...] “Tal como alguns juristas brasileiros, como Gama e Silva, Alfredo Buzaid, Leitão de Abreu, entre outros, Francisco Campos ficou tristemente conhecido como um homem a serviço das ditaduras, sempre pronto a encontrar uma forma legal para legitimar atos de força e de repressão. Sua biografia carrega duas marcas indeléveis: a de redator da Constituição de 1937 e do Ato Institucional nº 1, de 1964 – momentos de golpe de Estado no Brasil. Essas marcas talvez tenham contribuído para o relativo esquecimento a que foi relegado.” (MORAES, 1992, p. 242-258).

3 Entre os anos de 1934 e 1937, paulatinamente suas posições políticas se encaminham para um autoritarismo cada vez mais afastado dos ideais que animaram sua carreira parlamentar. Novembro de 1937 é o ponto culminante deste caminhar em direção ao autoritarismo. (LOSSO, 2000, p.77).

4 “Excesso, incredulidade e instrumentalidade são caracteres do cínico Francisco Campos. Cínico moderno, contudo, em que a instrumentalidade se apresenta como expressão de seu

Diversamente, uma literatura majoritariamente influenciada pela ciência política e pela literatura do pensamento social e político brasileiro, confere maior importância para o papel das ideias de Campos na formação do autoritarismo brasileiro, apontando a *instrumentalidade* de seus eventuais liberalismos. Aqui podemos agrupar FAUSTO (2001)⁵, JASMIN (2007)⁶ e SANTOS (2007, 2016), que dialogam melhor com os cânones interpretativos da república velha⁷, além de BUENO (2016)⁸.

Não há dúvidas que ambas as vertentes trazem contribuições significativas para a interpretação do discurso de Francisco Campos. A proposta deste trabalho é demonstrar, à luz da dos marcos interpretativos do pensamento político brasileiro, que as rupturas de Campos não devem ser desprezadas, exatamente pelo fato de que elas traduzem as injunções basilares do pensamento autoritário dos 1930. Essas mesmas rupturas não resultam em um enfraquecimento do antiliberalismo do autor, o que exigiria uma absolvição historiográfica ou, por outro lado, uma revelação de seu oportunismo sistemático. Elas, pelo contrário, fortalecem e traduzem exatamente o que foi a teoria e a *práxis* autoritária brasileira.

O recorte temático aqui elaborado tomará como autoritarismo todos os movimentos discursivos de Francisco Campos em direção a um constitucionalismo antiliberal, no qual os ideais de centralização e ordem política estão entrelaçados com a necessidade de recomposição jurídica do Estado, no mesmo sentido do argumento de SANTOS (2007). O período que precedeu o fim

caráter “adaptável” ao tempo político. Diferente do cínico da Antiguidade desvinculado de tudo e de todos, Campos exercia desvinculações periódicas em suas adaptações às mudanças políticas que o país vivia. De defensor do arranjo liberal na juventude, a antiliberal autoritário nos anos 1930 1940, passando por democrata ao fim do Estado Novo e, finalmente, fazendo um retorno autoritário em 1964, Campos é essa figura sem vínculos ideológicos solidificados.” PINTO (2018, p. 136).

- 5 “Após um interregno até certo ponto liberal, [Francisco Campos] reassumiu plenamente seu papel de formulador de instituições autoritárias, ao elaborar em 1964, juntamente com Carlos Medeiros Silva, os primeiros decretos básicos do regime militar: os Atos Institucionais.” (FAUSTO, 2001, p.29).
- 6 “É esse o quadro mais agudo da análise em cujo registro não cabe mais a mimesis da Nação, mas só a do Tempo, e o conceito-chave que poderia estruturar todo o argumento seria o de anacronismo. Pois se trata de fundar a novidade de uma nova institucionalização a partir da retórica que quer persuadir da inadequação temporal dos institutos tradicionais da democracia liberal para um mundo totalmente novo. O Outro dessa nova modernidade, o seu avesso, é justamente a democracia liberal que for constituída à imagem do mundo forense.” [...] (JASMIN, 2007, p. 232).
- 7 Rogério Dutra dos Santos cita, por exemplo, alguns clássicos da interpretação do pensamento autoritário, como Simon Schwartzman, Wanderley Guilherme dos Santos, Bolívar Lamounier e Luiz Werneck Vianna.
- 8 “Tal perspectiva liberal era tida por demais ingênua para ser assumida por um realista político como Campos, cuja convicção autoritária o fazia identificar a necessidade de superação do liberalismo.” (BUENO, 2016, p. 23).

da Primeira República foi responsável por gestar as críticas ao projeto político da Constituição de 1891, em especial no contexto de falência das instituições democráticas e eleitorais. Era a vocalização do mal-estar causado pela disparidade entre o *Brasil real* e o *Brasil legal*, manifestações que se materializaram nas mais diversas formas.

Teremos como ponto de partida um cânone desta historiografia, trata-se de *Ideologia Autoritária no Brasil, 1930/1945* de Jarbas Medeiros, cujos capítulos, incluindo o que trata especificamente de Francisco Campos, foram publicados em alguns números da Revista de Ciência Política, circulada pela Fundação Getúlio Vargas entre 1967 e 1990. O texto serve não só como fonte bibliográfica direta, mas como uma verdadeira base epistemológica, uma vez que empreendeu o recorte da obra do jurista em três distintas fases, estrutura esta que será aqui aproveitada. A primeira fase, que vai de 1914 a 1930, abarca a trajetória política e intelectual de um Francisco Campos que já assentava as bases de seu autoritarismo, mas ainda assim empregava uma defesa veemente das instituições da Primeira República, desferindo significativos ataques às sublevações tenentistas e às hostes do liberalismo, como Assis Brasil. A segunda fase tem início com a tomada do governo federal por Getúlio Vargas e acaba junto com o Estado Novo, período no qual o jurista consagrou-se como o ideólogo de um regime de exceção. A terceira e última fase vai de 1945 até sua morte em 1968, que comportou inúmeras manifestações públicas contra o Estado Novo e os princípios antiliberais que até então o acompanhavam.

O conceito de *americanismo* desenvolvido por Luiz Werneck Vianna em *A revolução passiva: iberismo e americanismo no Brasil* (1997) é a chave para o presente projeto argumentativo. A utilidade deste conceito para a interpretação do pensamento campiano foi originalmente constatada por SANTOS (2007). Campos, já nos seus textos de juventude, defendia que a organização social deveria se dar *por cima*, pela condução de elites esclarecidas. Esta rejeição à participação popular no poder vai acompanhá-lo por toda sua trajetória, como demonstraremos ao analisar as produções do autor em suas três fases. A reforma do Estado que antecede, ou até prescinde, à da sociedade civil (Vianna, 2004, p. 169), é o fundamento básico do *americanismo* de liberais brasileiros como Tavares Bastos (1839-1875). Este *americanismo* seria oposto ao *iberismo* de pensadores autoritários — cujo exemplo clássico é Oliveira Vianna — que preconizam a realidade sociológica como determinante inexorável do universo político.

Francisco Campos então teria perfilado outro tipo de americanismo, que a despeito de se sustentar no elitismo modernizador do Estado, seria funda-

mentalmente antiliberal (SANTOS, 2007, p. 287). E aqui está a chave para a inserção da nossa proposta interpretativa. O pensamento autoritário brasileiro, que encontrou espaço na Revolução de 1930, se deu através do binômio *conservação-modernização* (Vianna, 2004, p. 48). No caso de Campos, isso explica as aparentes *contradições* diacrônicas — como é o caso de seus pareceres contra o Estado Novo no pós-1945 — e sincrônicas — como é o caso da defesa das instituições políticas da República Velha ainda que fosse um aberto antiliberal. Utilizando-se uma gramática mais próxima à da história dos conceitos, essa característica do pensamento autoritário pode ser descrita como uma *mimesis* de um novo tempo, responsável por desvelar o anacronismo das instituições políticas então vigentes (JASMIN, 2007). Passemos à análise de algumas obras mais representativas de cada fase da trajetória discursiva do jurista.

2. PRIMEIRA FASE: A ECONOMIA POLÍTICA E OS DISCURSOS PARLAMENTARES DE FRANCISCO CAMPOS

O recorte epistemológico definido por Jarbas Medeiros foi responsável por observar traços comuns ao pensamento anterior à Revolução de 1930, época que comporta ideias que serão amadurecidas ou rejeitadas pelo futuro ministro da justiça de Getúlio Vargas. Para exemplificar esta fase, recorreremos não apenas aos discursos parlamentares, como fizeram importantes trabalhos acerca do pensamento do jurista mineiro (MORAES, 1992 e LOSSO, 2000). É indubitável que tais discursos também traduzem a identidade intelectual de Campos, mas estão intimamente ligados às conjunturas nas quais se inserem. Tão importante quanto o que foi extraído de um debate é consultar os textos que, ao menos em tese, possam refletir uma tentativa mais rigorosa de construir um pensamento consistente. Medeiros já havia constatado que nesta primeira fase, com publicações como *Doutrina da População* (1916), Campos já revelava *sua formação filosófica de juventude, toda ela neokantiana, agnóstica, relativista (e daí, certamente, o permanente ceticismo e ironia [...]), intuicionista e neopositivista (e aqui, certamente, seu “realismo objetivo”, seu pragmatismo de homem do Poder)* (MEDEIROS, 1974, p. 70). Percebe-se, então, que desde a sua juventude esteve presente a perene tensão entre um ideólogo conservador e um modernizador antiliberal (MARCONDES, 1992, p. 239).

Algumas das obras menos abordadas pelos comentaristas do pensamento do jurista mineiro, pertencentes a este período, são as teses apresentadas à Faculdade Livre de Direito de Minas Gerais para o concurso de lente substituto, todas publicadas em 1916. Tendo em vista que a cátedra pretendida abarcava

três diferentes disciplinas do curso de direito, este foi o número de proposições científicas apresentadas. Além de *A Doutrina da População*, no âmbito da economia política, publicou *A Natureza Jurídica da Função Pública*, em direito administrativo, e *O Imposto Progressivo*, no campo da chamada ciência das finanças. Analisaremos de forma mais pormenorizada *A Doutrina da População*, uma vez que carrega peculiaridades do pensamento jurídico e político do autor que não devem passar despercebidas. Ao final, alguns brevíssimos apontamentos serão feitos sobre *O Imposto Progressivo*, cuja proposta de uma fiscalidade ativa e redistributiva do Estado mantém relevância para com a trajetória do jurista.

A obra consiste em um apanhado consideravelmente amplo de teorias sobre a relação entre demografia e economia, denominadas *doutrinas da superpopulação*. É justamente aí onde reside um dos fatos mais surpreendentes de seu pensamento autoritário, trata-se não menos do que uma dedicada ode à perspectiva de Marx acerca da expansão demográfica⁹. Aqui, um breve olhar sobre a economia política de Francisco Campos pretende desvelar as idiosincrasias de seu antiliberalismo.

A Doutrina da População é certamente uma das obras que melhor reflete o caráter neopositivista e cientificista do olhar do autor. No livro é possível perceber a preocupação que Francisco Campos tinha com o papel do Estado em gerenciar um problema tido como o principal e mais nocivo das novas sociedades industriais, o risco de uma expansão demográfica que pudesse gerar um desarranjo na distribuição de recursos. Desde então, a sociedade de massas e seus dilemas, especialmente os políticos, jamais abandonariam os textos do autor. São os seus primeiros comentários em defesa de um objetivismo tecnocrático e a caracterização de seu indelével *americanismo*.

O livro se divide em analisar três abordagens distintas, através de uma dissertação cronologicamente encadeada, que perpassa por algumas das teorias dedicadas a compreender o fenômeno da superpopulação. Já na introdução, Campos trata a própria crise da demografia como sinônimo da crise da economia de mercado, cujas repercussões são determinantes para a esfera da política.

Pode-se dizer, portanto, que o problema da população é um problema essencialmente moderno, que pertence antes de tudo à phase crítica de economia de mercado, que se denomina capitalismo; que si elle

9 O interesse de Francisco Campos na obra de Karl Marx foi inclusive registrado pelo sociólogo Fernando de Azevedo em um artigo de homenagem póstuma ao jurista mineiro. “Que o diga sua biblioteca de uns vinte mil volumes entre os quais, além das obras de suas especialidades jurídicas, frequentemente compulsadas, obras de história, economia e política, como as de Karl Marx, de arte e literatura, pelas quais passeava constantemente seu espírito inquieto e insatisfeito.” (AZEVEDO, 1969, p. 35).

existiu em outras phases históricas, foi eminentemente accidental, secundário e passageiro, ao contrario do que é hoje, na organização econômica moderna, em que assumiu o caracter chronico, permanente e profundo de um verdadeiro problema, não só nacional, mas mundial, constituindo mesmo, como já assignalamos, o fundo de todas as doutrinas internacionalistas, de toda política de prevenções ou de aggressão, substractum que é de todos os processos ideológicos e illusionistas com que a classe dos governantes, procuram justificar seus methodos brutaes ou refinados de expansão [...] (CAMPOS, 1916, p.8).¹⁰

Nas páginas iniciais da obra também é possível observar a importância que Campos confere à ideia de *organização social* no contexto dos desafios da superpopulação. Para o jurista, o anteparo entre o homem e os meios de subsistência é uma *relação jurídica e não uma relação de necessidade* (*Ibidem*, p.13), concluindo que o principal responsável por uma distribuição iníqua de riquezas é o arranjo do direito privado, mais especificamente o direito de propriedade. Com essas palavras, Francisco Campos adianta o argumento principal da obra: o caráter contingente, porque socialmente definido, da desigualdade de renda e acesso a recursos. Premissa inexorável para aquele que se pretende reformador do Estado.

Campos se dedica a desconstruir o ponto de vista malthusiano acerca da superpopulação por meio do ataque de suas bases. Eminentemente conectado às tendências intelectuais de seu tempo, intenta negar o que ele chama de *naturalismo radical* do pensamento malthusiano, que encara a relação entre a humanidade e os meios de subsistência como algo inteiramente regido por condições de *ordem física*, desprezando o que há de mais relevante entre ambas: *a organização cívica e econômica da sociedade*. Daí a transposição do problema demográfico, na obra do autor, de um caráter natural e necessário para um caráter artificial. As relações de disputa que existem no universo humano não se encerram em uma seleção natural, mas são dirimidas pelo direito, aplicado pelo Estado, aquele que detém o monopólio da violência, o que faz surgir a primazia da organização social e jurídica para a compreensão da desigualdade. Para Campos, Malthus teria analisado o problema demográfico — e por consequência, econômico — através de um viés puramente determinista e biológico, ignorando por completo a dimensão do social. Outro aspecto significativamente interessante deste capítulo é o diálogo que estabelece com a conjuntura política de seu tempo, tocando em temas como a corrida armamentista das potências europeias e a Primeira Guerra Mundial. Assim, os problemas

10 Optou-se pela grafia original do texto, bem como no restante dos excertos.

da demografia são encarados como as causas das opções políticas pela expansão territorial e conquista de novos mercados, o roteiro geopolítico da Europa do final do século XIX. É uma tentativa de desnudar as leis que regem as escolhas tomadas por indivíduos e Estados. Nessa toada, o contingente demográfico desequilibrado é o fenômeno que gera e é gerado por fatores políticos.

Em todo caso, nos países em questão e na nossa época, o predomínio do aspecto político sobre o aspecto econômico do problema da população é apenas aparente: ao passo que aumenta a população, redobram as preocupações políticas, sociais e militares, intensifica-se o trabalho de conquista dos mercados pelos artifícios políticos ou comerciais e, paralelamente, a organização militar se desenvolve e se complica, multiplicando-se as cautelas e prevenções destinadas ao descongestionamento periódico do território nacional por meio da emigração. (*Ibidem*, p. 22)

Ao trazer uma antítese da perspectiva de Malthus, Campos aponta os estudos de Adolph Wagner (1835-1917) e Gustav Rümelin (1815-1889) como exemplos de economistas que não buscaram *profetizar* o flagelo de um acréscimo populacional fatalmente inevitável, mas trazer à tona os fatores socialmente definidos que poderiam alçar uma sociedade moderna ao descompasso entre a produção e o consumo.

Alguns economistas alemães, dentre os quais se destacam Wagner e Rümelin, modificaram a doutrina malthusiana da população, procurando estabelecer o problema da superpopulação em toda a sua complexidade, considerando principalmente o aspecto social, jurídico e técnico da questão. Para eles não se trata mais de superpopulação absoluta, que tem exclusivamente um interesse profético, mas apenas de um estado de superpopulação relativa, essencialmente transitório e caracterizado pelas particularidades de organização social, jurídica, econômica e técnica de um dado período. Assim, não existe perigo, pelo menos actual ou iminente, de uma superpopulação absoluta, mas o de uma superpopulação *relativa* ao estado de organização econômica e política reinantes. O problema da superpopulação não será, nesses termos, um problema mundial, como queria Malthus, comparando a terra a uma ilha, mas exclusivamente um problema de economia nacional, cuja configuração dependerá estreitamente das condições particulares a cada país. A superpopulação relativa, na expressão de Wagner, não é “medível em si mesma”, mas, segundo a relação existente entre a população e a renda nacional. Há, portanto, superpopulação relativa quando a população, sobretudo as classes operárias, não podem, “apesar de toda sua

capacidade e boa vontade de actividade lucrativa”, encontrar ocupações sufficientes à sua subsistência. (*Ibidem*, p. 42).

O fenómeno da *superpopulação relativa* passa a ser tratado como um problema de ordem eminentemente nacional e muito próximo do conceito de desemprego. Aqui podemos perceber o ponto do raciocínio campiano onde a tensão entre capital e trabalho já pode ser reconhecida. Neste segundo capítulo, ao abordar os fatores que levam a um desequilíbrio entre o contingente populacional e os meios de subsistência, Campos indica o direito, em especial o direito de propriedade, como um dos responsáveis. Ao lançar mão deste apontamento, o autor faz um comentário que poderíamos considerar como inserido no âmbito da sociologia jurídica. Ele aponta a *fraca transformabilidade* do direito como um empecilho para a distribuição dos meios de subsistência entre a população.

[a] legislação, fundada historicamente, e o direito, consolidado por uma rígida tradição, distinguem-se por uma fraca transformabilidade, principalmente em relação à propriedade fundiária e a toda a constituição agrária, em que as normas jurídicas têm uma tendência pronunciada a fixar-se definitivamente (*Ibidem*, p.44).

Vemos, mais uma vez, que o jurista mineiro pensava o direito como instrumento de mudança social, ao mesmo tempo em que o encarava como a ferramenta que estruturava a relação entre a população e os recursos econômicos. As teorias da *superpopulação relativa*, segundo Campos, encontram suas limitações ao não dedicarem suficiente atenção ao *fator social*. A despeito da maior lucidez analítica em relação à teoria malthusiana, a doutrina da *superpopulação relativa* ainda enxergaria o desequilíbrio demográfico como uma *previsão*, um quadro iminente, e não como *condição atual* do sistema de produção capitalista, algo que apenas Marx teria sido capaz de fazer. Cabe a Karl Marx a primazia na orientação do problema populacionístico na única direção em que ele poderá realmente desdobrar-se em toda sua complexidade, não só como uma questão isolada e solitária, mas em conexão com todos os demais problemas econômicos e com a própria estrutura orgânica da sociedade. É também uma doutrina de superpopulação relativa, mas uma doutrina puramente socialista, no sentido de estabelecer o problema em termos nitidamente sociais, isto é, relacionando-o com o conjunto da organização social. É o que chamamos de doutrina da superpopulação capitalista. (*Ibidem*, p. 54).

Analisando a *superpopulação capitalista*, Campos exhibe suas desconfianças e críticas para com o referido modo de produção. O jurista define o *estado crônico de superpopulação* como uma característica indelével do capitalismo. Tal

anarquia da produção seria acarretada por características fundantes do sistema, como a propriedade privada, a separação entre trabalho e meios de produção e o antagonismo de classes. A superpopulação passa a ser não apenas um número, mas uma relação entre a demografia e a *constituição econômica dominante* (*Ibidem*, 1916, p. 55). O contingente populacional torna-se crítico a partir de fatores como a *organização jurídica* e as disparidades entre classes sociais. Seu raciocínio é iniciado pela compreensão de que a propriedade privada dos meios de produção, que ele denomina como *apropriação jurídica*, é o fator que empurra a classe dos não possuidores para a venda da sua força de trabalho. A partir daí, o autor aponta a crítica marxista aos pensadores da economia política clássica, como Smith e Ricardo, até alcançar o conceito de mais-valia. A espoliação é vista como a matriz estruturante do modo de produção capitalista. A superioridade numérica do operariado em relação ao capital variável é a *secreção orgânica do regime capitalista* (*Ibidem*, 1916, p. 58), dada a desproporção entre possuidores e não possuidores. Por outro lado, Campos não apenas descreve a crítica de Marx à economia política clássica. Aponta também o que seria uma limitação do teórico alemão: a descrição do conceito de *exército de reserva* como resultado único da expropriação empreendida pelas máquinas e pela economia industrial. Marx teria assim desprezado o fenômeno da urbanização, grande responsável pelo aumento dos índices demográficos. Examinar a procedência desta análise foge ao escopo deste trabalho, mas a crítica revela a profundidade da leitura empregada pelo autor. Sendo o êxodo rural e a consequente urbanização da sociedade capitalista o principal fator de criação de um exército de reserva, a desapropriação fundiária que ocorre no campo passa a ser vista como um fenômeno jurídico.

Assim, a *superpopulação* do capitalismo, ao fim e ao cabo, é um fenômeno criado e consolidado através do direito.

O fenômeno de urbanização, portanto, com a formação do exército de reserva e o aparecimento do estado de superpopulação relativa, é o simples resultado do exodo rural, determinado pela força de repulsão jurídica exercida sobre os cultivadores dependentes, isto é, que não possuem o direito à terra. O que produz a superpopulação relativa não é, portanto, como queria Marx o regime industrial: este, ao contrário, atenua e modera a violência do fenômeno, que sem ele, seria incomparavelmente mais desorganizador e destrutivo do que é. O que produz a superpopulação relativa capitalista é o modo de repartição da propriedade fundiária. (*Ibidem*, p. 62)

Nessa dinâmica argumentativa é sempre muito claro que Francisco Campos tenta arrastar o conceito de capitalismo, e todas as distorções distri-

butivas inerentes a este modo de produção, para o âmbito jurídico, ao definir a *superpopulação capitalista* como uma expropriação jurídica que separa os *possuidores* e os *não possuidores*. A análise é, em resumo, uma visão sustentada na primazia do direito.

A força de trabalho, que é o valor fundamental na economia natural, torna-se na economia política um não valor em certas condições: porque depende dos capitalistas a criação das condições necessárias à colocação e ao emprego dessa força. Em Economia Política o capital é o elemento fecundador por excellencia: o trabalho só pôde gerar valores quando o capital depõe em seu seio o semen da facundação. E eis como uma força divina, a mais nobre e moral de todas as forças, se acha submetida ao arbitrio e à violencia de um facto puramente historico, cujas raizes se embutem e se embebem na carne humana, de cujo sangue o Moloch capitalista alimenta a sua virilidade artificial e estanca a sua sêde insaciavel de dominação por meio de sacrificios humanos e de offerendas vivas! (*Ibidem*, p. 66)

Campos traz boa parte da perspectiva de Marx como sinônimo de suas considerações conclusivas. A obra é finalizada com a assertiva de que não são leis gerais ou naturais que provocam uma crise do quadro demográfico, mas tão somente a organização social e o antagonismo de classes.

A superpopulação ainda não é absolutamente uma consequencia de leis ou de fatalidades naturaes, como pensava Malthus; a superpopulação que existe actualmente e que poderá ainda existir em futuro proximo é causada exclusivamente pelos vicios da organização social. A limitação artificial da producção industrial e agricola pelo regimen de repartição determinado pelo antagonismo de classes, é a unica geradora do excesso artificial, e não natural, da população. (CAMPOS, 1916, p. 67).

A *Doutrina da População* também faz alguns apontamentos sobre a relação entre desenvolvimento socioeconômico e a baixa taxa de natalidade, trazendo vários dados estatísticos colhidos naquela época sobre as grandes capitais europeias. Novamente, podemos observar uma diferença fundamental entre este e outros pensadores autoritários, que é a preocupação significativamente reduzida em interpretar a realidade nacional.

A *cultura do indivíduo*, advento do desenvolvimento material, seria então a contenção das altas taxas de natalidade. Ocorre que o jurista buscou também definir uma espécie de faceta política para esta *cultura do indivíduo*, e elencou a democracia como o *regime individualista por excelência*, oposto às tendências de expansão demográfica desordenada dos regimes não democráticos. Esta di-

ferença não deixa de possuir uma gramática darwinista, onde a democracia representa o ápice do desenvolvimento humano.

D'ahi o facto de que a cultura da individualidade se oppõe à procreação: a democracia, portanto, que é o regimen individualista por excellencia, é contrário a uma natalidade excessiva. Desde que todas as posições se acham livremente expostas à aspiração de todos, a tensão determinada pela tendencia a subir se exerce sobre quasi toda a superficie da sociedade, produzindo a competição, a lueta e, conseguintemente, a preocupação de isolar-se para subir depressa. (*Ibidem*, p. 71).

A obra também traz comentários sobre alguns pensadores de seu tempo, como Arsène Dumont (1849-1902) e Herbert Spencer (1820-1903), que foram responsáveis por uma análise igualmente biológica e naturalista do fenômeno demográfico. Tais estudos mereceram um olhar cético de Francisco Campos.

As deducções de Spencer e Dumont, apesar do seu poder suggestivo, são, incontestavelmente, vagas, imprecisas, demasiadamente conjunturais e (porque não dizer?) inverificáveis. Em todo caso o facto existe, pelo menos provisoriamente: a coincidência da diminuição de natalidade com os progressos do espirito de autonomia, do sentimento de responsabilidade, desse conjuncto, afinal, de estímulos psychologicos, que se convencionou chamar a cultura de individualidade. (*Ibidem*, p. 73).

A doutrina da população é uma obra pouco conhecida e que revela de forma mais clara as peculiaridades do pensamento de Francisco Campos no período que antecede o advento do Estado Novo. Nela, o autor não se dedica a desenvolver um aparato ideológico como fez posteriormente em *O Estado Nacional*, mas tão somente a dissertar sobre temas de economia política que eram correntes em sua época. As mesmas reservas aos pressupostos da economia de mercado capitalista e suas distorções também fazem parte da tese *O Imposto Progressivo* (1916), na qual o autor faz uma defesa explícita desse instituto de direito tributário. As iniquidades causadas pela livre concorrência e pelo sistema tributário seriam corrigidas por uma progressividade racional e ponderada, que não necessariamente seria sinônimo de uma economia socialista.

O imposto progressivo, portanto, é não somente uma medida theoreticamente defendida pelas escolas socialista e comunista como uma oportunidade para a intervenção do Estado no regimen da repartição das riquezas para o fim de socialisar os meios de produção, substituindo aos monopolios privados parciais o monopolio universal do Estado, como também o mesmo imposto tem para outras escolas, mesmo individualistas, um destino social mais modesto, qual o de servir de tributo complementar ao sistema de impostos ordinarios, com o fim

de estabelecer, aproximativamente, a justiça tributária fundada sobre os princípios de universalidade e uniformidade do imposto. (CAMPOS, 1916b, p. 12).

O texto também se fundamenta e lança comentários críticos à obra de Karl Marx à luz das ideias do sociólogo Werner Sombart (1863-1941) acerca das origens do capitalismo. Longe de ser um marxista, Campos, porém, não deixa de enxergar as contribuições inegáveis do teórico alemão para a economia política. Defendendo uma intervenção do Estado na economia que seja responsável por uma distribuição mais equânime das riquezas, Campos entende que o imposto progressivo resulta de *uma análise mais ou menos exata dos fatos sociais, não viola os princípios da justiça e é uma medida científica destinada a solução de um problema social* (*Ibidem*, p.129).

São nesses textos de um conteúdo politicamente tímido, que Campos pôde desvelar parte de sua visão de mundo que incluía, até mesmo, um antiliberalismo com matizes de anticapitalismo, e uma latente preocupação com os rumos da nova sociedade de massas. Não se pode perder de vista que a construção do pensamento autoritário brasileiro na primeira metade do século XX foi também a formação de uma resposta à crise dos ideais liberais, ainda que com fundamentos difusos (LAMOUNIER, 1997).

OS DISCURSOS POLÍTICOS

Quando ainda era estudante da Faculdade Livre de Direito de Minas Gerais, em 1914, o jovem Francisco Campos proferiu um discurso que já antecipava os fundamentos de seu pensamento jurídico e político. *Democracia e Unidade Nacional*, que foi posteriormente incluído no livro *Antecipações à Reforma Política*, publicado pela Editora José Olympio em 1940, é o registro das palavras dedicadas à ocasião de inauguração da estátua em homenagem ao então ex- presidente da República e fundador da referida faculdade, Afonso Pena. O texto contém os traços iniciais de uma crítica à democracia, tendo como pano de fundo a conjuntura político- administrativa da então República Velha. O autor concebe o recém-instaurado regime como o resultado de convulsões revolucionárias. Já revelava suas inabaláveis preferências pelos ideais de ordem e centralidade do poder estatal, não deixando de incluir comentários acerca dos debates sobre o federalismo e a democracia que permearam o período de nascimento dos Estados Unidos (incluindo aqueles entre Jefferson e Hamilton nos *Federalist Papers*), estabelecendo paralelos com os problemas vigentes do Brasil. Tudo para chegar à conclusão que a política nacional daquele período vivia patologias a serem superadas.

[u]m paiz em transformação acelerada, formado o seu character, e uma constituição morta, que nasceu inadapável às condições orgânicas da nação. Sacrificar interesses práticos immediatos ao respeito de um texto constitucional é um suicídio, violar a lei em nome desses interesses é confessar a ilegalidade do regimen republicano e condemnar os seus princípios em nome do direito (CAMPOS, 1940, p.9).

Desse diagnóstico, o jurista segue para uma concepção que será fartamente presente em sua futura obra, a existência de dois tipos de democracia conflitantes, uma de caráter formal associada a conflitos inócuos de poder, e outra de caráter substancial associada a um princípio autêntico de vocalização da vontade nacional. A disparidade entre esses dois tipos de democracia seria a tônica de *O Estado Nacional* (1940) e a base de um constitucionalismo antiliberal (SANTOS, 2007). A solução para a crise da democracia seria a criação de um *espírito* unitário, que transferisse a vontade da nação para as ações do Estado e reduzisse o regime à *indivisibilidade e à unidade*. Daí também a importância da autoridade centralizadora.

Para Campos, o acesso a essa realidade orgânica que materializa os interesses urgentes da sociedade só pode ser dado através do direito. É assim que os últimos parágrafos do texto buscam enaltecer a importância do *homem de lei*, aquele que deve estar orientado por um *espírito público* que torne o direito o reflexo do organismo vivo da sociedade.

Reprimir os excessos da democracia pelo desenvolvimento da autoridade será o papel político de numerosas gerações. E o órgão legal do desenvolvimento da autoridade e da repressão dos excessos do temperamento democrático, será forçosamente a lei, num regimen republicano. A responsabilidade nacional da democracia será, por conseguinte, uma criação legal, e os homens de lei, os encarregados de garantir contra a anarchia da democratica a autoridade da nação e contra o despotismo da nação a liberdade da democracia. (*Ibidem*, p. 13).

A partir da leitura de *Democracia e Unidade Nacional* é possível observar que os esteios do pensamento autoritário e modernizador do jurista já estavam assentados muito antes da democracia liberal da República Velha dar os primeiros acenos para o seu fim. Tais características vão ser ainda melhor observadas nos debates parlamentares do jurista.

Francisco Campos iniciou sua trajetória político-parlamentar em 1919, ao ser eleito pelo Partido Republicano Mineiro para seu primeiro mandato como Deputado Estadual. Dessa eleição, seguiu-se outro mandato em nível federal, além, é claro, da Secretaria do Interior do Estado de Minas Gerais no

governo de Antônio Carlos. Tudo antes de se tornar um membro do Governo Provisório de 1930.

Publicados na coletânea *Direito Constitucional* (1956), os discursos proferidos na então Câmara dos Deputados de Minas Gerais em 1920 receberam o título de *Autonomia Municipal (Ideologia e Direito Constitucional)*. Em um dos mais demonstrativos debates transcritos no livro, Francisco Campos dá conta de descrever sua perspectiva de interpretação constitucional ao tratar de direitos como a liberdade de iniciativa e questões atinentes ao federalismo. O presente trabalho traz algumas notas sobre esses dois temas contidos nas transcrições da primeira parte de *Autonomia Municipal (Ideologia e Direito Constitucional)*.

O texto é iniciado com as discussões, protagonizadas pelo parlamentar, acerca do projeto de emenda à Constituição de Minas Gerais que dispunha sobre a renovação das chamadas *provisões* de advogados, que eram licenças temporárias e precárias para o exercício da profissão, concedidas pelo Poder Judiciário àqueles que não possuíam formação em ensino superior, os *râbulas*. Nas primeiras décadas do século XX, outros estados da federação também entraram na tendência de limitar as provisões, como foi o caso de São Paulo com a Lei nº 1.520, de 23 de dezembro de 1916, promulgada na presidência de Altino Arantes.

Segundo o que pode ser depreendido do debate, o então projeto de emenda constitucional estadual, defendido por Campos, possuía disposições mais restritivas para aqueles que quisessem exercer o ofício na condição de *provisionado*. Seus adversários nos debates parlamentares afirmavam que tais restrições poderiam figurar como um indevido limite ao direito de livre exercício de qualquer profissão, inscrito nas garantias individuais do art. 72 da Constituição de 1891.

É nesse contexto que se desenhou uma minuciosa defesa do poder de polícia do Estado. O que poderia ter se encerrado como uma simples disputa parlamentar sobre a adequação do projeto de emenda constitucional se transformou em um manifesto contra o preceito da liberdade de iniciativa.

Ao se interpretar, portanto, o texto constitucional que garante a liberdade profissional, não lhe podemos dar a inteligência absoluta, que lhe atribui o ilustre deputado, a não ser que concebamos o indivíduo como uma entidade abstrata ou como uma mônada metafísica, estranha às necessidades sociais, desconhecendo a existência dos outros homens e a precariedade que a convivência social impõe às nossas relações recíprocas. Compreender de modo irrestrito e absoluto as garantias do direito individual, é erigir à ordem de categoria jurídica o solipsismo filosófico,

fazendo de cada indivíduo, tomado isoladamente, o único e do mundo a sua propriedade. (CAMPOS, 1956, p. 410).

Além disso, Francisco Campos não deixou de economizar críticas ao jus-naturalismo e suas concepções acerca de direitos absolutos inatingíveis por restrições do Estado. Não se pode deixar de observar a rejeição de certos ideais burgueses com a adoção de um realismo calcado em uma primazia da coletividade, a crítica ao solipsismo filosófico e [à] *concepção metafísica do direito natural, anterior e superior à convivência humana organizada, e absolutamente estranha às conveniências e exigências sociais* (*Ibidem*, p. 409).

Já nesta fase jovem de sua atuação política e intelectual, Campos lança mão de um expediente que vai se tornar significativamente recorrente em seu pensamento jurídico, a referências ao direito estadunidense e seus pensadores.

Quando a discussão acerca da limitação à concessão de novas provisões é inserida, pelos adversários, na gramática da proibição de efeitos retroativos da lei, Francisco Campos busca enxergar a renovação das licenças para o exercício da advocacia não como um direito subjetivo imune às intervenções do Poder Público, mas como um direito objetivo do Estado em regulamentar as profissões. A perspicácia do antiliberal é incontestável e capaz de conquistar parte de seus colegas presentes na sessão, como demonstram as transcrições.

De modo a arrematar suas posições pela restrição aos *provisionados*, Campos lança mão de uma entusiasmada crítica ao direito natural e suas concepções de garantias individuais absolutas. Não obstante, a crítica não vem na forma de uma rejeição radical, mas na concepção de um anacronismo das proposições políticas das revoluções burguesas que derrubaram o absolutismo, classificadas como *fraseologia romântica*. O parlamentar entende que tal liberalismo, veiculado através das ideias do direito natural, teve sua necessária função histórica, mas está relacionado ao *espírito inorgânico das revoluções*. Cumpre ao direito daquela modernidade adequar-se ao espírito da ordem, com fundamento nas conquistas do passado. Fica nítido outro eixo estruturante do pensamento do autor, qual seja, o seu realismo exacerbado, ao defender uma interpretação do direito *prática e viva*, que adapte a *lei à vida*. Vemos a influência clara da vertente da Escola Sociológica do Direito, oriunda do pensamento norte-americano (GARCIA NETO, 2008).

Já é passado o tempo, Sr. Presidente, da concepção do Direito como instrumento de desintegração social; da liberdade como um direito natural, superior e anterior à formação orgânica da sociedade; ambos, direito e liberdade, não passam de formas e modalidades da existência social, ou de órgãos destinados a uma função social específica, qual

a de harmonizar os interesses individuais com os interesses sociais, formulando o estado de equilíbrio entre as tendências e as aspirações do indivíduo e as exigências práticas, as necessidades e as precondições inerentes a qualquer forma orgânica de convivência humana. [...] Não concebo, pois, Sr. Presidente, uma constituição política como instrumento dogmático, em torno do qual vivamos a realizar ginásticas de espírito e exercícios de metafísica jurídica, mas como instrumento vivo de regulamentação social, como instrumento de que se serve a sociedade para a organização e a disciplina de sua vida. (*Ibidem*, p. 418)

Em seguida, Francisco Campos passa a debater sobre o tema que confere título ao texto e que também possuía pertinência para os temas tratados pelo então projeto de emenda constitucional, a saber, a autonomia dos municípios mineiros. Primeiramente, o jurista faz questão de afastar o conceito de *autonomia* dos entes federativos do âmbito jurídico. Leva-o para o campo da política prática. Assim, passa a se delinear uma vigorosa defesa da limitação dos poderes dos municípios e defesa de ideais unitários, da mesma forma que condenou o caráter insuscetível a restrições do direito natural, também condenou a imunização completa do grau de autodeterminação dos municípios. Tendo em vista que considerou a interpretação do conceito de *autonomia* como uma interpretação larga e política, Campos retira das experiências estrangeiras de autonomia municipal os subsídios para seus argumentos no parlamento mineiro. Recorre então, como seria esperado, ao *self-government* das cidades norte-americanas, e suas respectivas limitações. Reverberando um claro apreço pela cultura jurídica estadunidense, Francisco Campos, ao final, destila todas as suas críticas ao ambiente político dos municípios da República Velha, em especial ao seu sistema eleitoral.

[O] que eu pretendo mostrar é que nesses países em que o “self-government” constitui o berço da nacionalidade e o reservatório das energias nacionais, em que, ao invés de um ornamento oratório ou um verdadeiro organismo econômico, político e administrativo, – nesses próprios países nunca se atribuiu à palavra autonomia a inteligência absoluta, que se lhe pretende dar entre nós. (*Ibidem*, p.428)

O que enxergamos nos discursos de Campos nesse período é o despontar de um pensamento autoritário pela crítica à deficitária democracia vigente, mas ainda na defesa de instituições liberais, à luz das exigências políticas de seu tempo.

Iniciada a legislatura federal em 1921, Francisco Campos protagonizou alguns debates que mantinham relação direta com as crises políticas enfrentadas pelo governo federal no contexto de ascensão do movimento tenentista.

Sua candidatura durou até 1926, período no qual compôs o bloco parlamentar liderado pelo correligionário Antônio Carlos. Em *Crimes Políticos e o Julgamento pelo Jury*, também parte *Antecipações à Reforma Política* (1940), defende um modelo de processo penal célere, centralizado na figura do julgador e antidemocrático. Tendo como pano de fundo as Revoltas de 1924, ainda um resquício do movimento de 1922, Campos e sua bancada defendiam que os crimes políticos ali cometidos fossem processados pelo juízo singular ao invés do tribunal júri. No projeto de lei, os chamados crimes de sedição, perpetrados pelos revoltosos de São Paulo, deveriam ser processados diretamente por agentes do Estado, sob o argumento de que a simples existência do *regimen das liberdades individuais* no Brasil daquela época seria garantidor de um julgamento independente e imparcial. O cinismo do então deputado não deixa de ser latente, tentava transferir para as mãos do Estado o julgamento de líderes que poderiam gozar de respaldo político entre os populares.

Ora, Sr. Presidente, esta a origem, este o papel que o Jury foi chamado a representar e a exercer, no passado. Instaurado, porém o regimen da lei... [...] o regimen das liberdades individuais, desde que o individuo seja submettido a julgamento e condemnado em virtude de lei preexistente e respeitados todos os termos e todas as garantias de defesa, não se poderá dizer em bôa mente e com razão que o individuo assim julgado se encontre desgarantido ou se ache confiada a sua sorte aos azares e ao arbitrio de um poder discricionario. (CAMPOS, 1940, p. 164)

O casuísmo do projeto de lei não pôde deixar de ser admitido pelo próprio Francisco Campos, no debate árduo que travou com o Deputado Adolfo Bergamini (1886-1945), ocasião na qual desnudou o seu pragmatismo e manifestou seu apoio ao Governo Federal em detrimento dos revoltosos.

Pois bem: é assim este projecto [casuístico], e tem razão de ser assim [...] não são acontecimentos normaes e permanentes. Elles constituem pelo seu character e pela sua gravidade este estado de necessidade por parte da Nação que lhe aconselha a tomar as medidas ainda as mais excepcionaes e mais extremas, destinadas a defender não o Governo, porque a causa que ora se pejeja nos gloriosos campos de Piratininga, não é a causa do Governo, mas a causa da Nação. (*Ibidem*, p. 175).

O projeto de lei que tinha um destinatário certo não se limitou às definições de competência para o julgamento dos crimes políticos. Também trazia outras medidas que enfraqueciam as garantias do acusado, como a possibilidade de o Ministério Público apenas instruir a denúncia com os documentos do inquérito policial e a prescindibilidade da presença do réu quando do seu julgamento, tudo direcionado aos insurretos.

Em discurso proferido em maio de 1925, sob o título de *Revolução e Voto Secreto*, o jurista mineiro rebate com significativa veemência os termos do manifesto escrito por Assis Brasil em favor da Aliança Libertadora, responsável pela Revolução de 1924. O manifesto, que consistia em uma crítica às instituições da república, nos moldes do tenentismo, manifestava que a falta de representatividade política estava entre as mazelas do país. Para solucionar essa lacuna democrática, Assis Brasil, de seu exílio no Uruguai, propunha a instituição do voto secreto.

É a partir daí que Campos passa a disputar outra posição na crítica à República Velha, uma na qual a participação popular passa a ser repudiada. O mesmo crítico dos excessos da democracia liberal não economiza argumentos contra a ideia de distribuição do poder político.

O voto secreto não suprime, portanto, o fenômeno, tão malsinado pelo Sr. Assis Brasil, da organização do sufrágio universal pela minoria política, que o dirige e o encaminha, conferindo-se por intermédio dele a representação política. Nem no Brasil, nem parte alguma do mundo. Não será uma fórmula legal que há de remover uma fatalidade inerente a todos os processos de elaboração coletiva. Contra esta fatalidade, pode o Sr. Assis Brasil promover quantas revoluções quiser: mais forte do que as ideologias dos pregadores é a natureza humana. [...] O voto eficiente pressupõe, portanto, um eleitorado culto. Sem isto a representação não pode ser real e efetiva, pois que a representação não se refere, apenas, à vontade dos eleitores, senão aos interesses coletivos. (*Ibidem*, pp. 187-188)

O jurista também não deixa de desferir críticas ácidas à proposta de Assis Brasil de definir a investidura de magistrados a partir de concursos públicos. Em um comentário que não poderia ser mais antiliberal, Campos acusa Assis Brasil de eliminar todo o *elemento vivo de suas equações políticas* (*Ibidem*, p. 191). O discurso termina com significativos elogios ao então Presidente da República, o mineiro Artur Bernardes. *Voto Secreto e Revolução* é a amostra mais nítida do projeto antiliberal de Francisco Campos, que consistia em um autoritarismo que determinasse os rumos da nação de *cima para baixo* (MEDEIROS, 1974).

Boa parte das hostes que compuseram a Aliança Libertadora de Assis Brasil irá integrar a Aliança Liberal que conduzirá a Revolução de 1930 e alçará Francisco Campos e seus aliados de Minas Gerais para o governo federal. Os discursos parlamentares de Campos contra o movimento tenentista, sempre em favor dos *interesses constituídos e dos direitos adquiridos* podem soar como flagrantes contradições, mas revelam a ligação incondicional do jurista com as injunções políticas de seu tempo.

Após deixar o parlamento federal, Francisco Campos rumou para a Secretaria do Interior de Minas Gerais, integrando o Governo de Antônio Carlos. No posto, foi responsável por uma impactante reforma no sistema educacional do Estado. São nos textos publicados na coletânea de discursos *Pela Civilização Mineira* (1920) que podemos perceber a faceta mais reformista e modernizadora de Francisco Campos, intensamente ligado aos debates mais contemporâneos no âmbito da psicologia da educação e pedagogia. Tanto no discurso de posse da Secretaria do Interior, de 1926, quanto na exposição de motivos do novo regulamento do Ensino Normal de Minas Gerais, de 1928, foi possível observar as tendências por uma modernização *de cima para baixo*. Citando pensadores da psicologia da educação que foram importantes na Escola Nova, como o filósofo americano John Dewey (1859-1952) e o pedagogo francês Edouard Claparède (1873-1940), Campos propalava a necessidade de criar uma elite intelectual que tomasse para si os rumos da nação e de Minas Gerais.

Em Minas Gerais, Francisco Campos, apesar de suas concepções antiliberais no plano da organização política, não hesitou em introduzir a Escola Nova, mobilizando os professores através dos congressos de instrução, da remodelação da Escola Normal, da criação da Escola de Aperfeiçoamento, da construção de bibliotecas e da renovação da Realista do Ensino. Se até a reforma baiana as mudanças propostas resultavam de posições doutrinárias associadas ao republicanismo e à democracia, a partir da reforma mineira inverte-se o processo, ou seja, procura-se conceber como as instituições escolares devem funcionar num regime republicano e democrático. Através de sucessivos decretos, entre 1927 e 1928, regulamenta-se o ensino primário mineiro e renovam-se os programas das escolas normais. (NUNES, 2001, p. 106)

O ESBOÇO DO ESTADISTA

Francisco Campos nunca deixou de corporificar a tensão entre o pensador e o estadista, condição que vai acompanhá-lo até seus últimos anos. Nesta primeira fase de sua vida política e intelectual, vemos um crítico da então democracia liberal instaurada em 1891 que adotou o viés do autoritarismo reformista. Ao passo que criticava as instituições da República Velha repudiava, igualmente, as sublevações tenentistas e a alternativa liberal de Assis Brasil. A mudança deveria ocorrer única e exclusivamente dentro da ordem estabelecida, sem qualquer tipo de convulsão que ameaçasse os *interesses constituídos e os direitos adquiridos*, o que implicou em ser um defensor ferrenho da ordem política que veio a ser derrubada em 1930 e o lançou para a cena política na-

cional. O jurista mineiro tinha um sentido claro para suas proposições, a adequação das instituições políticas e jurídicas às demandas de seu tempo. Tal sentido emerge a partir de um diagnóstico do anacronismo daquele modelo institucional que o Brasil viva (JASMIN, 2007). A nova sociedade que nascia das primeiras décadas do século XX era uma sociedade de massas, como bem tratado em *A Doutrina da População*, que demandava uma nova ordem política e jurídica. Quanto à primeira, consistia em imperativos contrários ao liberalismo burguês, já a segunda tinha como preceitos básicos um realismo que rejeitasse a primazia dos conceitos e das formas, influenciado tanto pelo naturalismo dos juristas brasileiros do século XIX quanto pelos realistas norte-americanos. Ambas refletiam a desconfiança para com as distorções causadas pelo modo de produção capitalista, longe de transformar o jurista em um adepto das lições de Marx. No pensamento de Francisco Campos, um dos pilares do autoritarismo brasileiro, política e teoria do direito caminham juntas, mesmo quando as contingências da primeira prejudicam a consistência da segunda. A despeito da sua ligação com as tendências intelectuais de seu tempo, em especial com as mais modernizadoras, não é possível conceber as mesmas como um enfraquecimento ou uma contradição de seu autoritarismo. A reforma do ensino em Minas Gerais, por exemplo revela justamente o pragmatismo centralizador, compromissado com a tecnicidade e com a ordem burocrática da educação pública, ainda que tivesse optado pela instituição do ensino religioso (FAUSTO, 2001, p. 66). A adaptabilidade deste jurisconsulto não é uma singularidade que demanda uma análise mais condescendente de suas propostas, mas reflete justamente as injunções nas quais o pensamento autoritário brasileiro estava inserido.

3. SEGUNDA FASE: A CHEGADA AO GOVERNO PROVISÓRIO E A CONSTRUÇÃO DO ESTADO NOVO

Quando a política de revezamento do Governo Federal entre os estados de São Paulo e Minas Gerais entrou em crise, tendo em vista a insistência de Washington Luís em indicar o paulista Júlio Prestes como seu sucessor, o arranjo das oligarquias regionais que marcou a primeira república deu indícios de sua ruína. É nessa conjuntura que as principais forças políticas de Minas Gerais costuraram uma aliança com o Rio Grande do Sul e a Paraíba em torno das candidaturas de Getúlio Vargas e João Pessoa para a presidência e vice-presidência, respectivamente. As negociações que resultaram no acordo que resistiu aos interesses de São Paulo foram conduzidas em parte pelo então pre-

sidente de mineiro Antônio Carlos, aliado político de Francisco Campos e figura preterida na disputa pelo Governo Federal. Foi o próprio Campos que representou o governo de Minas Gerais no chamado *pacto do hotel da glória*¹¹, em 1929, de onde surgiu a chamada Aliança Liberal. Com o pacto, Minas Gerais se comprometeria a apoiar um candidato gaúcho caso Washington Luís insistisse na candidatura de Júlio Prestes. (MALIN, 2001). Com a derrota de Getúlio Vargas nas eleições de março de 1930, as inquietações das forças políticas abrigadas na Aliança Liberal apontavam para uma revolta armada. Contudo, muitas figuras ainda se mantinham reticentes com tal possibilidade, especialmente aquelas que não eram tão próximas às orientações do movimento tenentista, como era exatamente o caso de Antônio Carlos. O estopim que reacendeu tal possibilidade foi o assassinato de João Pessoa em 1930. Boa parte da historiografia indica que a morte não foi motivada por questões políticas, mas é indubitável que o fato era uma grande oportunidade a ser explorada pela Aliança Liberal, que assim o fez. O conflito foi iniciado em 3 de outubro de 1930 muito por conta da subida de Olegário Maciel ao posto de presidente do estado de Minas Gerais, que tinha uma inclinação maior pela opção armada comparado a Antônio Carlos (*Idem*). A insurreição teve início no Rio Grande do Sul e Minas Gerais. Antes mesmo que as tropas pudessem alcançar a capital federal, Washington Luís foi deposto por uma junta militar que entregou o poder para Getúlio Vargas em novembro de 1930. Tinha início, assim, o governo provisório aliancista. Nesse contexto, Francisco Campos recebe o Ministério da Educação e Saúde Pública e torna-se um representante do estado de Minas Gerais, e de suas forças políticas, como o presidente Olegário Maciel, junto ao recém-instalado Governo Vargas. Até mesmo Victor Nunes Leal afirmará, em 1980, que a presença de Campos no governo se deu *porque Minas fez a revolução e era ele uma das figuras mais eminentes desse estado*.¹² Em 1931 ajudou a fundar, ao lado de Gustavo Capanema e o integralista Amaro Lanari, a Legião Mineira, um braço da Legião de Outubro em Minas Gerais. Esta era uma agremiação política, de contornos fascistas, que tinha como objetivo difundir os ideais do tenentismo e da Revolução de 1930, rivalizando com o PRM. Através da leitura do diário do então Presidente, fica muito claro que Campos nunca foi um aliado pessoal e Getúlio não economiza insinuações de possíveis conspirações, principalmente nos anos iniciais do governo provisório (VARGAS, 2001, p. 72). Quando o jurista abandona o Estado Novo em 1945, essa tênue ligação fica evidente.

11 O nome faz referência ao Hotel da Glória, na capital fluminense, local onde as negociações tiveram palco.

12 CPDOC, 1982.

Permanecendo no Ministério da Educação e Saúde Pública até 1932, foi responsável por significativas reformas, em especial no âmbito do ensino superior e secundário no País. Após esse período, passou por diversos cargos públicos, uma volatilidade que refletia a atmosfera do Governo Provisório e das crises políticas em Minas Gerais. Tentou eleger-se deputado da Assembleia Constituinte de 1934, mas não obteve sucesso. Em 1937, ano em que assumiu o Ministério da Justiça, Campos articulou o arcabouço jurídico e institucional do Estado Novo, instaurado em 10 de novembro. Permanece na pasta até 1945, quando rompe com o Governo Vargas. Todo o interregno entre a instauração do governo provisório e fim do Estado Novo consagra o jurista como um reformador da educação, das instituições jurídicas — como a reforma das legislações processual penal e processual civil — e, o que não poderia deixar ser mais óbvio, das instituições políticas (MEDEIROS, 1974, p. 79).

É nessa situação, de estadista da ordem instaurada com a Revolução de 1930, que Francisco Campos desenvolve sua obra definitivamente mais autoritária. Se nos discursos dos anos 1920 ainda mantinha uma defesa dos grupos políticos combatidos pelo tenentismo, o Estado Novo revela o seu cesarismo que produzirá as principais ideias do constitucionalismo antiliberal brasileiro. O período que vai de 1937 a 1945 conduzirá Francisco Campos ao rol dos principais pensadores autoritários, ao lado de Azevedo Amaral e Oliveira Vianna. Torna-se um legítimo anticomunista do regime, onde atuará ao lado de Góis Monteiro e Filinto Müller. Analisaremos a obra que melhor traduz essa fase do pensamento campiano, *O Estado Nacional: sua estrutura, seu conteúdo ideológico* (1940), que reúne discursos, entrevistas e outros textos do jurista.

O IDEÓLOGO DO ESTADO NOVO

Em *A política e o nosso tempo*, discurso proferido na Escola de Belas-Artes em 1935, Francisco Campos reúne as principais ideias que vão compor o intelectual e político do Estado Novo. É, sem dúvida alguma, um dos textos mais recorridos por aqueles que pretenderam interpretar o pensamento do jurista mineiro, como foi o caso de SANTOS (2007), FAUSTO, (2001) e LAMOUNIER ([1978]1997). Isso porque constitui um paradigmático diagnóstico que o autor fez de sua época. O discurso tem início com as considerações do então Ministro da Educação sobre uma era que trazia novas questões para todos os âmbitos da vida humana. Diante disso, seu mote era *educação para o que der e vier*, que pretendia sintetizar sua resposta para um mundo de incertezas. Campos propunha *uma educação para problemas, e não para soluções, não para este ou aquele regime de vida, pois não se sabe ou não se acredita saber em*

que quadro de linhas móveis e flutuantes irá o homem viver (CAMPOS, 1940b, p. 14). Esse relativismo radical das previsões do jurista irá desaguar nos conceitos de *teologia política* e do *mito* soreliano, que ocupam um lugar central em sua análise. Muito diferente daquele intelectual que precedeu a Revolução de 1930, o ministro do Governo Vargas tentava dar respostas, para além dos limites da racionalidade, a um mundo decepcionado com as instituições edificadas até então. É assim que concluirá que a nova sociedade de massas do século XX trouxe o primado da irracionalidade.

Assim se instalava no centro da vida o primado do irracional, e, em se tratando de formas coletivas de vida, o primado do inconsciente coletivo, por intermédio de cujas forças subterrâneas ou telúricas se tornava possível realizar, de modo mais ou menos completo, a integração política, que o emprego da razão somente obtivera de maneira precária e parcial. O irracional é o instrumento da integração política total, e o mito que é a sua expressão mais adequada, a técnica intelectualista de utilização do inconsciente coletivo para o controle político da nação. Assim, as filosofias antiintelectualistas forneciam aos céticos não uma fé ou uma doutrina política, mas uma técnica de golpe de Estado. (*Ibidem*, p. 19)

Assim, o manuseio da irracionalidade das massas passava a ser a nova técnica política de seu tempo. A principal expressão dessa técnica política é o advento de um líder que consubstancie todos os anseios da nação através de uma representação democrática que não passa pela ideia do sufrágio. Trata-se o César, um mito político soreliano personificado.

As massas encontram no mito da personalidade, que é constituído de elementos de sua experiência imediata, um poder de expressão simbólica maior do que nos mitos em cuja composição entram elementos abstratos ou obtidos mediante um processo mais ou menos intelectual de inferências e ilações. (*Ibidem*, p. 23)

Ao afirmar que *[n]ão há hoje um povo que não clame por um César*, Campos pretendia realizar uma crítica ao liberalismo que ia muito além daquelas realizadas nos anos 1920. Se naquela época se reservava a criticar o jusnaturalismo das revoluções burguesas, agora pretende criar uma nova concepção de representação democrática que atendesse às particularidades de uma sociedade de massas. Vale ressaltar que os desdobramentos de uma *superpopulação urbanizada* acompanhavam Francisco Campos desde 1916, como pôde ser observado em *A Doutrina da população*.

Essa influência traduz-se, de modo particular, pelo divórcio, hoje confessado, entre a democracia e o liberalismo. O sistema democrático-liberal fundava-se, com efeito, no pressuposto de que as decisões políticas

são obtidas mediante processos racionais de deliberação e de que a dialética política não é um estado dinâmico de forças, mas de tensão puramente ideológica, capaz de resolver-se num encontro de idéias, como se se tratasse de uma pugna forense. [...] O sistema intelectual, que constitui o pressuposto ou a premissa maior inarticulada do liberalismo do século passado, construiu o mundo político à imagem do mundo forense, ampliando ao plano ou ao teatro da ação política as categorias formalísticas do processo do foro (*Ibidem*, p. 24).

A irracionalidade das massas demandaria então o uso de instrumentos que protegessem a verdadeira democracia contra os males do liberalismo constitucional. O que subsiste por trás desta constatação não poderia ser outra coisa senão a dicotomia schmittiana entre democracia formal e democracia substancial, como já constatado por SANTOS (2007).

O sistema constitucional é dotado de um novo dogma, que consiste em pressupor, acima da Constituição escrita, uma Constituição não escrita, na qual se contém a regra fundamental de que os direitos de liberdade são concedidos sob a reserva de se não envolverem no seu exercício os dogmas básicos ou as decisões constitucionais relativas à substância do regime. [...] Assim, a democracia, para salvar as aparências de racionalização do seu sistema político, recorre, como ultima ratio ou como recurso de defesa dos resíduos do liberalismo, a que ela sempre esteve tão intimamente associada, aos processos irracionais de integração política, transformando as decisões fundamentais, sobre cuja correção não admite controvérsias, em dogmas, em relação aos quais, como nas teologias políticas antiliberais, exige, pelo menos, as marcas exteriores do assentimento e da conformidade. (*Ibidem*, p. 28)

A configuração nova da sociedade emergida no século XX teria colocado a própria democracia contra seus princípios, uma vez que a complexidade da ação de governar, trazida pelos adventos da revolução industrial, tornou inconcebível a submissão das decisões de Estado ao *fórum da opinião pública* (*Idem*, p. 30). As questões de governo mais cruciais são inacessíveis à compreensão ou ao interesse público, já que não mobilizam paixões irracionais. Assim, torna-se inevitável o surgimento de um governo não suscetível ao escrutínio público. Aqui vemos a manifestação de uma característica que nunca abandonou este intelectual do poder, a sua perspectiva elitista e tecnocrática da política, que sempre se viu reticente diante da possibilidade de apropriação popular das decisões do Estado. Para salvaguardar os interesses gerais, a democracia empregava as *técnicas do Estado totalitário*, por mais paradoxal que esse uso pudesse soar. Segundo o jurista, as inovações científicas de sua época eram responsáveis,

contraditoriamente, por tornar irracional a opinião pública, através dos artifícios da propaganda política, que levam a população ao delírio *graças ao progresso que nos deu a imprensa de grande tiragem, a radiodifusão, o cinema, os recentes processos de comunicação* (*Ibidem*, p.30). Campos consegue alcançar uma de suas mais consagradas constatações, que não poderia deixar de ser mais schmittiana, qual seja, o anacronismo da instituição do parlamento e da concepção racional e consensual de deliberação democrática.

As formas parlamentares da vida política são, hoje, resíduos destituídos de qualquer conteúdo ou significação espiritual. As próprias massas já perceberam que as tensões políticas se deslocam para outro plano de dimensões proporcionais às das forças em conflito, e que não se trata, no processo político, de resolver uma divergência de idéias ou de pontos de vista intelectuais, mas de compor um antagonismo de interesses, cada um dos centros em conflito fazendo o possível para reunir a maior massa de forças, a fim de que a decisão final lhe seja inteiramente favorável. [...] Para as decisões políticas uma sala de parlamento tem hoje a mesma importância que uma sala de museu. Há um episódio que desenha, com traços de caricatura, a situação de perplexidade a que chegaram os parlamentos. (*Ibidem*, pp.33-34)

O jurista do Estado Novo consolida a sua adesão à perspectiva *decisionista* da política, já que esta não pode deixar de ser um eterno campo do *antagonismo*. Ou seja, diante de uma irracionalidade, não há alternativa senão vocalizar a vontade popular através de meios diversos do consenso ou do debate liberal-constitucional. O direito é a vontade do líder. Para exemplificar esta tendência, Campos menciona os regimes totalitários da Itália e Alemanha, sem, contudo, se filiar à defesa do totalitarismo. O jurista não deixa de tecer críticas a esses regimes, mas encara-os como tendências inevitáveis. Ao contrário do totalitarismo, Campos adere a uma clara divisão entre Estado e Sociedade, esta é a mesma conclusão alcançada por Jarbas Medeiros.

Não encontramos nenhum texto de Campos, ao longo de toda a sua obra, em que ele se reconhecesse expressamente adepto do fascismo ou do nacional-socialismo, mesmo na década de 30. Nem mesmo o salazarismo é referido. Como se verá, ele sempre há de se referir à democracia como modelo ideal de regime político, se bem que sempre se declarando decididamente antiliberal. Suas críticas ao Estado liberal, até 1945, foram invariavelmente virulentas e sarcásticas. O que expressamente ele fazia era postular uma democracia “de novo tipo”. Durante a II Guerra Mundial, já em 1942, declara-se contrário à Alemanha nazista, defendendo nossa aliança com os Estados Unidos. (MEDEIROS, 1974, pp. 84-85)

Como conclusão, podemos afirmar que *A política do nosso tempo* comporta tanto um prognóstico analítico, que descreve uma nova ordem social decadente — ou apocalíptica, como denominou MEDEIROS (*Ibidem*, p. 86)—, quanto um arcabouço normativo, que defende o sepultamento das instituições da democracia liberal como único instrumento de superação dos desafios da modernidade.

As novas instituições jurídicas que o ministro do Estado Novo criava, estavam destinadas a ser não mais que uma modernização cautelosa, que ainda assegurasse as bases da sociedade brasileira. Aqui vemos ressurgir o reformador que pretendia assegurar *os direitos adquiridos e os interesses constituídos*. A despeito de enaltecer todo o ímpeto inovador da Revolução de 1930 em *Diretrizes do Estado Nacional* (1937), deixou claro que não pretendia extirpar radicalmente o que o ordenamento jurídico havia edificado ao longo dos séculos.

Agravara-se com o tempo e com o retorno ao que, por eufemismo se chamara de normalidade, o contraste entre as realidades e as fórmulas jurídicas do Estado, a inadaptação dos textos básicos à verdade da vida brasileira, a divergência irreduzível entre os preceitos teóricos e a situação objetiva a que tinham de ser aplicados. Os erros e os vícios de origem da velha ordem estabelecida tornaram-se tão evidentes que o seu conhecimento não se limitou às elites, mas se estendeu às multidões, formando-se um só juízo quanto à necessidade de transformar-se o sistema institucional para não sacrificar irremediavelmente o que construímos e levantamos de brasileiro em quatro séculos de Brasil. (CAMPOS, 1940b, pp. 41-42).

No mesmo texto, a crítica à democracia partidária e ao sistema político representativo possui os mesmos princípios dos textos antiliberais da década de 1920, com a diferença de carregar uma crítica muito melhor delineada. O conflito partidário é definido como *guerra civil organizada e codificada* (CAMPOS, 1940b, p. 43). Assim, assegurar a ordem e a paz, bem como canalizar os interesses da nação, torna-se sinônimo de fortalecer o Poder Executivo em detrimento dos parlamentos e das agremiações partidárias. Haveria um divórcio insuperável entre a sociedade e o parlamento. Campos não deixa de endereçar uma crítica expressa a reconstitucionalização de 1934, que foi enxergada como uma tentativa de *restauração* destinada a minar os destinos da Revolução de 1930. E a tônica dessa crítica era principalmente o caráter anacrônico daquela constitucionalização, diante da crise generalizada que representava década.

O manifesto de 10 de novembro, para Campos, era a vocalização de um Brasil *que estava enjoado* de sua classe política e da *babel* de partidos. A demo-

cracia de massas não seria capaz de mobilizar significativos contingentes em torno das grandes questões do Estado, levando o regime a ser vítima do absentéismo inevitável. As propagandas partidárias e campanhas políticas seriam, então, conduzidas pela demagogia de candidatos que teriam única e exclusivamente interesses particulares. O que o Estado Novo fez foi alargar as competências de um Poder Executivo regulador e limitar o instituto do sufrágio a questões de simples apreensão pelas massas, uma vez que as decisões técnicas deveriam ser tomadas pelas elites da burocracia do Estado. O jurista nunca deixou de ter como paradigma a ingenuidade da opinião popular.

Não abandonou, porém, nem podia fazê-lo, o sufrágio universal. Reservou-lhe o papel próprio ou a função mais adequada à sua natureza. Ao sufrágio universal são submetidas apenas as questões que são da sua competência própria, questões essencialmente políticas, eminentemente políticas, colocadas em termos simples e gerais, suscetíveis de interessar realmente o povo e para cuja decisão não se exija da massa eleitoral senão a vista panorâmica da vida política. (*Ibidem*, p. 52)

Um dado que não poderia ser mais exemplificativo da *modernização conservadora* empenhada por Francisco Campos é o fato de a Constituição de 1937 ter positivado muitos aspectos da realidade factual da república velha e tal positividade ter sido defendida pelo jurista como uma inovação. Isso ocorreu na criação do Colégio Eleitoral do Presidente da República pelo art. 82, cujos integrantes eram indicados pelas câmaras municipais. A justificativa de Campos foi nada menos do que o fato de que na Primeira República, apesar de comportar um sistema de eleições diretas, pela prática oligárquica, elas já eram factualmente indiretas.

A corporação municipal representa, realmente, o município; o único prestígio político é o prestígio municipal. Tomando em consideração essa realidade, a Constituição de 10 de novembro utilizou o município diretamente como órgão constituinte dos poderes, seja na eleição da Câmara dos Deputados, seja pela designação, pelos municípios, da maioria dos membros do colégio eleitoral do presidente da República. Nisto, não fez mais do que dar expressão legal a uma realidade: a eleição geral e direta no Brasil já era, com efeito, uma eleição puramente municipal. (*Ibidem*, p. 53).

Campos, ao contrário de boa parte do pensamento autoritário brasileiro da época, não buscava respostas na realidade nacional. Antes de tudo, era um intelectual que consultava as sociedades e os ordenamentos estrangeiros.

Quase toda a legislação recente na Inglaterra é feita por Orders in Council e Departmental Regulations, isto é, legislação pelo Executivo,

mediante delegação de poderes. Nos Estados Unidos, país em que sempre existiu a prevenção dos tribunais contra a delegação, a legislação pelo Executivo, ou delegada, constitui hoje a massa mais importante da produção legislativa. (*Ibidem*, p. 54).

A Constituição de 1937 materializa todas as intenções de construir um Estado forte e interventor, rejeitando a concepção de uma constituição integralmente negativa, que se restringe a definir a limitação dos poderes públicos. Aquela modernidade exigia uma constituição que fosse *positiva* na construção de uma nova ordem estatal, inclusive para a criação de direitos sociais. O jurista retoma suas críticas ao liberalismo econômico ao abordar a relação entre este, o marxismo e corporativismo. Tal qual na *Doutrina da População*, o *laissez-faire* não consubstancia uma liberdade material e substantiva dos agentes econômicos, mas uma liberdade dos fortes, *dos gângsters* (*Ibidem*, p. 66). O maniqueísmo da crítica não deixa de lembrar os termos usados décadas antes pelo candidato a lente substituto, que condenava os impulsos do *moloch capitalista* (CAMPOS, 1916, p. 66). A crise de 1929 ainda ressoava no imaginário social e as preocupações com a especulação financeira e com o descompasso entre oferta e demanda eram latentes.

Não obstante, se filiando com veemência ao seu anticomunismo, defendia que apenas o corporativismo poderia frear a chegada da sociedade moderna ao regime que já assentava suas bases em alguns países do mundo¹³. As corporações profissionais seriam responsáveis por um aprofundamento da liberdade econômica, uma vez que confeririam a regulação do setor aos próprios trabalhadores, simultaneamente uma limitação da liberdade individual e um fortalecimento da liberdade coletiva. Assim, as corporações, tal como ocorreu nos sindicatos da Era Vargas, serviriam como verdadeiros tentáculos do Estado. Elas seriam responsáveis por suprimir a falácia da livre concorrência, que apenas teria servido ao grande capital e conduzido à crise, substituindo-a por um *Estado independente, autoritário e justo* (CAMPOS, 1940, p. 66).

Não podemos afirmar que Campos foi um grande teórico do corporativismo no Brasil, que encontra em Oliveira Vianna seu maior expoente. Um

13 Aliás, o comunismo como resultado da crise do Estado liberal é melhor definido em outros trechos, como o seguinte: “Se identificarmos a democracia com o Estado liberal, chegaremos à conclusão absurda de que a democracia é um regime nocivo aos interesses sociais, porque do liberalismo nasceu a antítese marxista. O marxismo é inegavelmente um fruto espiritual do liberalismo, que, para realizar uma pretensa democracia, bradou o slogan contra o Estado autoritário. Da guerra ao Estado autoritário surgiu a democracia liberal, que deu origem ao comunismo, cujo desfecho necessário, do ponto de vista prático, é a ditadura sangrenta de Stalin. Se a democracia fosse o liberalismo, teríamos de combatê-la, para assim combater o comunismo e o stalinismo.” (CAMPOS, 1940b, p.75)

exemplo disso é o fato de que Evaldo Vieira, na minuciosa análise contida em *Autoritarismo e Corporativismo no Brasil* (1987), nem mesmo traz qualquer menção a Francisco Campos quando da contextualização histórico- intelectual da obra de Oliveira Vianna (VIEIRA, 2002).

Esses pequenos comentários sobre o corporativismo, porém, não podem desprezar o papel que tais ideias tiveram na obra do redator da Constituição de 1937. A despeito da brevidade, elas evidenciam o compromisso com uma legislação econômica e social mais orientada pela justiça distributiva. O modelo corporativista do Estado Novo idealizado por Francisco Campos dá conta de exibir todas as particularidades do modelo autoritário que se instalou no Brasil daquela época, particularidades estas que dificilmente podem ser abarcadas em sua totalidade pelas vias hermenêuticas do corporativismo (SANTOS, 2016, p. 306).

Os comentários que Campos faz ao capítulo *Da Educação e da Cultura*, da Carta Constitucional de 1937, reforçam o compromisso do regime com a sociedade de massas. A educação profissionalizante das classes menos favorecidas passa a ser uma preocupação mais significativa do que a formação de elites intelectuais, pensamento que guiou as reformas do ensino em Minas Gerais. Nessa toada, o texto legal estende às industriais e aos sindicatos profissionais o dever da promoção do ensino técnico. A educação é vista pelo prisma da finalidade do desenvolvimento econômico do Estado, o que sustenta uma veemente crítica aos fundamentos do ensino liberal, tidos como puro intelectualismo (CAMPOS, 1940b, p. 66).

O tratamento à imprensa também não foge dos moldes do autoritarismo. Influenciado pelos temores acerca do poder da manipulação das massas pelos meios de comunicação, Campos vê o controle da imprensa como um imperativo do interesse público. Para o jurista, o campo da disputa política tinha se deslocado do parlamento para as difusões em massa de informações, era a filosofia da história decadentista novamente presente em seu pensamento.

Ao comentar a Constituição de 1937, *Diretrizes do Estado Nacional* traz a imagem de uma carta que não poderia ser mais política, veiculando a salvação de uma nação diante de um mundo em decadência.

A Constituição de 10 de novembro não é agnóstica. Ela reconhece ideais e valores, e retira-os do fórum da livre discussão. São valores indiscutíveis, porque constituem condição da vida nacional. Se, com isto, um fútil intelectualismo é privado do prazer de dançar em público com certas idéias elegantes e suspeitas, a Nação ganha em substância,

em consciência de si mesma, em tranquilidade, bem-estar e segurança. (CAMPOS, 1940b, p. 69)

O *Estado Nacional* também contém os consagrados comentários de Francisco Campos acerca das reformas jurídicas que empreendeu, onde fica mais fácil constatar que o autor recorre a ideias que já eram trabalhadas pelo mesmo nos anos 1920. Um exemplo disso é a retirada do princípio da irretroatividade do texto da Constituição no âmbito das matérias não penais. Para Campos, o Legislativo não poderia estar privado do poder de modificar as relações jurídicas já consubstanciadas, sob o risco de imobilizar o Estado para reformas que fosse do interesse coletivo. Apesar de reconhecer a importância da segurança jurídica para a relação entre sociedade e poder público, não deixa de condenar o princípio liberal que torna a irretroatividade norma imutável.

A não retroatividade das leis, postulada como proibição ao Poder Legislativo, não passava de um exagero do individualismo jurídico e, sobretudo, do individualismo econômico, que reclamavam rigorosa neutralidade do Estado, no domínio do comércio jurídico. Mas o Estado, ante as novas condições de vida do mundo, não pode continuar a ser um simples espectador que se limite a assistir às lutas da competição individual. (*Ibidem*, p. 82).

Alguns estudos, como LAMOUNIER (1997) e SEELAENDER (2013), constataram que Francisco Campos era um pensador que não tinha a realidade nacional como primado analítico. Ao contrário de diversos pensadores de sua época, não estava interessado em desvelar as particularidades do país e do povo. Nisso resta uma diferença fundamental para com Oliveira Vianna. O que melhor exemplifica esse afastamento é o fato de Campos recorrer constantemente à conjuntura internacional, da política, da economia e, principalmente, do direito, para avaliar as diretrizes do que deveria ser o Estado Novo. É aí que anuncia a influência do realismo jurídico norte-americano, ao se referir à avaliação dos problemas do poder judiciário daquele país feita por William Taft, Roscoe Pound e Elihu Root *como os mesmos de que padece a nossa administração da justiça, particularmente o instrumento, pelo qual ela se exerce, que é o processo* (*Ibidem*, p. 166).

4. TERCEIRA FASE: LIBERALISMO INSTRUMENTAL E AS INJUNÇÕES POLÍTICAS

Francisco Campos sai do Ministério da Justiça em 1943, quando é nomeado como representante brasileiro na Comissão Jurídica Internacional. Rompe

com o governo de Getúlio Vargas em 3 de março de 1945, através de uma entrevista para *O Correio da Manhã* na qual questiona a legitimidade do regime instaurado em 1937. O tom das declarações de Campos, na conjuntura de ruína do Estado Novo, atribui o ônus da ausência de democracia aos atos de Vargas. Defendeu que a conjuntura, na época do Manifesto de 10 de Novembro, exigia as medidas encartadas na Constituição, em especial a necessidade de contenção da “ameaça” comunista. No pronunciamento, o jurista adota sem qualquer pudor um pragmatismo radical que constrange o governo em crise.

A Constituição de 1937 não é uma Constituição fascista. Aliás, está muito em moda acoimar-se de fascista a todo indivíduo ou toda instituição que não coincide com nossas opiniões políticas. No tempo em que o comunismo representava “la bête noire”, a moda era inversa. Comunista era todo indivíduo ou a instituição que julgávamos em desacordo com as nossas convicções políticas. A ascensão do comunismo e o declínio do fascismo no horizonte político mundial determinaram essa inversão. Basta o exame mais superficial das linhas gerais da Constituição, para que qualquer indivíduo, da mais elementar cultura política, verifique que o sistema da Constituição de 1937 nada tem de fascista. Não se conceberia, com efeito, pudesse ser acoimada de fascista uma Constituição que assegura ao Poder Judiciário as prerrogativas constantes da Constituição de 1937, que abre no próprio texto constitucional todo um capítulo destinado a garantir a estabilidade dos funcionários públicos. [...] Mas a Constituição de 1937 não é fascista, nem é fascista a ditadura cujos fundamentos a Constituição. O nosso regime, de 1937 até hoje, tem sido uma ditadura puramente pessoal, sem o dinamismo característico das ditaduras fascistas, ou uma ditadura nos moldes clássicos das ditaduras sul-americanas. [...] Impunha-se portanto, transformar as instituições políticas antes que elas fossem destruídas. Foi o que fez a Constituição de 1937. Ela refletiu as contingências do momento. Impunha-se armar o Estado contra a agressividade dos partidos da extrema [...] (CAMPOS, 1945).

Esta guinada poderia ser facilmente encarada como um *cinismo* político se não se levasse em conta o golpe militar iminente contra Getúlio e sua cúpula (MALIN, 2001). Certamente Campos tentava se inserir em uma conjuntura demasiadamente desfavorável ao seu legado. Uma carta do jornalista Cipriano Lage endereçada a Getúlio Vargas em maio de 1950 revela que Francisco Campos tinha claros interesses político-partidários em atacar o presidente da república. O documento chega a mencionar uma tentativa fracassada de Campos rumar para a UDN¹. Este período de sua trajetória intelectual será marcado

1 Arquivo GV c 1950.30.05/1 CPDOC-FGV

por uma espécie de neoliberalismo em combinação com um anticomunismo (MEDEIROS, 1974). Neste período surge o Francisco Campos dos pareceres, que apresenta ideias muito diferentes de um autoritarismo estanque e um estatismo incondicional (SEELAENDER, 2013). Para além do desafio exegético de tomar o conteúdo de seus pareceres como veículo de suas ideias, uma vez que de fato eram opiniões sob regime de encomenda (MICELI, 2001), ainda assim as guinadas para uma perspectiva mais liberal podem guardar o espírito de um *modernizador-conservador*. O Brasil que saiu do regime varguista inaugurou um interregno democrático que perdurou até o Golpe Militar de 1964. No período da República Populista fazia perfeito sentido que o *modernizador conservador* figurasse em oposição ao Estado, afinal, as massas ganhavam protagonismo político. Não se pode esquecer que um princípio universal e indelével do pensamento de Francisco Campos era o seu elitismo, que traduziu em seu *americanismo* autoritário. Um texto exemplificativo do novo anti-estatismo de Campos é a entrevista concedida ao Correio da Manhã que fala sobre as reformas de base do Governo de João Goulart.

[...] a agricultura, como as demais atividades econômicas, deve produzir para o mercado, o que não se alcança pela pulverização da propriedade da terra. [...] Neste caso, teremos voltado à reforma agrária como instrumento de captação política das massas rurais na luta pela conquista do poder. Em assim sendo, o caminho já é conhecido. Sob a alegação de que a pequena propriedade agrícola, explorada para o consumo familiar, não assegura o abastecimento da população empregada em outras atividades ocupacionais, proceder-se-á a tomada da terra aos camponeses para o remembramento das parcelas em grandes domínios, explorados pelo Estado, mediante a conversão dos antigos pequenos proprietários no proletário agrícola sob o regime de caserna das chamadas fazendas coletivas. (CAMPOS, 1962)

Não há dúvida alguma que esta transição repentina é resultado muito mais de uma derrota do que de uma *adaptabilidade*. Não obstante, sabemos que o problema hermenêutico de interpretar esse autor *interessado* não pode ser resolvido no presente trabalho. Passemos a uma análise de uma de suas obras mais famosas, *A Atualidade de D. Quixote*, uma conferência de 1969.

[O] homem de hoje, angustiado e pervertido pela sua solidão emotiva, volta contra si mesmo e contra os seus semelhantes, como tomado pela raiva da destruição, poderosas energias que, configuradas por um ideal, seriam criadoras, ou aumentariam nêle a capacidade de exteriorizar a sua personalidade para melhor conhecer e dominar [...] (CAMPOS, 1951, pp. 76-77)

Essa pode ser considerada a ideia principal do texto, qual seja, a de ser aquele tempo uma época de decadência do espírito e dos costumes. Vemos uma readaptação da preocupação que acompanhou Francisco Campos ao longo de toda a sua vida discursiva, o advento de uma sociedade de massas e os reflexos disso para a política e para o direito. Desde *A Doutrina da população*, onde especulava acerca da melhor maneira de compreender o desarranjo entre oferta e demanda, e como isso poderia ser causado — e corrigido — pelo ordenamento jurídico, passando pelos discursos contidos em *O Estado Nacional*, acerca dos poderes e perigos da democracia de massas e a manipulação da opinião pública, Campos chega em 1949 constatando uma racionalização perniciosa da vida pública. A contenção indevida das emoções coletivas, pelo advento da sociedade industrial, das democracias liberais, e do *pensamento jurídico*, teria dado oportunidade para o surgimento de ideologias, como o nazismo, o totalitarismo e o comunismo que se ocuparam de canalizar o emprego indevido das emoções coletivas (CAMPOS, 1951, p. 79). É curioso que, diferentemente dos discursos que animaram a fundação do *Estado Novo*, Campos condena o cesarismo, ao mesmo tempo que exhibe a sua velha desesperança com a democracia. Caso esta desejasse sobreviver, deveria abrir mão de sua racionalidade exacerbada e instrumentalizar as emoções do povo. A política deveria se dar na ótica de uma cruzada, uma cruzada contra *a pobreza, a ignorância, o crime, a crueldade, a injustiça* (*Ibidem*, p. 82). Trata-se de uma ode à emocionalização da política que condena o romantismo liberal, uma avaliação da contemporaneidade que se assemelha em grande parte ao catolicismo reacionário de Carl Schmitt (SANTOS, 2007, p. 298). Esse anti-romantismo confere o tão necessário sentido aos rumos políticos das massas.

Esta visão apocalíptica do tempo presente revela mais uma velha característica de um jurista da modernização conservadora. Temendo a frustração das massas, Campos urge por uma remodelação das instituições que seja mais ágil que o descontrole das massas. O *americanista*, reformador antes do Estado que da sociedade civil, reforça o papel de tutor dos governantes frente a um povo que jamais saberia, ou deveria, ditar os rumos de seu destino. Daí a utilidade da alegoria entre D. Quixote, o Estado, liderança polarizadora, que necessita guiar a emoção de seu povo em uma cruzada e Sancho Pança, as massas que sem um guia emocional padecerão das frustrações de uma racionalização da vida, especialmente da política.

As ideias do autoritarismo brasileiro se manifestam em *Atualidade de D. Quixote* na sua forma mais fundamental, ainda que soe como um alerta contra os regimes totalitários do mundo daquela época. Trata-se de uma tentativa

de mimetizar o verdadeiro tempo, em detrimento de instituições que há muito se faziam anacrônicas (JASMIN, 2007). Nessa mimesis do tempo, a racionalidade jurídica e seus princípios, como a generalidade, a positividade do direito, a imparcialidade e a forma da lei, não encontram espaço num mundo onde a frustração das massas é um perigo iminente.

Não apenas os conceitos e as categorias do pensamento jurídico, mas, igualmente, emoção, sentimento e transfusão de corações. As verdadeiras causas do descontentamento, da inquietação, da angústia do homem contemporâneo não são de natureza econômica e política. São de ordem emocional. (CAMPOS, 1951, p. 83).

5. CONCLUSÃO

Interpretar a trajetória política e intelectual de um pensador não deve ser sinônimo de ser credor da consistência dos seus argumentos (LAMOUNIER, 1997, p.373), se assim o fosse, incorreríamos no que SKINNER denomina como *mitologia da coerência* (2002, p. 72). A finalidade deste trabalho passou muito longe de pretender apontar as contradições do pensamento de Francisco Campos. Na mesma toada, também não se presta a *absolver* ou *condenar* o legado do jurista como base nos diferentes meandros tomados pelo seu discurso político e jurídico. Nosso objetivo foi inserir a interpretação do pensamento de Campos no contexto de uma literatura mais ampla acerca do autoritarismo brasileiro da Primeira República para daí extrair um possível sentido, na tentativa de trazer uma contribuição simples à história do pensamento jurídico brasileiro.

Diferentemente de diversos outros pensadores do mesmo período, o realismo de Campos não foi direcionado à realidade brasileira, às nossas origens, às particularidades de nossa colonização e ao modo peculiar através do qual constituíamos uma periferia do capitalismo. Sua obra nunca carregou um projeto teórico para o Brasil (MORAES, 1992, p. 257).

Trouxe, porém, um projeto de ordenamento jurídico e político orientado a dar respostas à crise das democracias liberais no ocidente. Campos nunca deixou de ser um reformador. Na mesma medida que era um adepto da modernização, nunca compreendeu a democracia como mercado político, muito menos como veículo de demandas populares.

No primeiro período de sua trajetória política e intelectual, definiu-se como um ferrenho adversário do tenentismo e de diversas correntes do liberalismo republicano. Era pela permanência das instituições criadas pela Constituição de 1891, ainda que as criticasse e denunciasses suas deficiências.

Posições que vinham acompanhadas de um ataque ao jusnaturalismo das revoluções burguesas. Para Campos, o direito deveria ser o reflexo da vida e das necessidades orgânicas. No período no qual fez parte do Estado Novo, foi um dos grandes símbolos do constitucionalismo antiliberal. A defesa de um governo cesarista se deu tanto pelo enfraquecimento de instituições tipicamente liberais — como o parlamento —, como pela implementação de reformas jurídicas que criaram um significativo rol de direitos sociais. Ao romper com Getúlio Vargas em 1945, investe em manifestações públicas de cunho liberal, no contexto da República Populista. Consagra sua trajetória político-jurídica com a redação do Ato Institucional nº 1, que inaugura e positiva o regime de exceção instaurado em 1964.

Os caminhos e descaminhos de Francisco Campos não aparentam autorizar considerá-lo um jurista meramente *adaptável* ou *cínico*, eles revelam as injunções imbricadas no pensamento autoritário brasileiro do século XX, uma proposta de país fundamentalmente modernizadora, que não buscava a nação em um passado cristalizado, mas depositava-a na esperança da ordem social em direção ao futuro. O binômio *modernização-conservação* que permeou os resultados Revolução de 1930 (Vianna, 2004) era também repleto de idas e vindas. E assim o foi Francisco Campos, quando modernização colocava em risco a ordem social autoritária, a tese se transformava em antítese, e ele um inimigo do Estado.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AZEVEDO, Fernando. Como eu via Francisco Campos. **Digesto Econômico**. São Paulo, v. 24, n. 205, 1969.
- BUENO, Roberto. O autoritarismo brasileiro e as vias conservadoras em Francisco Campos, Oliveira Viana e o Estado Novo. **Revista de informação legislativa**, v. 53, n. 210, pp. 25-41, 2016.
- CAMPOS, Francisco. **A Doutrina da população**. Rio de Janeiro: Tipographya do Jornal do Commercio, 1916.
- . **Atualidade de D. Quixote**. Belo Horizonte: Secretaria de Educação de Minas Gerais, 1951.
- . **O Estado Nacional: sua estrutura, seu conteúdo ideológico**. Rio de Janeiro: José Olympio, 1940b.
- . [3 de março de 1945]. Rio de Janeiro: Jornal Correio da Manhã. Entrevista concedida à edição nº 15.439 do **Jornal Correio da Manhã**.
- . [19 de agosto de 1962]. Rio de Janeiro: Jornal Correio da Manhã. Entrevista concedida à edição nº 21.287 do **Jornal Correio da Manhã**.
- . **Antecipações à Reforma Política**. Rio de Janeiro: José Olympio, 1940.
- . **Imposto Progressivo**. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 1916b.
- . **Direito Constitucional – II**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956.

- CPDOC. **A Revolução de 30: seminário internacional**. Brasília: Editora universidade de Brasília, 1982.
- FAUSTO, Boris. **O pensamento nacionalista autoritário**. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.
- GARCIA NETO, Paulo Macedo. **A Influência do Realismo Jurídico Norte-americano no Direito Constitucional Brasileiro**. 2008. Dissertação (Mestrado). Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, São Paulo.
- HOLLANDA, Cristina Buarque de; COSER, Ivo. Realismos Autoritário e Liberal: Aspectos da Imaginação sobre Representação Política em Fins do Século XIX e Princípios do XX. **Dados**. Rio de Janeiro, v. 59, p. 903-946, 2016.
- JASMIN, Marcelo Gantus. Mimesis e Recepção — Encontros Transatlânticos do Pensamento Autoritário Brasileiro da Década de 1930. In: FERES Jr., João; JASMIN, Marcelo Gantus (Org.). **História dos Conceitos. Diálogos Transatlânticos**. Rio de Janeiro: Loyola, 2007.
- LAGE, Cipriano. [Carta endereçada a Getúlio Vargas] 30 de maio 1950. In CPDOC, **Arquivo Getúlio Vargas** c 1950.30.05/1 CPDOC-FGV.
- LAMOUNIER, Bolívar. Formação de um pensamento político autoritário na Primeira República: uma interpretação. In: PINHEIRO, Paulo Sérgio. et al (org.) **O Brasil Republicano: Sociedade e Instituições (1889-1930)**. Rio de Janeiro: Bertrand do Brasil, 1997.
- LOSSO, Tiago Bahia. **Francisco Campos e o Estado Novo: discurso e prática política**. 2000. Dissertação (Mestrado) – Universidade Estadual de Campinas, Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Campinas.
- MALIN, Mauro. **Campos, Francisco (verbete)** In CPDOC. FGV: Rio de Janeiro, 2001. Disponível em < <http://www.fgv.br/cpdoc/acervo/dicionarios/verbete-biografico/francisco-luis-da-silva-campos>>.
- MEDEIROS, Jarbas. Introdução ao estudo do pensamento político autoritário brasileiro 1914/1945 – Francisco Campos. **Revista de Ciência Política**. Rio de Janeiro, v. 17, n.1, pp. 59- 102, 1974.
- MICELI, Sérgio. **Intelectuais à brasileira**. São Paulo: Companhia das Letras, 2001.
- MORAES, Maria Célia Marcondes de. Francisco Campos: A caminho de uma definição ideológica. **Dados**. Rio de Janeiro, v. 35, n. 2, p. 239-265, 1992.
- NUNES, Clarice. As políticas públicas de educação de Gustavo Capanema no Governo Vargas. In: BOMENY, Helena (Org). **Constelação Capanema – intelectuais e políticas públicas**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2001.
- PINTO, Francisco Rogério Madeira Pinto. **A formação do pensamento jurídico-autoritário brasileiro e sua concretização no Estado Novo: Júlio de Castilhos, Oliveira Vianna, Francisco Campos e Carlos Medeiros Silva**. 2018. Tese (Doutorado) – Universidade de Brasília, Faculdade de Direito, Brasília.
- SANTOS, Rogério Dultra dos. Ditadura e corporativismo na Constituição de 1937: o projeto centralizador e antiliberal de Francisco Campos. In: Pinto, António Costa; Martinho, Francisco. (Org.). **A Vaga Corporativa: Corporativismo e Ditaduras na Europa e na América Latina**. Lisboa: Imprensa de Ciências Sociais, 2016.
- _. Francisco Campos e os fundamentos do constitucionalismo antiliberal no Brasil. **Dados**. Rio de Janeiro, v. 50, n. 2, p. 281-324, 2007.
- SANTOS, Wanderley Guilherme dos. Práxis Liberal no Brasil. In: **Décadas de espanto e uma apologia democrática**. Rio de Janeiro: Rocco, 1998.

- SEELAENDER, Airton L. Cerqueira. Francisco Campos (1891-1968) – Uma releitura. In: FONSECA, Ricardo Marcelo (Org.) **As formas do direito: ordem, razão e decisão**. Juruá: Curitiba, 2013.
- _. Um jurisconsulto adaptável: Francisco Campos (1891-1968). In: MOTTA, Carlos Guilherme. et al (Org.) **Os juristas na formação do Estado-Nação brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2010.
- SKINNER, Quentin. **Visions of Politics**. Cambridge: Cambridge University Press, 2002.
- VARGAS, Getúlio. **Diário**. Rio de Janeiro: FGV/Siciliano, 2001, v. 1 e v. 2.
- VIANNA, Luiz Werneck. **A revolução passiva: iberismo e americanismo no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 2004.
- VIEIRA, Evaldo Amaro. **Autoritarismo e Corporativismo no Brasil**. São Paulo: Edunesp, 2010.

A REDUÇÃO EQUITATIVA DA CLÁUSULA PENAL: ESTUDO DOS CRITÉRIOS DE APLICAÇÃO DA REGRA DO ART. 413 DO CÓDIGO CIVIL

BEATRIZ UCHÔAS CHAGAS

ORIENTADOR:
PROFESSOR ASSOCIADO CRISTIANO DE SOUSA ZANETTI

NOTA DE INÍCIO

A monografia que segue esta Nota de Início corresponde ao relatório final de tese de láurea que apresentei à FDUSP em 2018. Para servir aos propósitos deste projeto – a saber, dar parâmetros às próximas gerações de estudantes – não corrigi o texto, tendo sido mantidos inclusive eventuais falhas de português e digitação.

Aproveito esta nota para dar notícia dos comentários da banca examinadora, composta pelo meu orientador, Prof. Cristiano Zanetti, e pelo Prof. Fábio Melo Martins (FGV). Dois tópicos foram objeto de maior debate naquela oportunidade: primeiro, a caracterização da regra do art. 413 CC como modalidade de controle do abuso do direito; segundo, a possibilidade, ou não, de emprego do dano como critério de redução. O Prof. Fábio também anotou, na sua via impressa do meu trabalho, que seria desejável expandir a explicação sobre o surgimento da regra na França (às pp. 60-61).

Colho a oportunidade, ainda, para atualizar meu entendimento sobre dois tópicos. Note-se que se trata da minha percepção corrente e que minha compreensão do tema certamente ainda tem muito a ser aprimorada por futuras pesquisas e reflexões.

Em primeiro lugar, se na conclusão da monografia disse que seria importante que a doutrina e a jurisprudência firmassem linhas diretas mais claras sobre a interferência do dano efetivo na aplicação do art. 413 CC (p. 87), hoje considero que o dano efetivo é um fator que dificilmente relevará para a redução da cláusula, sequer para a verificação de manifesta excessividade. Nesse sentido, (i) tratando-se de cláusula penal que se cumula com a indenização, não há vinculação entre a finalidade para que a cláusula foi estipulada e o dano experimentado; (ii) tratando-se de cláusula penal que se substitua à indenização, a finalidade para a qual foi prevista a penalidade se frustraria com a possibilidade de debate probatório sobre o prejuízo. Via de regra, salvo em caso de estipula-

ção de indenização suplementar, tanto credor quanto devedor assumem o risco de o montante pactuado se sobrepor ao dano efetivo ou ser muito inferior a ele.

A propósito, acrescento também que, salvo estipulação em contrário, não pode o devedor provar a ausência de prejuízo a fim de eximir-se da cláusula penal, pois o art. 416 CC não estabelece presunção ou inversão de ônus da prova, mas verdadeira regra material de desvinculação da cláusula penal com as regras de indenização por responsabilidade contratual. Como já apontei no início do trabalho, a natureza jurídica da cláusula penal é de prestação, não de indenização; especificamente no caso de cláusula penal indenizatória, que substitui a indenização, as partes derogam a regra geral de responsabilidade por inadimplemento.

Em segundo lugar, gostaria de explicitar que o art. 413 CC se presta a reduzir a cláusula penal em virtude de circunstâncias adicionais ao valor pactuado. Essa relação é evidente no caso de cumprimento parcial (o adimplemento parcial é a circunstância adicional a ser considerada). No caso de manifesta excessividade, não basta constatar que a pena tenha um valor elevado ou compará-la com o valor da prestação principal. O art. 412 CC estabelece, a contrario, que as partes podem pactuar uma cláusula penal até o montante da obrigação reforçada por ela. Isso significa que a penalidade é lícita até esse patamar. A penalidade pactuada abaixo do limite estabelecido no art. 412 CC só pode ser considerada manifestamente excessiva nos termos do art. 413 quando o julgador for informado por outras circunstâncias em concreto, relativas à natureza e finalidade do negócio.

Por fim, agradeço às coordenadoras pela oportunidade de participar deste projeto e reitero os agradecimentos já feitos na própria tese de láurea. Espero que a leitura seja proveitosa e que a elaboração da tese de láurea seja para os próximos alunos de graduação cada vez mais uma ocasião especial de aprendizado, como foi para mim.

RESUMO

Este trabalho trata de análise de doutrina e julgados acerca da aplicação do artigo 413 do Código Civil, que atribui ao juiz o dever de reduzir equitativamente a cláusula penal, tendo em vista a natureza e finalidade do negócio, nos casos de cumprimento parcial ou manifesta excessividade. Procura-se investigar em que medida há critérios consolidados para a aplicação da regra às cláusulas penais pactuadas em contratos e em que eles consistem. Analisou-se a formação, interpretação doutrinária e aplicação jurisprudencial do artigo 924

do Código Civil de 1916, correspondente ao artigo 413, no regime anterior. Na sequência, analisou-se a elaboração do artigo 413, sua interpretação e os critérios para sua aplicação propostos pela doutrina e empregados pela jurisprudência. Os critérios mais frequentemente encontrados nos julgados, com respaldo na doutrina, foram a proporcionalidade e o proveito para o credor; no entanto, não raro se verificou a referência a valores éticos que embasaram a decisão, com pouca ou nenhuma relação com o texto legal. Constata-se insuficiência na posição da doutrina acerca do tema. Conclui-se que é necessária maior permeabilidade entre a doutrina e a jurisprudência sobre o assunto, o que permitiria aos contratantes maior previsibilidade e segurança jurídica acerca da possibilidade de eventual intervenção do julgador no valor da penalidade convencional.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo a investigação dos critérios de aplicação do artigo 413 do Código Civil, cuja redação é a seguinte:

Art. 413. A penalidade deve ser reduzida equitativamente pelo juiz se a obrigação principal tiver sido cumprida em parte, ou se o montante da penalidade for manifestamente excessivo, tendo-se em vista a natureza e a finalidade do negócio.

O artigo, que se distingue do seu antecessor, o artigo 924 do Código Civil de 1916, traz uma possibilidade de intervenção do juiz no valor da penalidade. A regra é, portanto, uma limitação à autonomia privada¹, visto que impõe a conformação do pactuado pelas partes a um parâmetro pré-estabelecido pelo ordenamento (que veda a imutabilidade em relação ao cumprimento parcial e a manifesta excessividade).

Essa limitação, porém, não pode ser indefinida. A intervenção do julgador é uma força oposta ao respeito do pactuado pelas partes, que também merece proteção do ordenamento. A função perseguida pela cláusula penal é mais bem sucedida quanto mais invariável permanecer a penalidade. Por isso mesmo, deve-se entender a redução judicial como excepcional, justificada apenas na hipótese em que a exigência da integralidade da pena consistir em um uso anormal do direito do credor.² Em razão dessa problemática, este trabalho se

1 Uma vez que “o direito de estipular uma cláusula penal é manifestação do princípio da autonomia privada” (PINTO MONTEIRO, 1990, p. 47).

2 “Na verdade, dir-se-á que quer a função indenizatória quer a função compulsória serão tanto mais conseguidas quanto mais invariável permanecer a pena. O que explica, assim, o afirmado princípio da imutabilidade da pena convencional, seja quando ela surge como indenização ‘forfaitaire’, ‘ne varietur’, seja quando ela é estipulada a título sancionatório. Esse princípio, apesar de estar hoje, em parte, ultrapassado, contém uma advertência importante. Previne-nos

propõe analisar quais são as linhas diretrizes propostas pela doutrina para a redução da cláusula penal e, de outro lado, como a aplicação do artigo de fato se implementa, na jurisprudência.

Quanto ao âmbito de aplicação da regra, pode-se destinar a redução a figuras semelhantes à cláusula penal ou regidas por normas além do Código Civil. Exemplificativamente, a doutrina enuncia que pode se aplicar às arras e às multas previstas em acordos e convenções coletivas de trabalho.³ A doutrina discute ainda, como se faz referência abaixo, a possibilidade de apor cláusula penal a um negócio jurídico unilateral. O escopo deste trabalho, porém, se concentra nos critérios empregados para a redução da cláusula penal firmada em contratos civis.

Para tanto, tecem-se a seguir algumas noções introdutórias acerca da cláusula penal, para melhor situar o problema. Na sequência, desenvolve-se o trabalho em duas partes: o Capítulo I dedica-se à análise do regime de redução da cláusula penal no Código de 1916, conforme seu artigo 924; no Capítulo II, abordam-se as especificidades do Código de 2002, com seu artigo 413.

I. PRINCIPAIS CARACTERÍSTICAS DO INSTITUTO

Define-se a cláusula penal como a prestação, normalmente pecuniária, exigível a partir do inadimplemento de dada obrigação por uma das partes, pactuada em caráter acessório em um negócio jurídico.⁴

Seu conteúdo pode ser uma prestação pecuniária ou não, admitindo-se também que consista na prática de um ato ou abstenção por parte do inadim-

contra uma exagerada intervenção judicial no controlo da pena. Tal intervenção é, de algum modo, excepcional, ela só deve fazer-se para combater comportamentos abusivos do credor” (PINTO MONTEIRO, 2004, p. 141).

3 Enunciado 165, aprovado na III Jornada de Direito Civil: “Em caso de penalidade, aplica-se a regra do art. 413 ao sinal, sejam as arras confirmatórias ou penitenciais”; Enunciado 429, aprovado na V Jornada de Direito Civil: “As multas previstas nos acordos e convenções coletivas de trabalho, cominadas para impedir o descumprimento das disposições normativas constantes desses instrumentos, em razão da negociação coletiva dos sindicatos e empresas, têm natureza de cláusula penal e, portanto, podem ser reduzidas pelo juiz do trabalho quando cumprida parcialmente a cláusula ajustada ou quando se tornarem excessivas para o fim proposto, nos termos do art. 413 do Código Civil”.

4 Veja-se a definição de Judith Martins-Costa (MARTINS-COSTA, 2009, p. 608): “estipulação em que ambas as partes, ou uma delas apenas, se obriga(m) antecipadamente, perante a outra, a efetuar certa prestação, normalmente em dinheiro, em caso de inadimplemento de determinada obrigação, para proceder à liquidação do dano ou para compelir o devedor ao cumprimento”. Em sentido semelhante, SILVA PEREIRA, 2010, p. 141; SILVA, 2007, p. 233; no direito português, PINTO OLIVEIRA, 2011, p. 922.

plente.⁵ Trata-se de elemento acidental do negócio jurídico, i.e. que se insere nele por vontade das partes.⁶

A penalidade pode ser aposta a um negócio jurídico de modo que seja prometida pelo devedor em favor do credor. Diversamente, pode incidir sobre o inadimplemento de terceiro ou, ainda, em favor de terceiro.⁷

Quanto ao momento de previsão da cláusula penal, pode ser “estipulada conjuntamente com a obrigação, ou em ato posterior”, conforme a dicção do art. 409, primeira parte do CC/02.⁸ Neste último caso, deve ser pactuada antes da ocorrência do inadimplemento⁹. Aponta-se que, do contrário, não poderia nem estimular o adimplemento, servindo de reforço da obrigação, nem pré-liquidar o dano¹⁰.

Ainda que possa assumir diversas funções, é da essência da cláusula penal que ela signifique um reforço da execução da obrigação a que está aposta (a “obrigação principal”, em relação à cláusula penal). Isso porque o credor sempre pode exigir o adimplemento do principal, se ele for possível, seja em conjunto ou de modo excludente em relação à penalidade. Se não for um reforço, tornando-se meio de enfraquecer o vínculo contratual – notadamente se consistir em alternativa para o devedor –, desfigura-se a categoria e o que se encontra é a multa penitencial.¹¹

Quanto à função, apontam-se duas principais espécies: a cláusula penal punitiva e a compensatória. A primeira assume o papel de pena, enquanto a segunda de pré-liquidação das perdas e danos suportados em razão do inadimplemento.¹²

5 MARTINS-COSTA, 2009, p. 608.

6 CARVALHO, 2018, p. 12.

7 PONTES DE MIRANDA, 1984, t. XXVI, p. 63. No mesmo sentido, BEVILAQUA, 2000, p. 104.

8 “Art. 409. A cláusula penal estipulada conjuntamente com a obrigação, ou em ato posterior [...]”. Regra semelhante é apontada pela doutrina no direito português, cf. ALMEIDA COSTA, 2009, p. 795.

9 Lê-se em MARTINS-COSTA, 2009, pp. 637-638: “A cláusula penal pode ser estipulada em aditivo contratual, ou outro negócio. Aí também haverá promessa de submissão à pena, estipulada em termo aditivo e também manifesta será a acessoriedade que, como registramos (comentário ao art. 408) é elemento do conceito de cláusula penal. Há, contudo, um limite temporal à sua pactuação, isto é, deve ser estipulada, ainda que posteriormente ao negócio, em momento anterior ao da inexecução da obrigação”.

10 Nesse sentido, SILVA PEREIRA, 2010, pp. 142-143.

11 LIMONGI FRANÇA, 1988a, p. 159. No mesmo sentido: “[Q]ualquer que seja o fim a que se destine, a cláusula penal constitui essencialmente uma vantagem para o credor, um reforço da obrigação, e jamais um meio de liberação do devedor inadimplente” (ESPÍNOLA, 1925, p. 260).

12 LIMONGI FRANÇA, 1988, p. 126. O autor menciona ainda a cláusula penal “liberatória”, que corresponde à multa penitencial. No entanto, neste trabalho exclui-se essa noção da categoria de cláusula penal; o próprio Limongi França refere-se a ela como “cláusula penal imprópria” (idem, p. 125). Também adota a posição de excluir a multa penitencial da categoria “cláusula penal” ESPÍN ALBA, 1997, p. 51.

Quanto à forma, a validade da cláusula depende que seja pactuada expressamente, não se admitindo cláusula penal implícita¹³. Para Pontes de Miranda, a mesma forma exigida para a obrigação principal é exigida para a cláusula penal¹⁴.

A obrigação contida na cláusula penal está sujeita ao fator de eficácia apresentado pelo art. 408 CC.¹⁵ Para a incidência da cláusula penal (*comissio poenae*), é necessário que (i) ela esteja prevista no negócio jurídico, aposta a obrigação principal válida¹⁶; e (ii) que haja inadimplemento definitivo ou mora de tal obrigação, por culpa do devedor.¹⁷

No CC/16, havia dúvida sobre a necessidade ou não de culpa do devedor, pois o art. 921 não era expresso nesse sentido. Havia entendimentos doutrinários no sentido da necessidade de culpa no inadimplemento para completude do suporte fático¹⁸; o CC/02, porém, previu expressamente esse pressuposto em seu art. 408.

Incidindo a cláusula penal, surge para o credor a pretensão à penalidade, seja em conjunto ou como alternativa à pretensão ao principal e às perdas e danos, a depender da função exercida pela cláusula penal.¹⁹

Se houver alternativa, esta beneficia, sempre, ao credor, e não ao devedor inadimplente. A penalidade não pode ser oferecida, por este, em substituição da prestação a que se obrigou, tornando-se meio de romper o contrato. A cláusula penal difere da obrigação alternativa, pois, enquanto nessa modalidade de vínculo o pagamento da cláusula seria forma de adimplir a obrigação, na cláusula penal a possibilidade de exigência da cláusula é consequência do inadimplemento, permanecendo ainda a possibilidade de exigência da coisa devida. Pactuando, então, a cláusula penal, o devedor permanece obrigado

13 MARTINS-COSTA, 2009, p. 639; LIMONGI FRANÇA, 1988a, p. 177; NONATO, 1959, p. 303.

14 PONTES DE MIRANDA, 1984, t. XXVI, p. 64. Em sentido contrário, SILVA PEREIRA, 2010, p. 145 aponta que a forma da cláusula penal é livre.

15 “Art. 408. Incorre de pleno direito o devedor na cláusula penal, desde que, culposamente, deixe de cumprir a obrigação ou se constitua em mora”.

16 BEVILAQUA, 2000, p. 105.

17 “São, portanto, pressupostos à incidência da regra [do art. 408]: a) a existência de cláusula penal, pois essa há de ter sido pactuada, conjuntamente com a obrigação principal ou mesmo posteriormente, mas antes do inadimplemento; b) o incumprimento imputável e culposo, pois nem todo o tipo de incumprimento ativa a exigibilidade da cláusula penal, mas só aquele atribuível à culpa do devedor, como agora resta expresso no art. 408” (MARTINS-COSTA, 2009, p. 634); “Devem provar-se especificamente três coisas: a) a existência da obrigação principal válida; b) a existência da cláusula penal; c) o inadimplemento ou adimplemento incompleto ou inadequado da obrigação principal, de acordo com os requisitos concernentes à respectiva espécie, isto é, conforme se trate de obrigação com ou sem prazo” (LIMONGI FRANÇA, 1988a, pp. 196-197).

18 NONATO, 1959, p. 353; SILVA, 2007, p. 247.

19 LIMONGI FRANÇA, 1988a, pp. 199-216.

(a princípio, exclusivamente) ao principal. Se não fosse assim, a pena deixaria de ser reforço da obrigação.²⁰

II. NATUREZA JURÍDICA

A cláusula penal tem natureza jurídica de *promessa condicional de prestação*, que passa a ser exigível quando o devedor não cumpre, ou cumpre inadquadamente, a prestação principal²¹.

Além dessa característica, também é essencial à cláusula a *acessoriedade* em relação à obrigação principal, o que atrai a disciplina correspondente²². Assim, deve-se atentar a algumas particularidades, pois a pena não é o objeto da obrigação, incidindo subsidiariamente. O caráter acessório acarreta diferenças em relação ao regime de uma obrigação subordinada a uma mera condição, que consistisse no inadimplemento do principal. Por exemplo, aponta-se que se fosse qualificado o dever principal como mera condição, a sua não realização, ainda que sem culpa, sempre levaria à incidência da cláusula; porém, no caso de impossibilidade não imputável, a cláusula penal não se torna exigível.²³

Conforme elucidada a doutrina²⁴, podem-se enumerar algumas consequências do seu caráter acessório:

- A inexistência, invalidade ou ineficácia da obrigação principal acarreta na inexistência, invalidade ou ineficácia da cláusula penal;
- Se sobrevier impossibilidade não imputável, que extingue de pleno direito a obrigação principal, fica também extinta a cláusula penal;

²⁰ SILVA PEREIRA, 2010, p. 146.

²¹ Nas palavras de Pontes de Miranda (1984, t. XXVI, p. 62): “Pena negocial (não só contratual) é prestação, de ordinário em dinheiro, que alguém, devedor ou não, promete, como pena a que se submete, para o caso de não cumprir a sua obrigação, ou não a cumprir satisfatoriamente, ou para o caso de se dar algum fato, concernente ao negócio jurídico, ou não se dar. Trata-se, portanto, em qualquer das espécies, de promessa condicional de prestação”. Nesse sentido, MARTINS-COSTA, 2009, p. 608-609; SILVA, 2007, p. 236; SILVA PEREIRA, 2010, p. 141; CARVALHO, 2018, p. 21. BEVILAQUA, 2000, p. 106, também aponta: “Para pedir a prestação penal, não é necessário que o credor alegue prejuízo sofrido, pois que a mora e a inexecução equivalem a condições suspensivas, a que está subordinada sua prestação. Ocorrendo qualquer delas, segundo as hipóteses, tem, portanto, lugar, de pleno direito, quero dizer, independentemente de qualquer outra circunstância, aplicação da pena”.

²² MARTINS-COSTA, 2009, p. 609; CARVALHO, 2018, p. 20; SILVA PEREIRA, 2010, p. 143; SILVA, 2007, p. 234; FULGÊNCIO, 1928, p. 376; BEVILAQUA, 2000, p. 108. No direito português, ALMEIDA COSTA, 2009, p. 795; MENEZES CORDEIRO, 2014, p. 669; PROENÇA, 2011, pp. 394-395; PINTO OLIVEIRA, 2011, p. 925.

²³ SILVA, 2007, pp. 236-237.

²⁴ PONTES DE MIRANDA, 1984, t. XXVI, pp. 62-63; SILVA, 2007, pp. 235-236. Ver, no direito português, PINTO OLIVEIRA, 2011, pp. 925-926.

- Se a dívida principal se extinguir pelo pagamento, a cláusula penal também será extinta;
- Sendo cedida a pretensão ao cumprimento da obrigação principal, considera-se cedida também a pretensão à satisfação da cláusula penal;
- A cláusula penal só se torna exigível se a obrigação principal também o for;
- As regras processuais relativas à prova da obrigação principal também se aplicam à cláusula penal.

Note-se, porém, que mesmo que os efeitos da cláusula penal dependam da obrigação principal, por seu caráter acessório, a recíproca não é verdadeira. Se houver razão de ineficácia da cláusula penal (por exemplo, invalidade por ilicitude da cláusula), não se torna por isso ineficaz a obrigação principal.²⁵

Também faz parte de sua natureza jurídica o caráter negocial, isto é, o de estar incluída em negócios jurídicos, unilaterais ou convencionais. Isso não impede que haja regras cogentes que incidem sobre a figura, como as relacionadas ao limite da pena e ao seu controle pelo juiz, mas há alto grau de dispositividade.²⁶ Por ser elemento acidental do negócio jurídico, deve ser ressaltada sempre a sua origem na vontade das partes que a pactuaram.²⁷

Topologicamente, a cláusula penal já foi colocada, no nosso direito, entre as modalidades de obrigações. A opção exercida pelo CC/16 fundava-se em ser a cláusula penal uma espécie particular de fonte da obrigação, o que também se observa no BGB alemão²⁸. No CC/02, está no Título IV – Do inadimplemento das obrigações, aproximando-se da obrigação de indenizar por perdas e danos, regulada pelas partes, como é o caso do direito português²⁹.

25 SILVA PEREIRA, 2010, pp. 143-144.

26 SILVA, 2007, p. 235. No sentido de que a cláusula penal só poderia ser aplicar à matéria contratual, vide JUNQUEIRA DE AZEVEDO, 2014, p. 39.

27 “A cláusula penal, bem como as demais estipulações que estejam calçadas dentro do âmbito dos elementos acidentais do negócio jurídico, somente são inseridas no trato negocial porque fruto da vontade das partes que as inseriu [sic] (aqui, é claro, tratando-se da cláusula penal negociada dentro das relações simétricas no âmbito do direito civil clássico). Tal premissa, esquecida por muitos juristas, está – ou pelo menos deveria estar – íntima e diretamente relacionada ao conceito de cláusula penal” (CARVALHO, 2018, p. 22).

28 SILVA PEREIRA, 2010, pp. 144-145.

29 O Código Civil português disciplina a cláusula penal nos artigos 810 a 812: “Artigo 810.º (Cláusula penal). 1. As partes podem, porém, fixar por acordo o montante da indemnização exigível: é o que se chama cláusula penal. 2. A cláusula penal está sujeita às formalidades exigidas para a obrigação principal, e é nula se for nula esta obrigação. Artigo 811.º (Funcionamento da cláusula penal). 1 – O credor não pode exigir cumulativamente, com base no contrato, o cumprimento da obrigação principal e o pagamento da cláusula penal, salvo se esta tiver sido estabelecida para o atraso da prestação; é nula qualquer estipulação em contrário. 2 – O estabelecimento da

III. LIMITAÇÃO DA CLÁUSULA PENAL

O controle da cláusula penal pode se dar pelo regime geral de controle da formação do acordo (isto é, a verificação de um consentimento válido para pactuá-la), assim como por disposições específicas da lei que vedem seu emprego ou esvaziem seu alcance em determinados casos.³⁰

No regime geral do CC/02, a cláusula penal é limitada pelo art. 412, que dispõe que ela não poderá superar o valor da obrigação principal³¹.

Nos regimes especiais, novas limitações surgem. Por exemplo, no contrato de trabalho é vedado que a cláusula seja inserida em função do incumprimento de obrigação primária do assalariado, com fundamento no art. 9º da CLT³². No direito do consumidor, igualmente, ela pode ser pactuada, mas está sujeita aos limites dos artigos 51, §1º³³ e 53³⁴ do CDC, bem como de seu artigo 51, IV³⁵, sob pena de nulidade.

A consequência de se ultrapassar o limite legal da cláusula estabelecido no artigo 412 é a ineficácia quanto ao excesso³⁶.

cláusula penal obsta a que o credor exija indenização pelo dano excedente, salvo se outra for a convenção das partes. 3 - O credor não pode em caso algum exigir uma indenização que exceda o valor do prejuízo resultante do incumprimento da obrigação principal. Artigo 812.º (Redução equitativa da cláusula penal). 1 - A cláusula penal pode ser reduzida pelo tribunal, de acordo com a equidade, quando for manifestamente excessiva, ainda que por causa superveniente; é nula qualquer estipulação em contrário. 2. É admitida a redução nas mesmas circunstâncias, se a obrigação tiver sido parcialmente cumprida”.

30 PINTO MONTEIRO, 1990, pp. 719-720; CARVALHO, 2018, pp. 73-83, que acrescenta ainda a possibilidade de revisão com base na onerosidade excessiva, que não se confunde com a manifesta excessividade. No mesmo sentido, MARTINS-COSTA, 2009, p. 714.

31 “Art. 412. O valor da cominação imposta na cláusula penal não pode exceder o da obrigação principal”.

32 “Art. 9º - Serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação”.

33 “§ 1º Presume-se exagerada, entre outros casos, a vantagem que: I - ofende os princípios fundamentais do sistema jurídico a que pertence; II - restringe direitos ou obrigações fundamentais inerentes à natureza do contrato, de tal modo a ameaçar seu objeto ou equilíbrio contratual; III - se mostra excessivamente onerosa para o consumidor, considerando-se a natureza e conteúdo do contrato, o interesse das partes e outras circunstâncias peculiares ao caso”.

34 “Art. 53. Nos contratos de compra e venda de móveis ou imóveis mediante pagamento em prestações, bem como nas alienações fiduciárias em garantia, consideram-se nulas de pleno direito as cláusulas que estabeleçam a perda total das prestações pagas em benefício do credor que, em razão do inadimplemento, pleitear a resolução do contrato e a retomada do produto alienado”.

35 “Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade”.

36 Acerca do art. 920 do Código Civil de 1916, correspondente ao atual art. 412, LIMONGI FRANÇA, 1988a, p. 180.

Além desse controle sobre a própria cláusula que estipula a penalidade, a lei prevê um controle concernente ao exercício, pelo credor, do direito a pena. É nesse segundo tipo de controle que se insere a norma de redução equitativa da cláusula penal.³⁷

CAP. I. A REDUÇÃO DA CLÁUSULA PENAL NO CÓDIGO CIVIL DE 1916

Neste capítulo, investiga-se como ocorria a redução da cláusula penal no regime revogado. A análise se presta a entender como se formou, no direito brasileiro, a intervenção do juiz na cláusula penal, bem como a eventualmente identificar problemas de longa data na aplicação da matéria. Ainda, a comparação com o Código Civil anterior permitirá olhar para o dispositivo vigente com olhar mais crítico.

Parte-se do princípio da imutabilidade da cláusula e da abertura a uma intervenção judicial por meio da redução proporcional (I). Em seguida, cuida-se do conceito de cumprimento parcial como posto pelo artigo 924 (II) para, então, analisar os critérios de redução propostos pela doutrina e jurisprudência (III). Enfim, expõem-se as conclusões sobre este ponto (IV).

I. O PRINCÍPIO DA INTANGIBILIDADE E A REDUÇÃO PROPORCIONAL

A intangibilidade da cláusula penal era, em um primeiro momento, afirmada como o princípio, notadamente em função da força obrigatória dos contratos. Notadamente, a regra foi estudada no regime do Código Civil francês de 1804³⁸.

No regime do Código Civil de 1916, a regra era a imutabilidade da cláusula penal, em homenagem à força obrigatória da convenção³⁹. A princípio, portanto, a pena convencional prevaleceria como pactuada, não estando sujeita a discussões, ainda que houvesse incongruência com relação às perdas e danos

37 No direito português, explica-o PINTO MONTEIRO, 1990, p. 722.

38 MALAURIE et al., p. 575: "Longtemps fut affirmée l'intangibilité de la clause pénale : de même que le juge ne pouvait modifier le contrat pour cause d'imprévision (anc. art. 1134, al. 1), il ne pouvait réviser la clause pénale (art. 1152 anc.), si injustes qu'en fussent les effets". Cf. também CABRILLAC, 2018, p. 174.

39 "Estabelecida explicitamente a cláusula domina, em linha de princípio, e ainda aqui, o *pacta sunt servanda*. Aplica-se a multa como foi estipulada na convenção - lei entre as partes - sendo ao juiz defeso (falando pela via ordinária) mitigar ou grandear a pena, sob cor de equidade. No conceito de Manuel Inácio Carvalho de Mendonça, nenhuma consideração autoriza o magistrado a alterar a pena convencional. Se excessiva, culpado será o devedor mesmo que, livremente, a estipulou: *sibi imputet*" (NONATO, 1959, p. 320).

efetivamente sofridos, por exemplo⁴⁰, ou qualquer outra consideração de equidade⁴¹. Não fosse assim, a função exercida pela cláusula penal estaria ameaçada.⁴²

A imutabilidade, porém, não era absoluta. Aponta-se que desde o direito medieval admitia-se a redução equitativa em caso de cumprimento parcial, provavelmente com o intuito de reprimir abusos e usura⁴³. O Código Civil francês, sem prejuízo do respeito que destinava ao livremente pactuado, consagra em seu antigo art. 1231 a possibilidade de modificação da pena em caso de execução parcial pelo devedor.⁴⁴

No nosso Código Civil de 1916, a possibilidade de redução da penalidade pelo juiz era bastante restrita, estando prevista no artigo 924:

Art. 924. Quando se cumprir em parte a obrigação, poderá o juiz reduzir proporcionalmente a pena estipulada para o caso de mora, ou de inadimplemento.

A ingerência do juiz era vista por ilustres juristas com bastante reserva e legitimada apenas nos termos em que a lei o autorizava: apenas para diminuir, jamais aumentar a pena, e unicamente na hipótese em que houvesse cumprimento parcial. Além disso, a redução proporcional na hipótese de cumprimento parcial era uma faculdade do juiz, não um direito do devedor.⁴⁵ A possibilidade de redução em razão de ser a pena excessiva chegou a ser qualificada como “manifestamente inconveniente”, em razão da dificuldade de concretizar o critério legal e do risco de desprezar-se a intenção das partes contratantes.⁴⁶

40 “O valor da cláusula penal não está sujeito, portanto, a discussão alguma, nem pode o juiz modifica-lo para mais ou para menos. Em regra é assim. Mas, em consideração aos interesses da ordem pública, já vimos que o próprio Código admite uma exceção para o caso de ser a multa excedente ao valor da obrigação principal. Agora, excepcionalmente, também, o Código permite ao juiz reduzir a pena convencional, quando a obrigação tenha sido cumprida em parte” (CARVALHO SANTOS, 1976, p. 390).

41 CARVALHO DE MENDONÇA, 1956, p. 383.

42 “Pudesse o magistrado alterar a pena (assim por imodesta, como por inferior ao prejuízo), e terá tirado à cláusula penal a sua utilidade, maior e mais conspícua, de prefixação de perdas e danos” (NONATO, 1959, p. 320).

43 NONATO, 1959, p. 321.

44 CABRILLAC, 2018, p. 175.

45 “A ingerência do juiz admite-se apenas para diminuir, jamais para aumentar, e, assim mesmo, se a obrigação houver sido cumprida em parte. Neste caso atribui-lhe a lei o poder de reduzi-la proporcionalmente. Não impõe o dever de diminuí-la, o que significa que, ainda havendo execução parcial, o devedor pode ser condenado a pagar integralmente o valor da cominação. Em suma, não tem direito certo a redução proporcional. A intervenção judicial pode ser evitada pelas partes mediante expressa estipulação de que a pena será cumprida por inteiro, ainda que a obrigação tenha sido parcialmente satisfeita. A redução ao limite máximo estabelecido na lei constitui declaração judicial de que o excesso é abusivo”. (GOMES, 1999, p. 161). Também destaca o caráter facultativo da disposição legal NONATO, 1959, p. 327.

46 “O Direito pátrio não contém disposição pela qual o juiz deve reduzir as penas que julgue excessivas. Entre nós, o devedor não pode eximir-se de cumprir a pena convencional a pretexto de ser excessiva, só se considerando como tal as que ultrapassam o limite legal. Mas, ainda

Entendia-se que a finalidade da norma era a adequação das obrigações em benefício do equilíbrio do negócio, e não um interesse do sistema jurídico de proteger o inadimplente. Analisando o ordenamento alemão, que previa no § 343 do BGB a redução da pena “desproporcionadamente alta”, ressaltou-se que mandava levar em conta “todo interesse legítimo do credor, e não apenas o interesse patrimonial”, ainda que em caso de pena desproporcional, o que demonstraria que o preceito beneficiava não o devedor, mas sim o equilíbrio dos negócios.⁴⁷ O espírito do artigo consistiria, assim, na ideia de que “a pena não pode ser uma só para quem cumprir em parte a obrigação e para quem a descumpriu por inteiro”⁴⁸.

O regramento refletia os valores liberais e de respeito à autonomia privada que caracterizava o Código de 1916, mostrando influência do Código Civil francês de 1804, que consagrava norma semelhante no artigo 1.231.⁴⁹

O regime francês respeitava rigidamente a solução. Um caso ilustrativo da regra foi o da senhora Juillard, julgado pela Corte de Cassação francesa em 14 de fevereiro de 1866⁵⁰. Na espécie, a senhora Juillard era funcionária de uma fábrica de tapetes que estabeleceu, por regulamento interno, que seus trabalhadores não poderiam entrar no estabelecimento usando tamancos, sob pena de uma multa de 10 francos. A multa, imposta à senhora Juillard por ter infringido a regra, representava quase metade de seu salário. A soma foi reduzida a 0,5 franco pela jurisdição trabalhista, movida pelo intuito de proteção da parte mais fraca e pelo “exagero evidente” da penalidade no caso. A Corte de Cassação, porém, reverteu a decisão, uma vez que a pena tinha caráter con-

assim, a cláusula não seria nula; tão-somente reductível. O princípio da moderação judicial das penas convencionais, adotado em limitações de caráter objetivo, é manifestamente inconveniente. Além das dificuldades de se definir o que seja cláusula penal excessiva, a intervenção arbitrária do juiz inutilizaria a estipulação da pena convencional” (GOMES, 1999, pp. 161-162).

47 LIMONGI FRANÇA, 1988a, pp. 247-248.

48 LIMONGI FRANÇA, 1988a, p. 248. No mesmo sentido, FULGÊNCIO, 1928, p. 424 e CARVALHO SANTOS, 1976, p. 390.

49 “O pensamento refletido no Código Civil de 1916 de proibir a redução da penalidade quando manifestamente excessiva era coeso com a realidade jurídica em que foi elaborado. Refletia o espírito da liberdade das convenções previsto no Código Civil Francês, especialmente no que se refere à redação do artigo 1.134 que pode ser traduzido como ‘as convenções legalmente formadas têm força de lei para aqueles que as fizeram’. E no que se refere à cláusula penal, ainda vigia, à época, a antiga redação do artigo 1.152 do Código Civil Francês, que asseverava ‘quando a convenção diz que a parte faltante na execução pagará uma certa soma a título de perdas e danos, ela não poderá atribuir a outra parte uma soma maior nem menor’, bem como a antiga redação do artigo 1.231, pelo qual ‘a pena pode ser modificada pelo juiz quando a obrigação principal foi executada em parte’” (CARVALHO, 2018, p. 61).

50 O caso está arrolado no repertório “*Les grands arrêts de la jurisprudence civile*”, t. 2, n. 168 (CAPITANT et al., 2015).

vencional e obrigatório e que a obrigação principal fora totalmente infringida pela funcionária.

Esse posicionamento da Corte se manteve firme no respeito escrupuloso das vontades individuais, elidindo qualquer poder moderador aos julgadores. A jurisdição não cedeu a construções teóricas ligadas a excessividade, abuso de direito, lesão, entre outras possíveis justificativas para intervenção no valor da pena. A única possibilidade de redução era a prevista no artigo 1231, que autorizava a diminuição da pena em razão do cumprimento parcial; o alcance da regra era, porém, bastante limitado e podia ser alterado por disposição das partes.⁵¹

Em comparação com o ordenamento francês ou italiano, em que o *quantum* da pena dependia exclusivamente da vontade das partes, o modelo brasileiro era mais protetivo em razão da existência do teto legal do art. 920, equivalente ao atual art. 412. Não autorizava, porém, intervenção judicial idêntica à do sistema alemão e suíço, que visava à readequação da pena excessiva. No sistema brasileiro, não podendo o devedor reclamar contra a pena que considerasse excessiva, em decorrência do art. 927, não estaria, porém, obrigado a pagar a penalidade que o legislador tivesse por excessiva, em decorrência do art. 920.⁵²

Para juristas de autoridade, a solução da redução da cláusula penal seria um método de tutelar interesses individuais e prevenir a usura mais eficaz do que o teto legal, estabelecido, no Código de 1916, pelo art. 920. Em relação a outros ordenamentos, como o alemão, o suíço e o peruano, aponta-se uma vantagem do artigo 924 por não apenas autorizar a redução, mas fixar para ela um parâmetro que impedia o arbítrio do juiz: a proporção entre a parte cumprida da obrigação e a não executada.⁵³ Nesses ordenamentos, a intervenção do juiz estaria confiada ao seu “arbítrio de bom varão”; a doutrina observou, porém, que a aplicação do §343 na experiência alemã se dava de modo restrito, em caráter excepcional.⁵⁴

Tendo isso em vista, porém, a doutrina considerava que não poderia o juiz ultrapassar esses mecanismos de proteção do devedor. O sistema geral consistia no seguinte: o valor da cláusula penal não poderia exceder o da obrigação prin-

51 CAPITANT et al., 2015, pp. 197-199.

52 BEVILAQUA, 1938, p. 79; FULGÊNCIO, 1928, p. 403. Acertadamente, pontuou-se que “o sistema do Código Civil brasileiro é o da irredutibilidade da pena, não porém, o da irrestringida liberdade de sua estipulação” (NONATO, 1959, p. 326).

53 BEVILAQUA, 1938, pp. 72-73. Nas palavras de FULGÊNCIO, 1928, pp. 403-404, o legislador brasileiro “inspirou-se no mesmo sentimento de equidade” que escudava o § 343 do BGB, mas “aperfeiçoou o mecanismo”, em que “um largo arbítrio ainda ficou ao juiz na apreciação do que é conveniente”.

54 NONATO, 1959, pp. 323-324.

cial (art. 920); dentro desses limites, não poderia ser arguida sua excessividade (art. 927); na hipótese de cumprimento parcial, poderia ser proporcionalmente reduzida (art. 924). Fora, portanto, desse limite, e fora da hipótese de defeito do negócio jurídico ou irregularidade no exercício do direito, a convenção deveria ser respeitada.⁵⁵ O sistema brasileiro, assim, continha a particularidade de não adotar nem a liberdade total da estipulação nem um amplo revisionismo pelo juiz, visto que apenas se admitia nesses estreitos casos postos pela lei.⁵⁶

Acerca da natureza da regra, a posição predominante da doutrina entendia que o disposto no art. 924 podia ser afastado pelas partes.⁵⁷ As partes, assim, poderiam estipular as bases de redução ou que a redução não tivesse lugar, ainda que houvesse execução parcial.⁵⁸ Poderiam, ainda, pré-excluir a redutibilidade por meio da fixação de uma cláusula penal para o caso de inadimplemento total e outra para o inadimplemento parcial.⁵⁹

Além disso, o juiz não poderia reduzir a cláusula penal quando a penalidade acordada fosse indivisível e quando se estipulasse a possibilidade de indenização suplementar.⁶⁰

II. O SIGNIFICADO DE “CUMPRIMENTO PARCIAL”

a hipótese de redução por cumprimento parcial, que se repete no Código Civil de 2002⁶¹, se justifica no fato de que, se o inadimplemento não se estendeu a toda a prestação, seria injusto que o credor, já beneficiado pela parte adimplida, recebesse por inteiro a multa convencionada. Fundava-se no princípio de que a pena exerceria função ressarcitória.⁶²

55 Clóvis Beviláqua, em comentário a decisão judicial transcrito em CARVALHO SANTOS, 1976, p. 407. No mesmo sentido, NONATO, 1959, p. 322: “o princípio da irreduzibilidade da pena comporta exceções, duas exceções: a) quando o valor da cominação excede ao da obrigação principal; b) quando a obrigação se cumpre parcialmente, mas com utilidade para o credor”.

56 NONATO, 1959, p. 328.

57 A discussão acerca dessa questão foi bem relatada por LIMONGI FRANÇA, 1988a, pp. 242-250. Nas páginas que dedica ao problema, debate cada um dos argumentos levantados em favor da posição contrária e conclui pela natureza dispositiva da norma. No mesmo sentido, vide BEVILAQUA, 1938, p. 76; BEVILAQUA, 2000, p. 107; CARVALHO SANTOS, 1938, p. 392; FULGÊNCIO, 1928, p. 425; PONTES DE MIRANDA, 1984, t. XXVI, p. 80; GOMES, 1999, p. 161; NONATO, 1959, p. 329.

58 CARVALHO SANTOS, 1976, p. 398.

59 PONTES DE MIRANDA, 1984, t. XXVI, p. 84.

60 CARVALHO SANTOS, 1976, pp. 398-399.

61 Conforme MARTINS-COSTA, 2009, p. 693, o “Código Civil de 2002 não trouxe ‘novidade’, relativamente ao seu congênere de 1916, referentemente à disposição normativa da primeira parte do art. 413”.

62 BEVILAQUA, 1938, p. 76.

O dispositivo era aplicável independentemente da natureza e sujeitos da obrigação principal.⁶³ No regime do CC/16, já se reconhecia sobre o artigo 924 hipóteses em que o juiz não deveria operar a redução: notadamente, quando a execução parcial fosse inútil para o credor, ou quando as partes tivessem convenicionado a pena “para a [falta de] execução pontual e completa”.⁶⁴

Assim, seria necessário, para haver cumprimento parcial no sentido do dispositivo, que a execução parcial aproveitasse ao credor e que fosse por ele aceita, visto que o devedor não teria como lhe impor o recebimento parcial, em virtude do art. 889.⁶⁵

Não é o caso de operar-se a redução se a cláusula penal incide sobre o inadimplemento de uma cláusula especial e essa cláusula é integralmente descumprida, ainda que o restante das obrigações seja honrado. Isso porque se atingiu a totalidade da prestação prometida na cláusula expressamente destacada, de modo a ter-se preenchido por completo o suporte fático da incidência da cláusula penal. Não cabe, nesse caso, redução com fundamento no cumprimento parcial.⁶⁶ Do mesmo modo, defendeu-se que não incide a redução por cumprimento parcial no caso de cláusula estipulada para mora, sob o argumento de que a mora, uma vez que exista, preenche totalmente o suporte fático da cláusula penal, seja qual for a modalidade de mora no caso.⁶⁷ Esse último ponto foi disputado, em razão da redação do dispositivo (“para o caso de mora, ou de inadimplemento”) e da ausência de fundamento jurídico ou obstáculo de fato para a impossibilidade de redução da penalidade estabelecida para a mora; a execução parcial poderia perfeitamente ensejar mora do restante da obrigação.⁶⁸

63 CARVALHO SANTOS, 1976, p. 387.

64 LIMONGI FRANÇA, 1988a, p. 252; “se a execução parcial for inútil para o credor, o juiz deixará de decretar a redução da pena” (BEVILAQUA, 1938, p. 76). No mesmo sentido, CARVALHO DE MENDONÇA, 1956, p. 384.

65 FULGÊNCIO, 1928, p. 423; CARVALHO SANTOS, 1976, p. 389. O art. 889 dispunha: “Ainda que a obrigação tenha por objeto prestação divisível, não pode o credor ser obrigado a receber por partes, se assim não ajustou”.

66 FULGÊNCIO, 1928, p. 427; NONATO, 1959, pp. 332-333. Esclarece Pontes de Miranda: “Se o inadimplemento foi total, ou não houve parcial infração do que a cláusula penal substitutiva cobriria, não há pensar-se em invocação do art. 924” (PONTES DE MIRANDA, 1984, t. XXVI, p. 81).

67 LIMONGI FRANÇA, 1988a, p. 202; BEVILAQUA, 1938, p. 76 e CARVALHO DE MENDONÇA, 1956, p. 384.

68 CARVALHO SANTOS, 1976, p. 397. O autor fornece o seguinte exemplo: “Suponhamos o exemplo já referido do plantio de pés de café, em que o empreiteiro se obrigou a plantar 2.000 pés de café dentro do prazo de seis meses. Se findos os seis meses ele plantou apenas 500 pés de café, incorreu em mora, mas como o credor auferiu um proveito real com o plantio dos 500 pés de café, a pena deve ser reduzida à quarta parte, a não ser que outras circunstâncias legitimem outra decisão de equidade”. Também admite a redução no caso de mora NONATO, 1959, p. 329.

III. OS CRITÉRIOS DE REDUÇÃO

I. OS CRITÉRIOS PROPOSTOS PELA DOUTRINA

O primeiro critério para a aplicação do artigo 924 era a proporção entre a parcela cumprida e a parcela inexecutada.⁶⁹ Esse parâmetro, explícito no dispositivo legal, se fundava no fato de que a inexecução parcial era menos danosa aos interesses do credor do que a total.⁷⁰ Reconhecendo a proporcionalidade como critério principal, no entanto, a doutrina sugeria uma variação dos critérios empregados em atenção às circunstâncias concretas julgadas.⁷¹

Teciam-se considerações acerca do que determinaria a proporção a ser reduzida.

Um critério debatido para calcular a proporção do que fora cumprido foi o número de cláusulas descumpridas, por oposição às cumpridas; esse parâmetro foi classificado de “inaceitável, perigoso mesmo”, porque, frequentemente, as cláusulas de um contrato não têm o mesmo valor. Outro modo de calculá-lo era o tempo decorrido, o que se considerou adequado, embora restrito a certas espécies de obrigação, assim como a quantidade adimplida (especialmente no caso de obrigações de dar). De todo modo, estima-se que não haveria regras invariáveis para se obter a proporcionalidade visada pela lei.⁷²

Esclarecia-se que a proporcionalidade deveria ser calculada pelo valor que as partes atribuíam à execução parcial, isto é, não necessariamente de acordo com o valor da execução parcial em si, mas sim de acordo com a utilidade para o credor, em comparação com o que proporcionaria a execução total.⁷³ A verificação do proveito para o credor era questão de fato, em que se presumia que o cumprimento parcial era útil e se admitia a prova em contrário.⁷⁴

Exemplo incorporado da doutrina francesa tratava de uma servidão de passagem com a finalidade expressa de deixar passar pelo prédio serviente com sua vindima, sob pena de pagar cem escudos no caso de perturbação do direito de servidão. Se, após deixar passar metade da vindima, o devedor embarcasse o transporte da outra metade, a penalidade não poderia ser devida por

69 “A redução não é a puro arbítrio do juiz, pois tem o devedor pretensão à observância do art. 924 e só se pode reduzir a pena, proporcionalmente à parte prestada” (PONTES DE MIRANDA, 1984, t. XXVI, p. 84).

70 BEVILAQUA, 1938, p. 73.

71 CARVALHO SANTOS, 1976, p. 393.

72 CARVALHO SANTOS, 1976, pp. 393-395.

73 FULGÊNCIO, 1928, p. 424; CARVALHO DE MENDONÇA, 1956, p. 385; CARVALHO SANTOS, 1976, p. 396; NONATO, 1959, p. 327.

74 NONATO, 1959, p. 327.

inteiro, visto que o credor gozou, em parte, do fim para que a servidão foi imposta. Desse modo, não se justificaria que ele recebesse a pena pelo total e, ao mesmo tempo, gozasse em parte da utilidade da servidão. No mesmo sentido, um segundo exemplo elucida que, se a obrigação principal era uma promessa de conseguir a anuência dos quatro proprietários de um terreno para a constituição de servidão de passagem, a recusa de um só deles já implica o pagamento da penalidade por inteiro, visto que o consentimento dos outros três não aproveita ao credor.⁷⁵

Por fim, a redução pela proporcionalidade podia ser objeto de ajuste prévio: as partes poderiam estabelecer em que medida a cláusula penal seria diminuída, em função do cumprimento, de modo que tal acordo vincularia o julgador.⁷⁶

Admitiam-se outros critérios em adição à proporcionalidade. Justificava-se essa margem de apreciação no fundamento de que, exercendo uma faculdade, o julgador deveria apreciar cada hipótese em atenção ao interesse do credor e ao real proveito proporcionado a ele pelo cumprimento parcial, além do alegado objetivo de “evitar o enriquecimento ilícito”. No que diz respeito ao último ponto, recomendava-se agir com cautela para que “a título de condenação ao enriquecimento ilícito não nulifique a convenção”, impedindo a cláusula penal de exercer a função coercitiva ou de pré-fixação de perdas e danos para a qual tivesse sido pactuada.⁷⁷

Um critério estranho, em certa medida, era o prejuízo efetivamente sofrido pelo credor em razão do inadimplemento. De um lado, reconhecia-se que a cláusula penal tinha, como uma de suas vantagens, a prévia determinação das perdas e danos e, portanto, a dispensa do procedimento de liquidação. Seu valor não seria vulnerável a uma desconformidade com os danos efetivos, salvo se as partes estipulassem a possibilidade de indenização suplementar.⁷⁸ Por outro lado, apontava-se que, embora a ausência de prejuízo não pudesse justificar a não aplicação da cláusula penal, a prova do dano sofrido poderia ser

75 CARVALHO SANTOS, 1976, pp. 388-389.

76 “Pode também ocorrer que as partes combinem o quantum da redução a se efetuar na pena por execução parcial e neste, como em qualquer outro caso de convenção das partes, deve o juiz conformar-se inteiramente com o critério fornecido pela declaração de vontade” (CARVALHO DE MENDONÇA, 1956, p. 385). No mesmo sentido, NONATO, 1959, p. 327.

77 CARVALHO SANTOS, 1976, p. 393.

78 “Poderá, sem dúvida, acontecer que a pena convencionada seja inferior ao prejuízo realmente sofrido pelo credor. Pensam alguns que, neste caso, a lei deve permitir-lhe reclamar, além da pena, o restante do prejuízo. O sistema do Código não admite, porém, essa cumulação da pena e de suplemento de perdas e danos, que tiraria à cláusula penal uma de suas principais vantagens, que é a prévia determinação das perdas e danos, e a consequente simplificação do processo, dispensando a liquidação. Tal cumulação somente se admitirá quando, expressamente, estipulada” (BEVILAQUA, 1938, pp. 70-71).

imposta para que o juiz apreciasse os limites em que reduzir a penalidade.⁷⁹ Vale reconhecer, porém, que a possibilidade de impor a prova do dano ao credor para impedir que a pena se reduza a um valor aquém do prejuízo mitiga, na prática, a função de pré-liquidação de perdas e danos, que já se reconhecia como “uma das funções mais prestantes da cláusula penal”⁸⁰.

Por fim, cabe apontar que a doutrina não fornecia um rol fechado de parâmetros a seguir na operação de redução em virtude do art. 924. Ainda que o texto legal fizesse expressa referência à proporcionalidade – conceito menos aberto do que a equidade a que se refere, hoje, o art. 413 do Código Civil de 2002 –, a doutrina admitia certa margem de apreciação do julgador fundada na “equidade”, na “posição respectiva das partes”, que informassem seu “prudente arbítrio”.⁸¹

Porém, ainda que essa interferência de um julgamento orientado à justiça material na autonomia privada fosse admitida, via-se com restrições. Não se justificava a redução da cláusula penal com base na “excessividade” de seu valor, precisamente em razão da preocupação de que a utilidade da cláusula penal fosse mantida. Nesse sentido, o máximo legal estabelecido pelo artigo 920 CC/16 era reconhecido como o limite mínimo para que a cláusula fosse considerada excessiva, de modo que esse fundamento não poderia justificar a redução por meio do art. 924.⁸²

79 “Para o devedor ser condenado a pagar a pena convencional, não precisa o credor provar prejuízo algum. É o princípio legal. Daí o corolário: não pode o juiz recusar aplicação da pena pelo fato de não provar o credor ter a inexecução parcial lhe causado um prejuízo real. Pode o juiz, em casos tais, tão-somente reduzir a pena. A prova do dano sofrido somente pode ser imposta para o objetivo da apreciação dos limites em que convém se faça a redução da pena” (CARVALHO SANTOS, 1976, p. 396) No mesmo sentido, FULGÊNCIO, 1928, p. 424.

80 PONTES DE MIRANDA, 1984, t. XXVI, pp. 59-60.

81 “O critério da redução, porém, não pode ser apenas o da proporcionalidade. Deve ser levada em conta também a utilidade que a prestação parcial ofereça ao credor. Daí a regra de que o critério da redução deve ser também o da equidade, combinado com o da utilidade que da prestação parcial retira ou não o credor” (CARVALHO SANTOS, 1976, p. 395, e no mesmo sentido NONATO, 1959, p. 334); “O juiz deverá na sentença de redução ter em conta a posição respectiva das partes, e todas as mais considerações de equidade, que puderem ilustrar o seu prudente arbítrio” (FULGÊNCIO, 1928, p. 424).

82 Ao comentar o art. 920, comenta Carvalho Santos: “O que é preciso convir é que o princípio da autonomia da vontade vai cedendo lugar, no campo das obrigações, aos preceitos da equidade. Ao juiz se concede, hoje em dia, seguindo-se a orientação doutrinária preponderante, um poder de apreciação cada vez maior. [...] Mas daí não se pode inferir que mereça aplausos a doutrina que deixa ao amplo arbítrio do juiz reduzir a cláusula penal a pretexto de excessiva, sem lhe fixar um mínimo em que o seu arbítrio possa ser invocado. Precisamente porque, se assim se entender, a cláusula penal perde sua razão de ser, torna-se uma inutilidade, não valendo mais como uma prefixação das perdas e danos, em virtude do acordo das partes. Por isso mesmo, parece-nos, acertado andou o Código brasileiro em aceitar apenas em parte as novas tendências do direito alemão, evitando os seus inconvenientes, com o prefixar um mínimo para o arbítrio do juiz. [...] O que a lei não tolera é o excesso, mas teve o cuidado de esclarecer o que considera excesso, para que o juiz não tenha um arbítrio tal capaz de invalidar

Pode-se apontar, ainda, que recentemente afirmou-se, quanto ao regime de 1916, que princípios de teoria geral do contrato poderiam ser empregados como fundamentos para uma redução “jurisprudencial” da cláusula penal. Apoiando-se na equidade, ainda que sem previsão em um texto legal, considerava-se possível a redução da cláusula penal mesmo fora do art. 924 CC/16. Justifica-se tal decisão invocando os “fins sociais” de que trata o art. 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro⁸³ e o princípio da boa-fé, que vedaria o enriquecimento de um dos contratantes à custa do outro e teria fundamento complementar à “finalidade social”.⁸⁴

II. OS CRITÉRIOS EMPREGADOS NA JURISPRUDÊNCIA

A fim de ilustrar como se deu a aplicação da regra contida no art. 924 do Código Civil de 1916 ao longo de sua vigência, colheram-se julgados de três períodos. Apresentam-se abaixo os julgados das décadas de 1930 a 1950 reunidos sob a rubrica do art. 924 no Repertório de Jurisprudência do Código Civil, v. 1, de Eryx de Castro⁸⁵. Na sequência, apresenta-se julgados colhidos do repertório de jurisprudência sobre cláusula penal organizado por Limongi

a convenção, preponderante sobre a vontade das partes” (CARVALHO SANTOS, 1976, pp. 360-361). Ainda, conforme CARVALHO DE MENDONÇA, 1956, p. 383: “O caso é restritíssimo em nosso direito. Fora da execução parcial, nenhuma consideração de equidade pode autorizar o juiz a diminuir a pena convencional”.

83 “Art. 5º. Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”.

84 Nesse sentido, NEGREIROS, 2006, pp. 135-136: “Como se sabe, o juízo de equidade é, no nosso sistema jurídico, restrito às hipóteses em que houver expressa autorização legal (art. 127 do Código de Processo Civil). Um típico exemplo em que o juízo de equidade era permitido no Código Civil de 1916 é o do art. 924, que autorizava o juiz a reduzir o montante da cláusula penal proporcionalmente ao cumprimento parcial da obrigação. Hoje, de acordo com o art. 413 do novo Código Civil, o juiz tem claramente o dever de proceder à redução equitativa da penalidade. Na prática jurisprudencial, contudo, encontram-se decisões apoiadas na equidade em referência a hipóteses não abrangidas por permissivos legais expressos. Em matéria de cláusula penal, por exemplo, firmou-se a posição do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que, à luz das especificidades do caso concreto, a cláusula penal poderia ser reduzida judicialmente mesmo quando não se tivesse verificado o cumprimento parcial da obrigação, ou seja, mesmo fora da hipótese prevista no antigo art. 924 do Código Civil de 1916. Hoje, é verdade, tal posicionamento encontra expresso respaldo legal, já que o art. 413 do novo Código Civil estende a redução por equidade aos casos em que a multa seja ‘manifestamente excessiva’, independentemente de se ter verificado o cumprimento parcial da obrigação. À falta de previsão legal para decidir por equidade, invocam-se os ‘fins sociais’ (art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil, Decreto-lei n. 4.657/42) a que se dirige a lei como critério para a delimitação de sua incidência no caso concreto. O caso da redução da cláusula penal poderia perfeitamente ter sido solucionado com o recurso ao princípio da boa-fé, o qual, dirigido especificamente à relação obrigacional, constitui uma fundamentação complementar à ideia de ‘finalidade social da lei’. A interpretação da cláusula penal à luz do princípio da boa-fé impede que este instituto, distanciando-se da sua finalidade econômico-social, se transforme em instrumento de enriquecimento de um dos contratantes em detrimento do outro”.

85 CASTRO, Eryx. Repertório de Jurisprudência do Código Civil: Direito das obrigações, v. 1. São Paulo: Max Limonad, 1957.

França, de julgados das décadas de 1970 e 1980⁸⁶. Por fim, são apresentados julgados do STJ, colhidos por meio do mecanismo de pesquisa digital do site deste tribunal, datados a partir de 2000⁸⁷.

I. JULGADOS DATADOS DE 1930 A 1960

Uma importante controvérsia entre a jurisprudência e a doutrina sobre o art. 924 dizia respeito a seu caráter cogente ou dispositivo. Como visto *supra*, a doutrina majoritariamente entendia que a regra era dispositiva. A jurisprudência, ainda que com divergências, predominantemente a considerava cogente.

O TJSP, em 1932, empregou em um julgado apenas o critério da proporção temporal de cumprimento, assinalando que o artigo 924 era cogente para as partes, embora atribuisse faculdade ao juiz.⁸⁸ Em 1942, argumentou-se que “a faculdade outorgada ao juiz no art. 924 do Código Civil é de ordem pública não prevalecendo convenção em contrário pelas partes contratantes”.⁸⁹

Em mais um acórdão de 1932, um outro fundamento foi empregado: por se tratar de norma de “Direito Público”, referente à competência do juiz, não poderia ser alterada pelas partes⁹⁰. A doutrina criticou esse argumento, visto que a competência para julgar a causa não se altera pela convenção das partes, que estipulam que a norma do art. 927, 2ª parte, se aplicaria inclusive no caso de cumprimento parcial; o juiz deveria, portanto, julgar de acordo com o contratado.⁹¹

86 LIMONGIFRANÇA, Rubens. *Jurisprudência da cláusula penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988b.

87 Para essa pesquisa de julgados, empregaram-se os termos “cláusula penal” e “redução”, adicionados. Foram eliminados do escopo da pesquisa: acórdãos que decidissem apenas questões preliminares e/ou que por qualquer motivo processual não tenham apreciado o mérito da redução da cláusula penal; acórdãos que aplicassem o Código de Defesa do Consumidor, e não o Código Civil; acórdãos que apreciassem a legalidade da cláusula penal em vista da legislação especial; acórdãos que aplicassem, para a redução, apenas as regras relativas ao teto legal, como a do art. 412 e as da legislação especial; acórdãos relativos a contratos administrativos; acórdãos relativos a multas judicialmente fixadas (astreintes); acórdãos relativos a arras.

88 “deve ser provido parcialmente o agravo, para reduzir-se a multa proporcionalmente ao tempo do cumprimento da avença, conforme faculta ao Juiz o art. 924 do Código Civil e não obstante dispor o contrato de locação e fiança que a multa será sempre paga integralmente, seja qual for o tempo decorrido. O preceito do art. 924 não pode ser alterado pelos particulares” (TJSP, Agravo de Petição n. 75, 4ª Câmara Civil, Rel. Des. Sylvio Portugal, j. 10.12.32, colhido de CASTRO, 1957, n. 102, p. 103).

89 TASP, Apelação n. 17.307, 4ª Câmara Civil, Rel. Meirelles dos Santos, j. 05.11.42, colhido de CASTRO, 1957, n. 96, p. 100.

90 “O Sr. Ministro Mário Masagão, fundamentando o seu voto no acórdão de 23 de março de 1932, esclareceu seu pensamento, nestes termos: ‘Mantive o acórdão da Quarta Câmara, pelo motivo seguinte: entendi que o art. 924 do Cód. Civil contém um preceito, não propriamente de ‘ordem pública’, locução que tem sentido técnico especial, mas um preceito de ‘Direito Público’, pois que se refere à competência do juiz. A convenção das partes não pode modificar normas de Direito Público’ (Rev. de Crítica Judiciária, vol. 15, pág. 430)” (CARVALHO SANTOS, 1976, p. 402).

91 CARVALHO SANTOS, 1976, pp. 402-403.

Em 1952, novamente se decidiu no sentido do caráter cogente da norma, sob o fundamento de que a tendência da legislação, observada a partir da Lei da Usura era de “fazer preponderar os intuitos éticos sobre os egoísticos”, relativizando o princípio da liberdade das convenções que até então prevalecia. Forte nesse argumento, o acórdão reduziu a cláusula penal.⁹²

Em julgado de 1953, assinalou-se que “a convenção das partes não pode suprimir uma faculdade concedida ao Juiz pelo art. 924 do Código Civil. Cumprido parcialmente o contrato, parcialmente deve ser paga a multa pelo inadimplente”⁹³

Também em 1953, um julgado proclamou como requisitos da aplicação do art. 924 o “cumprimento parcial do contrato, vantagem ou utilidade para o credor dessa execução parcial, bom procedimento, boa-fé ou boa conduta do obrigado”.⁹⁴ Nesse julgado, porém, restou vencido o Des. Prado Fraga, que declarou voto no sentido de que, sendo “norma disciplinadora dos interesses privados dos contratantes”, o art. 924 não seria cogente; ele apontava, ainda o problema da análise da função da cláusula penal: “pondero ainda que muitos julgadores só reduzem a multa moratória; outros também a compensatória e outros entendem que deve ser reduzida qualquer delas. Impossível é, pois, sufragar a tese do acórdão conflitante, que mandou reduzir a multa sem atenção à sua natureza”.⁹⁵

No mesmo sentido, decidiram que era cogente diversos acórdãos de 1945⁹⁶, 1952⁹⁷, 1953⁹⁸ e 1954⁹⁹.

-
- 92 “Dir-se-á que esse decreto tem aplicação restrita aos contratos de mútuo. Nem por isso, contudo, se negará que reflete ele a acentuada tendência da nossa legislação em fazer preponderar os intuitos éticos sobre os egoísticos, mesmo quando daí possam advir arranhões para tradicionais princípios jurídicos, como aquele da liberdade das convenções” (TASP, Apelação n. 2.319, 1ª Câmara Civil, Rel. Euclides C. da Silveira, j. 10.09.52, colhido de CASTRO, 1957, n. 106, p. 108).
- 93 TJSJ, Apelação 62.245, 2ª Câmara Cível, Rel. Des. Percival de Oliveira, j. 17.03.53, colhido de CASTRO, 1957, n. 84, p. 88.
- 94 TJSJ, Apelação n. 52.799, 6ª Câmara Cível, Rel. Des. H. da Silva Lima, j. 13.02.53, colhido de CASTRO, 1957, n. 85, p. 89.
- 95 TJSJ, Apelação n. 52.799, 6ª Câmara Cível, Rel. Des. H. da Silva Lima, j. 13.02.53, voto vencido do Des. Prado Fraga, colhido de CASTRO, 1957, n. 86, pp. 89-94.
- 96 TASP, Apelação n. 24.542, 4ª Câmara Civil, Rel. A. de Oliveira Lima, j. 20.02.45, colhido de CASTRO, 1957, n. 94, p. 99.
- 97 TASP, Apelação 1.701, 1ª Câmara Civil, Rel. ad hoc Juiz Samuel Francisco Mourão, j. 11.06.52, colhido de CASTRO, 1957, n. 107, pp. 108-111.
- 98 “O art. 924 do Código Civil concede uma faculdade ao julgador, para ser usada quando lhe parecer justificável, devendo-se considerar não escrita a restrição constante do contrato e que tornaria letra morta o dispositivo se se generalizasse o pacto a esse respeito e obrigasse o julgador” (TASP, Apelação n. 5.994, 2ª Câmara Civil, Rel. L.G. Gyges Prado, j. 14.10.53, colhido de CASTRO, 1957, n. 105, p. 107). Também, TASP, Agravo n. 358, 4ª Câmara Civil, Rel. Sylvio Portugal, j. 23.03.53, colhido de CASTRO, 1957, n. 101, pp. 102-103.
- 99 TASP, Apelação n. 7.293, 1ª Câmara Civil, Rel. Cantidiano de Almeida, j. 27.04.54, colhido de CASTRO, 1957, n. 104, p. 105.

A doutrina não permanecia inerte frente a essas decisões, assinalando que não havia, na regra do art. 924, interesse de ordem pública que justificasse a restrição à vontade das partes; condenava-se, ainda, a incompatibilidade dessa solução com o caráter facultativo da regra para o juiz.¹⁰⁰

A posição jurisprudencial, embora predominante, não era unânime: encontrava-se significativa quantidade de acórdãos em sentido contrário.

O STF, em 1942, foi instado a decidir se as partes poderiam estipular que “a multa será sempre paga por inteiro”, ou seja, se poderiam afastar a possibilidade de redução judicial. Nessa ocasião, colheu opiniões de diversos juristas estrangeiros favoráveis ao caráter dispositivo da regra, em conformidade com a predominância da liberdade contratual e da individualidade no Código de 1916 até então; ainda, foi considerada expressiva a ausência de atribuição de um poder de redução judicial fundada na equidade ou razoabilidade, como era o caso do BGB e do Código Federal Suíço das Obrigações.¹⁰¹ A mesma solução foi adotada pela 3ª Câmara Cível do TJSP em 1953.¹⁰²

Em 1954, o TASP, após fazer considerações sobre o inadimplemento praticado pelos réus, que deixaram de pagar aluguéis e sub-locaram o prédio à revelia do locador, entendeu que a norma do art. 924 era dispositiva, não podendo o Juiz fazer uso da faculdade que lhe conferia se as partes tivessem manifestado vontade oposta.¹⁰³

100 Em crítica a um acórdão que dispunha que o dispositivo era cogente, assinalava Carvalho Santos: “O que o venerando acórdão não explica é porque o pacto não pode privar o juiz de usar da faculdade que a lei lhe confere expressamente. Nem podia explicar, porque, em verdade, isso só se poderia verificar se o dispositivo do art. 924 contivesse princípio de interesse de ordem pública. Ora, tal não é a realidade, consoante o ensinamento da melhor doutrina, a que já nos referimos. Logo, cai por terra a conclusão, que, sem amparo em premissas verdadeiras, vagava aereamente, sem subsistência. Nem se compreenderia um dispositivo de ordem pública que não obriga o juiz, mas apenas lhe faculta a redução da pena. [...] Ora, se não está em jogo o interesse da ordem pública, que razão justifica a inviolabilidade da disposição, a ponto de não se tolerar que coisa diversa convençionem as partes?” (CARVALHO SANTOS, 1976, pp. 400-402)

101 “Tais opiniões encontram clima favorável no sistema demasiado individualista do nosso Código Civil, onde não se depara dispositivo igual ao do art. 343 do Código Guilherme II e no do art. 163, última parte, do Código federal suíço de obrigações, que armam o Juiz em todos os casos, do poder de subordinar ao razoável e ao equidoso as penas marcadas de patente excesso. Apenas, convém registrar que, em sua última fase, a nossa legislação toma rumos diversos do individualismo, o que se torna visível nas leis que tendem a reprimir os lucros excessivos e no sistema que adotou o anteprojeto do Código das Obrigações” (STF, RE 4.252, Segunda Turma, voto do rel. Min. Orozimbo Nonato, j. 24.04.42, colhido de CASTRO, 1957, n. 80, p. 85).

102 “Como, porém, a obrigação foi cumprida em parte e os contraentes não afastaram a hipótese do art. 924 do Código Civil, deve a multa ser reduzida proporcionalmente à parte cumprida” (TJSP, Apelação n. 62.406, 3ª Câmara Cível, Rel. Des. Prado Fraga, j. 23.04.53, colhido de CASTRO, 1957, n. 83, p. 88).

103 “E bem andou o juiz mandando que ela fosse paga integralmente, sem qualquer redução, dado o caráter nitidamente compensatório que ela envolve, chegando mesmo a se estabelecer que ela seria cobrada sempre integralmente, qualquer que fosse o tempo pelo qual foi aquele regularmente cumprido. Assim, ante essa vontade expressa dos contratantes, já não é possível

Quanto aos critérios de redução propriamente ditos, deve-se destacar a proporcionalidade em relação à porção inadimplida, já enunciada no texto legal. Em certos acórdãos, a proporcionalidade era o único critério enunciado.¹⁰⁴

Assim se explicou o critério em exame: “Para a fixação da multa proporcional em contrato de locação, executado em parte, divide-se o valor da multa pelo número de meses do prazo convencionado, multiplicando-se, a seguir, o quociente pelo número de meses restantes, contados estes da data da infração contratual”.¹⁰⁵

Interessante acórdão veio do TASP em 1952. Decidiu-se que a cláusula penal deveria ser reduzida, uma vez que tinha caráter compensatório e que a norma do art. 924 tinha caráter cogente. Criticou-se, porém, a redução operada pela decisão recorrida. A redução ao montante de “Cr\$ 3.000,00 sem outros comentários” adotada pelo magistrado é afastada porque “além de arbitrária – uma vez que o digno prolator da sentença não lhe deu os fundamentos”, transformaria a multa em “moratória”, enquanto o tribunal decidira que, por ter sido pactuada em valor muito próximo ao total dos aluguéis devidos, a cláusula penal seria “indiscutivelmente compensatória”. Portanto, o respeito à natureza da cláusula penal pactuada é um parâmetro empregado pelo tribunal para rejeitar a redução operada em primeira instância. Notadamente, seria incompatível com a resolução do contrato que acompanhou o inadimplemento. O critério que finalmente se adota para operar a redução é o da proporção de cumprimento do contrato: dividiu-se o valor pactuado pelo número de meses da convenção e o locatário foi poupado de quatro partes, relativas aos quatro meses em que cumpriu adequadamente sua obrigação.¹⁰⁶

-
- ao Juiz usar da faculdade que, somente no silêncio das partes, o art. 924 do Código Civil lhe confere, de reduzir a multa proporcionalmente. Não é de se erigir aquele dispositivo legal à condição de preceito de ordem pública, que fixasse regra considerada pelo legislador, indispensável para assegurar a existência dos interesses coletivos do Estado” (TASP, Apelação 7.605, 2ª Câmara Civil, Rel. Alcides Faro, j. 08.06.54, colhido de CASTRO, 1957, n. 103, p. 104).
- 104 “reduzir-se a multa proporcionalmente ao tempo do cumprimento da avença” (TJSP, Agravo de Petição n. 75, 4ª Câmara Civil, Rel. Des. Sylvio Portugal, j. 10.12.32, colhido de CASTRO, 1957, n. 102, p. 103); veja-se, também: “a multa deve ser paga na forma pactuada, ou seja, Cr\$ 20.000,00, reduzida proporcionalmente ao cumprimento do contrato, nos precisos termos do art. 924 do Código Civil” (TJSP, Apelação n. 50.384, 1ª Câmara Civil, Des. Rel. Thrasybulo de Albuquerque, j. 04.09.50, colhido de CASTRO, 1957, n. 88, p. 97); “a multa deve ser paga na forma pactuada, ou seja, Cr\$ 20.000,00, reduzida proporcionalmente ao cumprimento do contrato, nos precisos termos do art. 924 do Código Civil” (TJSP, Apelação n. 50.384, 1ª Câmara Civil, Des. Rel. Thrasybulo de Albuquerque, j. 04.09.50, colhido de CASTRO, 1957, n. 88, p. 97); TASP, Apelação n. 2.319, 1ª Câmara Civil, Rel. Juiz Euclides C. da Silveira, j. 10.09.52, colhido de CASTRO, 1957, n. 106, p. 108.
- 105 TASP, Apelação n. 1.800, 1ª Câmara Civil, Rel. Lafayette Salles Júnior, j. 21.05.52, colhido de CASTRO, 1957, n. 108, p. 111.
- 106 TASP, Apelação 1.701, 1ª Câmara Civil, Rel. ad hoc Samuel Francisco Mourão, j. 11.06.52, colhido de CASTRO, 1957, n. 107, pp. 108-111.

O critério da proporção do adimplemento em relação à duração prevista do contrato também foi o único critério evidenciado em acórdão de 1954 do TASP. Tratava-se de locação de um imóvel com duração de um ano. A locatária ocupou a casa apenas por três meses e alguns dias, pois tinha intenção de manter ali um prostíbulo, o que a autoridade policial impediu. Não lhe convindo mais permanecer no local, a locatária descumpriu o restante do contrato. Aplicando o art. 924, o tribunal reduziu a multa para $\frac{3}{4}$ do montante estipulado¹⁰⁷. Veja-se que não são levados em conta, como se poderia cogitar, aspectos morais ou relativos à culpa pelo inadimplemento; a proporcionalidade é friamente aplicada.

Em controvérsia julgada em 1955, pelo TJPR, a proporcionalidade foi, novamente, tomada como único critério, tendo-se destacado a irrelevância da disparidade entre a quantia pactuada como penalidade e o dano sofrido. No caso, os locadores se insurgiam contra a redução de cláusula penal a ser paga pelos locatários inadimplentes, operada pelo juiz de primeiro grau, alegando que “da inexecução do contrato, lhe advieram prejuízos de tal monta que o valor da pena convencional não os cobre” e que houvera outras violações contratuais além do não pagamento dos aluguéis. Concluiu o tribunal que, uma vez que fora estipulada cláusula com função de “verdadeira prefixação das perdas e danos” e que seu objeto era o inadimplemento de um contrato contendo várias obrigações, não poderia o credor “argumentar com a insuficiência do valor dos danos prefixados, para evitar que, em caso de cumprimento parcial da obrigação, seja o valor de tais danos reduzido proporcionalmente ao tempo da execução do contrato”. Desse modo, rejeitou o pleito dos recorrentes.¹⁰⁸

Nem sempre, porém, o único critério era a proporção temporal do adimplemento do contrato. Em alguns casos, deu-se especial atenção ao proveito do cumprimento parcial para o credor e à conduta do devedor na execução do pactuado.

Por exemplo, considerou-se devida a redução porque “os réus cumpriram parcialmente o contrato de locação, uma vez que essa execução parcial foi útil para o autor e lhe trouxe proveito”, a cláusula penal poderia ser reduzida.¹⁰⁹

Em outra ocasião, considerou-se que “é justo que [os réus] não percam tudo quanto fizeram e que reverteu em favor dos autores. O art. 924 do Código

107 “A multa, tendo sido o ajuste cumprido em uma quarta parte, deve reduzir-se, proporcionalmente, como faculta o art. 924 do Código Civil” (TASP, Apelação n. 7.293, 1ª Câmara Civil, Rel. Cantidiano de Almeida, j. 27.04.54, colhido de CASTRO, 1957, n. 104, p. 105).

108 TJPR, Apelação n. 6.846, 2ª Câmara Cível, Rel. Des. Costa Barros, j. 23.06.55, colhido de CASTRO, 1957, n. 82, p. 87.

109 TASP, Embargos n. 28.199, 1º Grupo de Câmaras Cíveis, Rel. A. de Oliveira Lima, j. 24.09.46, colhido de CASTRO, 1957, n. 91, p. 97.

Civil acode em seu auxílio. [...] Não é justo que percam eles todo o trabalho feito, todo o esforço realizado, todo o tempo empregado no objeto do contrato, com inteiro proveito para a parte contrária, e nada recebam”. Desse modo, decidiu-se pela redução a metade da penalidade pactuada.¹¹⁰

Em 1948, apontou-se que a redução deveria ser feita “atendendo-se ao bom procedimento do devedor, à sua boa-fé na execução do contrato e aos resultados auferidos pelo credor com a execução parcial da obrigação”. Por isso, no caso em análise, a penalidade não deveria ser reduzida, visto que “logo após o início do prazo contratual, infringiu o réu o contrato, sublocando a chácara objeto do arrendamento, com o fito de auferir lucro ilícito e em detrimento dos direitos dos autores, dentre os quais se encontram vários menores”.¹¹¹

E, ao contrário da decisão paranaense que negava interferência do montante dos danos efetivamente suportados na operação de redução¹¹², alguns acórdãos levaram em consideração o prejuízo do credor para negar ou diminuir a margem da redução realizada.

Em 1940, o TASP negou a redução da multa, fundando-se no caráter de faculdade do juiz que tinha a redução autorizada pelo art. 924, em razão dos “graves incômodos e prejuízos” suportados pelo credor, uma vez que a violação contratual causara “fortes inconvenientes no prédio, como seja, por exemplo, a entrada de águas pluviais em diversos cômodos, o que diminuiu o seu valor locativo”.¹¹³

O mesmo critério fora usado no mesmo ano, desta vez concluindo-se pela redução da multa. Em vista do cumprimento das obrigações dos locatários, mas também da “imperfeita conservação” do prédio, a multa foi “proporcionalmente reduzida, tendo-se em vista os prejuízos e incômodos do locador”.¹¹⁴

Um argumento inusitado para justificar a redução, empregado talvez por seu potencial retórico, foi a “vedação ao enriquecimento”. Com essa justificativa, buscava-se – ao menos declaradamente – a redução da cláusula penal com intuito de adequação ao dano efetivo.

Por exemplo, entendeu-se que, cumprida a obrigação com atraso, mas tendo atingido os objetivos do contrato, “a multa, que não deve transformar-

110 TJSJ, Apelação n. 34.285, 6ª Câmara Cível, Rel. Des. H. da Silva Lima, j. 19.09.47, colhido de CASTRO, 1957, n. 90, pp. 96-97.

111 TJSJ, Apelação n. 39.960, 5ª Câmara Cível, Rel. Des. Barros Monteiro, j. 05.11.48, colhido de CASTRO, 1957, n. 89, p. 96.

112 Vide NR 108.

113 TASP, Apelação n. 8.800, 1ª Câmara Civil, Rel. Paulo Colombo, j. 29.07.40, colhido de CASTRO, 1957, n. 99, pp. 101-102.

114 TASP, Agravo n. 8.572, 4ª Câmara Civil, Rel. Theodomiro Dias, j. 06.06.40, colhido de CASTRO, 1957, n. 100, p. 102.

-se em fonte de enriquecimento, é reduzida razoavelmente tendo em vista os prejuízos sofridos pelo contratante”.¹¹⁵

Em outro contrato de locação, a locatária pagara os aluguéis ajustados e restituíra o prédio e o maquinário que lhe haviam sido cedidos; no entanto, os bens arrendados não foram devolvidos em bom estado, como estipulava o contrato. A cláusula penal na espécie fora pactuada para “garantir as obrigações contratuais ou cada uma isoladamente”. Tendo em conta que o inadimplemento parcial, o tribunal rejeita os embargos que sustentavam que a natureza da cláusula penal deveria ser considerada e a reduz com vistas ao dano efetivo: “Qualquer que seja a natureza da pena convencionada, seja geral a natureza da obrigação assumida, desde que se divise execução parcial do compromisso contratual, impõe a redução da multa à quantia suficiente para cobrir os prejuízos, pela razão óbvia de que a multa não visa o enriquecimento do contratante inocente, senão a reparação dos danos efetivamente sofridos. Nessa conformidade, desde que o juiz se convença de que o montante da cláusula penal é exagerado, por ter a parte infratora cumprido em parte a obrigação assumida, deve ordenar a redução da pena, para que esta não se transfigure em fonte de locupletamento”.¹¹⁶

Também um julgado do TASP em 1945 pautou-se na função indenizatória da cláusula para, de modo surpreendente concluir que ela “deve representar a indenização devida” e que “não pode constituir meio de enriquecimento”. Uma vez que apenas uma cláusula do contrato havia sido cumprida e a execução parcial aproveitara à credora¹¹⁷, o tribunal reduziu a multa ao valor do prejuízo efetivamente sofrido¹¹⁸. A redução foi operada, ademais, apesar de “haver sido convencionado, pelos contratantes, que a multa devia ser paga integralmente, qualquer que fosse o tempo decorrido da sublocação, porque, segundo tem entendido a jurisprudência, o prescrito do art. 924 do Código Civil é de interesse público e não pode, por isso, ser invalidado pela convenção das partes”.¹¹⁹

115 TASP, Embargos n. 4.488, 2º Grupo das Câmaras, Rel. J. M. Gonzaga, j. 22.08.40, colhido de CASTRO, 1957, n. 97, p. 100.

116 TASP, Embargos n. 5.763, 2º Grupo de Câmaras, Rel. Leme da Silva, j. 24.07.40, colhido de CASTRO, 1957, n. 98, p. 101.

117 “só transgrediu a cláusula 3ª desse contrato; a execução parcial do contrato proporcionou à autora lucros e vantagens” (TASP, Apelação n. 24.542, 4ª Câmara Civil, Rel. A. de Oliveira Lima, j. 20.02.45, colhido de CASTRO, 1957, n. 94, p. 99).

118 “O prejuízo que, na realidade, o réu causou à autora, transgredindo a cláusula terceira do contrato de sublocação de fls., foi o de sujeita-lo ao pagamento da multa de Cr\$ 10.000,00 (dez mil cruzeiros), em que incorreu, por haver violado o contrato de locação do prédio, feito com o proprietário” (TASP, Apelação n. 24.542, 4ª Câmara Civil, Rel. A. de Oliveira Lima, j. 20.02.45, colhido de CASTRO, 1957, n. 94, p. 99).

119 TASP, Apelação n. 24.542, 4ª Câmara Civil, Rel. A. de Oliveira Lima, j. 20.02.45, colhido de CASTRO, 1957, n. 94, p. 99.

Outro acórdão do TASP, em 1945, provoca alguma surpresa. Tratava-se de “multa [...] exigível no caso de não cumprimento de qualquer de suas cláusulas”. O inadimplemento consistira na sublocação do prédio objeto do contrato, sem consentimento escrito e prévio do locador, o que era vedado pelo ajuste entre as partes. O tribunal se volta, porém, ao comportamento adequado do sublocatário, “tão idôneo [...] no juízo do locador, que este lhe manifestara o propósito de contratar diretamente com o mesmo a locação do prédio, depois de liquidada sua situação com a ré” e ao fato de que o pedido fora “ajuizado quase no final do prazo contratual”. Tendo isso em vista, o tribunal decidiu que a cláusula penal era “compensatória” e que sua redução se fazia de rigor, uma vez que “não pode constituir fonte de enriquecimento para o contratante pontua, mas a justa indenização dos prejuízos e incômodos efetivamente sofridos”; “cumprido em boa parte o contrato, impõe-se, portanto, a redução da multa, em obediência ao preceito civil citado, que representa salutar mandamento de equidade”.¹²⁰

Essa relação estabelecida entre a redução da cláusula penal e a conformação à indenização que seria devida, de acordo com as regras gerais, reforçada pelo argumento de “vedação ao enriquecimento” não encontra respaldo nas regras legais sobre a cláusula penal. Com efeito, ainda que a cláusula tenha função indenizatória, a sua redução não pode pressupor uma avaliação dos danos, pois o acordo acerca da cláusula penal busca, via de regra, evitar essa discussão. Mitiga-se, com isso, a função de pré-liquidação dos danos contida na cláusula penal.

Ademais, a consideração sobre o enriquecimento, embora recorrente, é de índole moral, não jurídica. O que importa sobre o enriquecimento – entendido aqui como acréscimo patrimonial –, no âmbito do direito civil, é se existe ou não uma causa para sua ocorrência¹²¹. Existindo cláusula penal pactuada, a causa jurídica para o acréscimo patrimonial do credor está na própria cláusula, no próprio contrato. O deslocamento patrimonial está legalmente justificado, uma vez que originado de fato jurídico lícito.

Cabe adicionar, aqui, uma contundente crítica doutrinária. Em comentário a um acórdão paulista, Clóvis Beviláqua apontou que a motivação do julgamen-

120 TASP, Apelação 25.046, 2ª Câmara Civil, Rel. Leme da Silva, j. 10.04.45, colhido de CASTRO, 1957, n. 93, p. 99.

121 “Há duas linhas que separam o enriquecimento permitido e o enriquecimento não permitido (=contrário a direito): a linha em que se confina a ilicitude e a linha em que se confina o injustificado, dentro de cujo setor está, como espécie, o sine causa. [...] Há atos danificantes que não são atos ilícitos geradores do dever de indenizar; e enriquecimentos, que não criam o dever de restituir” (PONTES DE MIRANDA, 1984, t. XXVI, pp. 119-122).

to, de que o pagamento integral da penal “determinaria verdadeiro locupletamento do autor à custa dos réus, ao passo que a satisfação da multa reduzida, pela forma exposta, compensa, perfeitamente, o autor, das perdas e danos”, não se sustentava. Para afastar a força obrigatória dos contratos, o acórdão invocava os princípios constitucionais do comércio jurídico. Sobre eles, o jurista afirmou que certamente não poderiam ser estes os princípios gerais do direito, uma vez que eles só serviriam para preencher lacunas da lei, o que não se verificava na espécie. Verificou-se que o acórdão visava limitar o que lhe parecia excessivo no direito legal de uma das partes, sem, porém, desincumbir-se do ônus de caracterizar como anormal ou irregular o uso do poder jurídico; sem isso, não poderia haver abuso de direito. Reiterava, por fim, a importância de garantir o contrato legalmente firmado, visto que “há nele a expressão da vontade individual combinada com o interesse social, que a lei traduz. Assim o exige, antes da moral, a necessidade da vida coletiva juridicamente organizada.”¹²²

Por fim, há acórdãos que empregam critérios já muito distantes do que permite o texto legal.

Em um julgado de 1943, o tribunal, mesmo reconhecendo que não se trata de hipótese de redução autorizada pelo art. 924, permite-se reduzir a penalidade em razão do caráter excessivo da multa e da desconformidade em relação aos prejuízos sofridos pela parte inocente.¹²³ Vê-se uma atribuição de poder revisional da jurisprudência para si mesma, criando espaço para redução da cláusula penal onde reconhece que a lei não o autoriza. A decisão é fundada na concepção de equidade do julgador, que entende que a excessividade da cláusula penal ou a disparidade em relação aos prejuízos justifica que se crie uma abertura para intervenção onde a lei não criara.

A equidade também foi o conceito determinante de uma decisão na qual se qualificou o artigo 924 como norma que não poderia ser derogada pelas partes, mas que atribuía mera faculdade ao Juiz, que este deveria usar ou não “em cada caso, conforme as circunstâncias especiais que o revistam”. Na espécie, decidiu-se pela não redução em razão da “benignidade” com que agira a autora, visto que “não procurou tirar do contrato, que os réus violaram, todas as vantagens que das respectivas estipulações para ela autora poderiam decorrer”, notadamente porque não cobrara deles todos os valores a que teria di-

122 Comentário transcrito em CARVALHO SANTOS, 1976, pp. 404-407.

123 “Não sendo possível, no caso de multa variável, a sua redução proporcional nos termos do art. 924 do Código Civil, nem por isso, quando excessiva ou em desacordo com os prováveis prejuízos da parte inocente, deve o julgador abster-se de reduzi-la a suas justas proporções” (TASP, Apelação n. 19.557, 3ª Câmara Civil, Rel. Leme da Silva, j. 25.08.43, colhido de CASTRO, 1957, n. 95, p. 100).

reito em razão do contrato. O tribunal pondera que o “intuito com que a lei confere ao Juiz a atribuição constante do art. 924 do Código Civil, é o de impedir que uma das partes, gananciosamente, procure tirar, da situação da parte contrária todos os proveitos possíveis, com sacrifício da equidade”. Na avaliação dos julgadores, tal abuso não ocorrera no caso examinado, o que justificou a manutenção da multa.¹²⁴

II. JULGADOS DE 1970 A 1990

No que toca o caráter cogente ou dispositivo do art. 924, permaneciam as divergências jurisprudenciais.

Em 1972, o 2º TACSP decidiu que a regra do art. 924 era dispositiva, ressaltando, porém, que tal não era o caso da regra do art. 920. Assim, o sistema brasileiro respeitava as duas soluções: “a) a redutibilidade por sentença, no caso de pena compensatória, salvo se as partes a excluíram; b) a limitação ‘ipso iure’, que é a técnica do máximo. [...] [A técnica] deu ao credor a faculdade de excluir a redutibilidade da sentença, mas impôs a observância do princípio da igualdade, consoante o art. 920, pelo perigo que corre o devedor, que poderá ver aditado ao débito estipulações oprimentes”.¹²⁵

Decidiu-se pela derogabilidade do artigo 924 do CC em acórdão do 2º TACSP de 1978. Na ocasião, fundou-se a percepção do relator em “não se tratar de princípio de ordem pública”, de acordo com doutrina estrangeira e quase a unanimidade da doutrina brasileira. Em atenção aos argumentos contrários de Washington de Barros Monteiro, frisa-se que “as limitações ao princípio da autonomia da vontade, em matéria obrigacional, na verdade, devem derivar de regras inequívocas e, como exceções ao princípio da liberdade de convenção, só podem ser interpretadas e entendidas restritivamente”. Embora vencido, o des. Figueiredo Cerqueira declarou voto no sentido de que o artigo seria cogente, por tratar de norma tocante à competência do juiz.¹²⁶

Um julgado de 1981 dedica algumas linhas a explicar que a regra do art. 924 “tem fundamento de equidade: se o lesado desfrutou do cumprimento do contrato, ainda que em parte, não tem sentido postular a sanção por inteiro”. Funda-se, no entanto, no fato de ser “silente o contrato”, de modo a não existir “óbice que iniba o Magistrado de, por ofício jurisdicional, utilizar-se do art.

124 TASP, Agravo n. 358, 4ª Câmara Civil, Rel. Sylvio Portugal, j. 23.03.53, colhido de CASTRO, 1957, n. 101, pp. 102-103.

125 2º TACSP, Apelação 175.816, 8ª Câmara, Rel. Muniz Barreto, j. 27.07.72, colhido de LIMONGI FRANÇA, 1988b, p. 170.

126 2º TACSP, Apelação 80.940, 6ª Câmara, Rel. Carvalho Pinto, j. 04.10.78, colhido de LIMONGI FRANÇA, 1988b, n. 70, p. 159.

924”, ainda que esta fosse uma faculdade atribuída ao julgador e não uma determinação que o vinculasse. Depreende-se da decisão que a regra é considerada de natureza supletiva da vontade das partes.¹²⁷

De outro lado, em 1976 o TJSP se orientou pela inderrogabilidade contratual do art. 924. Ante a insurgência do credor contra a redução da cláusula penal, considerou o tribunal que “a faculdade de redução da multa contratual prevista no art. 924 do CC é de ordem pública, não podendo o contrato dispor em contrário”.¹²⁸

O caráter cogente foi reafirmado pelo TJSP em 1977. No caso, fora estabelecida “multa compensatória [...] irredutível”. Na decisão recorrida, a cláusula penal fora reduzida proporcionalmente ao número de meses faltantes para a completa execução do contrato. O acórdão considera que, embora as partes houvessem pactuado a irredutibilidade, ela não produzia consequência em relação ao juiz, a quem caberia ainda reduzir a cláusula penal na forma do art. 924.¹²⁹

A mesma solução foi adotada pelo 2º TACSP em 1982. Reconhece-se que a exegese do art. 924 provocou “um dos raros casos de divórcio evidente entre a interpretação doutrinária e a jurisprudência em nosso país”, visto que a primeira asseverava que a norma era de caráter privado, incluída no âmbito de disposição das partes, enquanto a segunda adotou principalmente a posição de que seria cogente. O acórdão se filia à posição consolidada jurisprudencialmente. Como fundamento, sustenta que “o legislador brasileiro não ressaltou poderem as partes derrogar o princípio consagrado no referido art. 924” e assemelha a norma ao limite estabelecido no art. 920, que teria inspiração idêntica. Além disso, por dirigir-se ao juiz, a regra teria natureza processual, escapando do poder de disponibilidade dos contratantes. Ainda, refere-se a uma tendência de proteção do mais fraco, que justificaria que, em se tratando de locação inquilinária, sentia-se ainda maior necessidade de intervenção estatal.¹³⁰

O caráter dispositivo ou cogente da matéria, além disso, era considerado à luz do caráter facultativo da regra para o julgador. Curiosamente, unia-se o argumento da imperatividade da regra para os contratantes ao da sua não imperatividade para o julgador.

127 2º TACSP, Apelação 131.782, 9ª Câmara, Rel. Vallim Bellocchi, j. 09.06.81, colhido de LIMONGI FRANÇA, 1988b, n. 77, p. 174.

128 TJSP, Apelação 140.711, 6ª Câmara, Rel. Des. Macedo Bittencourt, j. 20.02.76, colhido de LIMONGI FRANÇA, 1988b, n. 72, p. 164.

129 TJSP, Apelação 259.300, 6ª Câmara, Rel. Sousa Lima, j. 19.05.77, colhido de LIMONGI FRANÇA, 1988b, n. 74, pp. 168-169.

130 2º TACSP, Embargos Infringentes 137.345, 2º Grupo de Câmaras, Rel. Murilo Pinto, j. 07.12.82, colhido de LIMONGI FRANÇA, 1988b, n. 73, pp. 165-167.

Em uma decisão de 1982, o TACSP parece ter considerado que a regra era dispositiva, visto que levou em conta, para reduzir a penalidade, que “a cláusula contratual que prevê o pagamento da multa não estabelece seja esta sempre devida por inteiro”.¹³¹ Uma declaração de voto nesse julgado, porém, diverge da fundamentação, sustentando que ainda que uma cláusula de pagamento integral fosse aposta ao contrato, “seria ineficaz, em face do art. 924 do CC, não colhendo a objeção no sentido de que o emprego do verbo ‘pode’ permite avença em sentido contrário. O legislador não podia empregar ‘deve’. Em primeiro lugar porque a matéria é deixada ao arbitrium boni viri do juiz; em segundo porque, se isso ocorresse, ensejaria contradição, em se tratando de pena indivisível”.¹³²

Em 1983, o 2º TACSP reafirmou que a proporcionalização é mera faculdade do juiz. No caso, o devedor havia consignado o aluguel e a importância que julgava devida a título de cláusula penal, tendo unilateralmente aplicado a redução proporcional em seu favor. O contrato continha cláusula estabelecendo a irredutibilidade da multa, mas o fundamento da decisão foi outro: “a redução proporcional ao adimplemento parcial é mera faculdade do juiz, faculdade, essa, de que usará ou não, inclusive atendendo à expressão econômica da fração obrigacional realizada. Conseqüentemente, não pode o autor, sem mais, fazer seu temperamento de verdadeira equanimidade que o Direito Positivo restringiu ao julgador para potestativamente dar por satisfeito crédito ainda não reajustado, e cujo reajuste depende – para quem o admita – de pressupostos outros, não demonstrados na presente lide”¹³³.

Julgado de 1983 explicitou que, sendo faculdade do juiz, a redução proporcional da cláusula penal “não é um direito da parte”, estando sua apreciação subordinada ao “prudente arbítrio” do julgador. Na espécie, o juiz considerou que não cabia redução, “ante a gravidade da infração, consistente na falta de pagamento dos aluguéis, que é a obrigação primeira do locatário”, de modo que decidiu manter íntegro o valor da multa pactuada.¹³⁴

A decisão causa estranheza por sua disparidade em relação a outros casos muito semelhantes de redução proporcional da cláusula penal em função do cumprimento parcial de contrato de locação. Por isso cabe atentar ao fato

131 2º TACSP, Apelação 152.944, 2ª Câmara, Rel. Moraes Salles, j. 13.02.82, colhido de LIMONGI FRANÇA, 1988b, n. 60, p. 139.

132 2º TACSP, apelação 152.944, 2ª Câmara, Rel. Moraes Salles, j. 13.02.82, colhido de LIMONGI FRANÇA, 1988b, n. 60, p. 140.

133 2º TACSP, Apelação 153.388, 3ª Câmara, Rel. Roberto Grassi, j. 01.02.83, colhido de LIMONGI FRANÇA, 1988b, n. 79, pp. 176-177.

134 2º TACSP, Apelação 161.507, 8ª Câmara, Rel. Martins Costa, j. 14.09.83, colhido de LIMONGI FRANÇA, 1988b, n. 78, pp. 175-176.

de que, ainda que essa não seja apontada como a motivação da decisão acerca da redução, o apelante havia pretendido pagar um aluguel por meio de cheque sem provisão de fundos, providenciando o credor a cobrança do cheque em execução autônoma. Acerca disso, o tribunal considerou que a pretensão “atinge as raízes do cinismo, quando não da imoralidade. Pretender liberar-se do pagamento feito com cheque sem provisão de fundos é aberrante jurídica e moralmente”. Embora não seja possível comprová-lo, é possível que essas considerações – de caráter moral – acerca do devedor tenham influenciado no exercício da faculdade pelo juiz, que não estaria, segundo o acórdão, constrangido a empregar nenhum critério especial de apreciação além de sua própria razão.

A proporcionalidade foi, novamente, critério que prevaleceu em diversos acórdãos para operar a redução.

O TARJ, no ano de 1979, é um exemplo de aplicação desse parâmetro. Tendo a autora recorrido de uma decisão de redução da cláusula penal, respondeu o tribunal no sentido de que a penalidade fora adequadamente reduzida a 1/3 de seu valor, já que o contrato fora cumprido “até quase 2/3 de sua duração, sendo sua execução parcialmente útil à locadora”. Afirmou-se, ainda, que o art. 924 “conquanto destinado ao Juiz, não é regra de *ius cogens*”.¹³⁵

Esse foi o único critério empregado, também, em acórdão que reformou a sentença recorrida para conceder a redução “proporcionalmente ao número de meses decorridos entre o início do contrato e a desocupação do prédio”.¹³⁶ Em outra oportunidade, o TACSP decidiu pela redução, também levando em conta apenas a proporção do contrato de locação que fora descumprida.¹³⁷

Em 1983, precisou-se que a proporcionalidade para fins de redução da cláusula penal só levaria em conta o prazo do contrato em vigor, e não contratos anteriores celebrados entre as partes e já cumpridos. Na espécie, as partes tinham mantido uma série de contratos com prazo determinado, por um período de seis anos, sendo que apenas o último fora parcialmente inadimplido. Queria a apelante que a redução levasse em conta o total de 72 meses, de modo que teria cumprido sua obrigação na quase totalidade; o acórdão, porém, firmou-se no sentido de que os contratos já cumpridos restariam ultrapassados.¹³⁸

135 TARJ, Apelação 32.093, 4ª Câmara, Rel. Astrogildo de Freitas, j. 05.06.79, colhido de LIMONGI FRANÇA, 1988b, n. 71, pp. 162-163.

136 2º TACSP, Apelação 121.214, 6ª Câmara, Rel. Salles Penteadó, j. 25.02.81, colhido de LIMONGI FRANÇA, 1988b, n. 59, p. 135.

137 “Destarte, a multa, no caso, equivalerá a 7/12 da quantia correspondente a três aluguéis e respectivos encargos” (2º TACSP, apelação 152.944, 2ª Câmara, Rel. Moraes Salles, j. 13.02.82, colhido de LIMONGI FRANÇA, 1988b, n. 60, pp. 137-139).

138 2º TACSP, Apelação 153.409, 3ª Câmara, Rel. Roberto Rodrigues, j. 08.03.83, colhido de LIMONGI FRANÇA, 1988b, n. 62, p. 145.

Decisão em sentido radicalmente oposto às mencionadas acima determinou que, também em contrato de locação urbana, a cláusula penal não poderia ser reduzida, visto que “a rescisão unilateral antecipada do contrato locatício não está no âmbito de incidência do art. 924 do CC”.

Em sede de apelação, havia vencido a autora, em razão do cumprimento parcial do contrato, a justificar a redução proporcional da pena, e sustentando o caráter cogente do art. 924, regra protetiva do devedor.¹³⁹ Um dos juízes, porém, declarara seu voto, restando vencido. Sua motivação, inteiramente oposta à da maioria, ia no sentido de que a norma do art. 924 do CC incidia sobre os casos de mora ou inadimplemento, o que não se confundia com a “antecipada e unilateral rescisão do contrato” na espécie. Entende-se que “a multa foi fixada pelas partes com visível moderação, posto que fixaram-na no valor de três aluguéis, quando podiam aumentar esse valor até o correspondente ao do próprio contrato. Procurar reduzi-la ainda mais, a pretexto de parcial cumprimento do contrato, contra a vontade que as partes manifestaram ao contratar, será aviltá-la como compensação que é por perdas e danos, e desnaturá-la como pena”. Por isso, “o locatário não pode denunciar a locação aprezada, unilateralmente, sem pagar, por inteiro, o valor da multa convencionada, como o sugere o disposto no art. 3ºm da Lei do Inquilinato”.¹⁴⁰ Confiante nos argumentos da posição minoritária, a ré opôs Embargos Infringentes. Nessa decisão, os dois julgadores que se juntaram ao colegiado se posicionaram no sentido minoritário. Na interpretação do relator dos embargos, a vontade das partes deveria ser mantida como pactuada para que se preservasse a função da multa, como já levantado no voto vencido da apelação¹⁴¹. Entende-se que o art. 3º da Lei

139 “Verifica-se que o prazo iria se vencer em novembro de 1982 e a devolução do imóvel ocorreu em julho desse ano, pouco mais de quatro meses antes da data ajustada, em contrato que teria a duração de dois anos. Portanto a locatária cumpriu mais de três quartos da obrigação e não seria razoável impor a ela o pagamento integral da multa. Para tanto, conta o Juiz com o art. 924 do CC, que permite a redução proporcional da pena. Trata-se de disposição destinada a proteger o devedor, na medida em que não seria justo dar tratamento igual para quem não cumpre o ajustado desde o início e para aquele que somente no fim do contrato deixa de satisfazê-lo. E, respeitado entendimento diverso, a norma do art. 924 é de direito imperativo, *jus cogens* [...] Em consequência, prevendo o contrato que a multa seria equivalente a três meses de aluguel, efetuando-se a dedução permitida pelo art. 924 do diploma civil, só se pode concluir que a locatária depositou o valor correto. Pelo exposto, dá-se provimento ao apelo da autora para julgar inteiramente procedente a ação, extintas todas as obrigações da locatária no tocante à avença” (2º TACSP, Apelação 161.741, 3ª Câmara, Rel. Corrêa Viana, j. 06.09.83, colhido de LIMONGI FRANÇA, 1988b, n. 61, p. 143).

140 2º TACSP, Apelação 161.741, 3ª Câmara, Rel. Corrêa Viana, j. 06.09.83, colhido de LIMONGI FRANÇA, 1988b, n. 61, p. 144.

141 “a multa pautou-se pela moderação, fixando-a as partes em três aluguéis. Reduzi-la sob o argumento de que o contrato foi cumprido parcialmente, tangenciando a vontade das partes, seria descaracterizá-la como pena” (2º TACSP, Apelação 161.741, 3ª Câmara, Rel. Corrêa Viana, j. 06.09.83, colhido de LIMONGI FRANÇA, 1988b, n. 61, p. 142).

6.649/79, que então regia as locações prediais urbanas, impunha que se pagasse integralmente o valor da multa pactuada¹⁴². Desse modo, não se aplicou a redução da cláusula penal autorizada pelo art. 924 CC.

O julgado causa alguma surpresa, visto que, a partir dos fatos relatados, não se vislumbra fundamento que o diferencie de outros acórdãos que reduziram a cláusula penal de contratos de locação urbana em virtude do cumprimento parcial, na proporção do inadimplemento. Não se compreende por que o art. 3º da Lei 6.649/79 imporia o pagamento do total da cláusula penal, implicando derrogação do art. 924 nesse tipo de contrato; tampouco se esclarece que particularidade teria a penalidade naquele contrato para que a sua redução causasse sua desnaturação enquanto pena, “tangenciando a vontade das partes”. Essas posições, que poderiam se sustentar em face dos dispositivos legais pertinentes, destoam quando colocadas ao lado das demais decisões sobre questões semelhantes no mesmo TACSP.

Além da proporcionalidade, circunstâncias particulares também foram levadas em consideração em certo julgado. Tratava-se de contrato cuja a cláusula penal foi estipulada em 10% incidente sobre o montante do débito em aberto na data do inadimplemento. Uma vez que o acórdão condenou a devedora ao total do pedido, esta apelou da sentença invocando a aplicação do art. 924. O acórdão, porém, remete a redução ao exame das “circunstâncias do caso, tendo em conta a boa fé do devedor, seu bom procedimento, os resultados auferidos pelo credor com a execução parcial, a atuação das partes no feito etc. A lei não impõe sempre, inflexivelmente, a redução. Se as circunstâncias desaconselham a providência, o juiz não a efetuará”. No caso julgado, observava-se um comportamento recorrente da devedora de sempre pagar as prestações vencidas no fim do mesmo mês, após o prazo pactuado, apenas depois de remessa de notificação pela credora. Por isso, o acórdão afirma que “reduzir a pena importará em estimular um comportamento que não é correto”.¹⁴³

III. JULGADOS POSTERIORES A 2000

Se, nos julgados mais antigos, o contrato mais frequente era o de locação, nos que foram colhidos dos julgamentos do STJ a partir de 2000, multiplicaram-se casos de compromisso de compra e venda. Nesses contratos, normalmente a cláusula pactuada era de perda da totalidade das parcelas já pagas pelo

142 O dispositivo tinha o seguinte conteúdo: Art. 3º – Havendo prazo estipulado para a duração do contrato, não poderá o locador, antes do vencimento, reaver o prédio alugado; nem o locatário poderá devolvê-lo ao locador, senão pagando multa.

143 1º TACSP, Apelação n. 307.384, 8ª Câmara, Rel. Bruno Netto, j. 20.09.83, colhido de LIMONGI FRANÇA, 1988b, n. 80, pp. 178-180.

comprador, em caso de resolução. A jurisprudência do tribunal, qualificando essa cláusula como “cláusula penal compensatória”, parece pacífica em lhe atribuir validade – ao menos para os contratos anteriores à vigência do Código de Defesa do Consumidor, que dispôs sobre essa estipulação¹⁴⁴ –, mas submetê-la à redução operada pelo juiz a título do art. 924. A redução avalia, principalmente, se os promissários compradores ocupavam o imóvel até o momento da resolução e se o promitente vendedor permanecera com o imóvel ou o recuperara, já tendo conseguido vendê-lo no momento em que se decide. Analise-se esse grupo de julgados.

Em julgado de 2000, a decisão foi no sentido de ordenar a restituição de 90% do valor pago, autorizando-se a retenção pela vendedora de 10% a título de despesas com a venda do imóvel¹⁴⁵, solução idêntica à de um julgado elaborado no ano seguinte. Neste último, chama a atenção que a redução foi operada de ofício, sob o fundamento de que “a vedação do enriquecimento sem causa traduz-se em princípio geral de direito, norteador das relações jurídicas de direito privado e de direito público e sustentáculo da mencionada jurisprudência dominante dessa Corte no tocante à aplicação do art. 924”; a norma, segundo a decisão, “faculta ao magistrado aplicar o referido princípio, desde que caracterizada situação de fato descrita no artigo, independentemente de pedido específico de redução proporcional”. O enriquecimento sem causa também foi usado pelo acórdão para justificar o cabimento de correção monetária, igualmente concedida de ofício no caso.¹⁴⁶

Ainda em 2001, julgado sobre caso de cláusula de perda da totalidade das parcelas pagas em rescisão de compra e venda de imóvel fundou a redução no intuito de “evitar enriquecimento sem causa da vendedora em detrimento do comprador”. A redução se deu por meio da dedução, da quantia a ser restituída pelos vendedores, de “quantia correspondente à locação do imóvel no período ocupado pelos compradores, além das despesas havidas com a alienação do imóvel, inclusive corretagem”.¹⁴⁷

144 “Art. 53. Nos contratos de compra e venda de móveis ou imóveis mediante pagamento em prestações, bem como nas alienações fiduciárias sem garantia, consideram-se nulas de pleno direito as cláusulas que estabeleçam a perda total das prestações pagas em benefício do credor que, em razão do inadimplemento, pleitear a resolução do contrato e a retomada do produto alienado”.

145 STJ, Recurso Especial n. 158.193 – AM, Terceira Turma, Min. Rel. Antonio de Pádua Ribeiro, j. 05.09.2000.

146 STJ, Recurso Especial n. 284.157 – AL, Quarta Turma, Min. Rel. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 01.03.2001.

147 STJ, Recurso Especial n. 299.619 – SP, Quarta Turma, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 13.03.2001. Solução semelhante foi adotada no julgado STJ, Recurso Especial n. 258.220 – RJ, Quarta Turma, Min. Rel. Ruy Rosado de Aguiar, j. 21.09.2000.

Outro acórdão do STJ reformou sentença que não tinha aplicado a redução autorizada pelo art. 924 a uma cláusula de perda das prestações pagas. O relator reitera argumentos já considerados em outro julgado, em especial a qualificação como “cláusula penal compensatória”, que permitiria a atuação do art. 924, e a necessidade de a jurisprudência levar em conta “os aspectos concernentes ao conteúdo das prestações que as partes reciprocamente realizam”, permitindo “ajustamento das situações concretas à ordem jurídica”. Uma vez que o vendedor teria recuperado o imóvel objeto do contrato, seria ele o principal vencedor da causa; por esse motivo, os julgadores deram provimento ao recurso.¹⁴⁸

Em outro acórdão semelhante, como critérios para a redução, aponta-se que “de um lado, os cessionários compradores não chegaram a ocupar o imóvel; de outro, a promitente vendedora teve, sem dúvida, despesas com a administração das vendas ao público, devendo, para tanto, ser ressarcida proporcionalmente”. Considerando que o apartamento não fora entregue aos promissários compradores, reduziu-se a cláusula para retenção de 15% das parcelas pagas.¹⁴⁹

Em outro contrato, ainda, se previa cláusula penal consistente na perda integral das parcelas já pagas, a título de dano emergente. No STJ, decidiu-se que a cláusula seria válida, com natureza de cláusula penal compensatória. O art. 924 CC/16 foi aplicado para reduzir a cláusula, tomando como critérios o intuito da regra de “evitar enriquecimento sem causa da construtora”, mas também “os custos administrativos, o empate de capital feito pela construtora, os gastos de propaganda, as novas despesas para comercialização, etc.”; terminou-se por fixar a retenção das parcelas em 25% dos valores pagos pelos promissários compradores.¹⁵⁰

Outro julgado envolvia um compromisso de compra e venda, resolvido pelo comprador, que ficara sem condições de cumprir o contrato, também contando o contrato com cláusula de perda das parcelas pagas. O juízo de primeiro grau qualificou essa disposição como cláusula penal, equiparando a perda das prestações à pré-fixação de perdas e danos. Ao reduzir a cláusula, a sentença considerou que, permanecendo com o imóvel, a ré não teria sofrido prejuízo efetivo; exceto pelo valor do pagamento da corretagem, de 6% sobre o valor da venda. Então, reduziu a cláusula penal para 6%, ressarcindo apenas do prejuízo relativo à corretagem. Em sede recursal, o TJSP reformou parcialmente a sentença para determinar também a perda do sinal em favor da vendedora.

148 STJ, Recurso Especial n. 193.245 – RJ, Segunda Turma, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, j. 22.05.2001.

149 STJ, Recurso Especial n. 134.636 – DF, Quarta Turma, Min. Rel. Barros Monteiro, j. 27.05.2003.

150 STJ, Recurso Especial n. 59.626 – SP, Quarta Turma, Min. Rel. Aldir Passarinho Jr., j. 01.10.2002.

Ao STJ, em sede de recurso especial, cabia definir se, por força da cláusula contratual, as prestações pagas deveriam permanecer com o promitente vendedor, ou ser devolvidas ao promitente comprador. Considerou-se então que a devolução das prestações não se atentaria à força obrigatória do contrato, pois permitiria ao promitente comprador desistir unilateralmente, sem consequências. No entanto, a perda integral das prestações levaria a “enriquecimento injustificado” para o vendedor. Por isso, entendeu-se que “o promitente comprador está preso ao vínculo, e dele não pode se desobrigar, sem o pagamento das perdas e danos, mas que, por outro lado, a cláusula penal que estabelece a perda de todas as prestações pagas deve sofrer redução (CC, art. 924)”; com esses fundamentos, não reconheceu do recurso, mantendo a restituição das parcelas pagas, exceto pelo valor da corretagem e do sinal.¹⁵¹

Por fim, determinado julgado tratava de caso em que, em certo contrato de compra e venda de imóvel, os compradores ficaram inadimplentes ao pagamento de prestações, de modo que a vendedora propôs ação de rescisão contratual e reintegração na posse do imóvel. O juízo de primeiro grau, julgando procedente o pedido, determinou a perda de 90% das prestações pagas, a título de compensação pelo uso e gozo do imóvel pelos réus. O acórdão em segunda instância confirmou a sentença.

Ante o recurso dos promitentes compradores, o STJ ponderou que, uma vez que eles haviam continuado a residir no imóvel objeto do contrato, mesmo depois que incorreram em mora, o promitente vendedor deveria ser ressarcido pelo valor correspondente ao uso do imóvel que lhe pertencia, evitando-se o enriquecimento ilícito dos promitentes compradores. Rejeitou-se o argumento de que a cláusula seria inválida por infração ao CDC, mas caberia a redução por cumprimento parcial, nos termos da lei civil. Essa redução deveria se fazer em atenção às circunstâncias do caso, notadamente o valor do aluguel do imóvel e a proporção já adimplida pelos devedores.¹⁵²

151 STJ, Recurso Especial n. 205.020 – SP, Terceira Turma, Min. Rel. Ari Pargendler, j. 10.09.2002.

152 “Na medida em que os recorrentes efetivamente continuaram a residir no imóvel objeto do contrato após incorrerem em mora, ainda que rescindido o pacto e reintegrado o promitente-vendedor na posse do bem, deve ele ser ressarcido pelo valor correspondente ao uso e gozo do imóvel durante esse lapso temporal, sob pena de enriquecimento ilícito de uma das partes contratantes e prejuízo da outra. Estipulação contratual nesse sentido não colide com a norma inscrita no art. 53 do CDC, que proíbe a perda total das parcelas pagas pelo promissário-comprador em benefício do credor que requer judicialmente a rescisão contratual. [...] A estipulação do percentual da cláusula penal pelo d. Juízo a quo na situação em exame se fez em consideração às circunstâncias do caso concreto, entre essas, o valor do aluguel do imóvel e o número de prestações já adimplidas pelos recorrentes” (voto da relatora, STJ, Recurso Especial n.400.336 – SP, Terceira Turma, Min. Rel. Nancy Andriighi, j. 30.08.2002).

Em todo esse grupo de julgados, fica latente a utilização de parâmetros de responsabilidade civil contratual, segundo o regime geral, para definir o montante devido a título de “cláusula penal”. Na verdade, embora se rejeite a nulidade prevista no CDC, por não ser aplicável este código aos casos analisados, a solução dada pelo STJ chega materialmente ao mesmo resultado: suprime-se a cláusula, ao adequá-la à extensão do dano contratual sofrido, sem enunciar-se que esse é o critério empregado. Valendo-se de expressões vazias de conteúdo normativo, revelando eminentemente um julgamento moral, subjetivo, o tribunal, sob a rubrica do art. 924, priva a cláusula penal pactuada de efeito, levando as partes justamente à discussão sobre o dano que se procurava evitar. Note-se, ainda, que com os mesmos fundamentos se determinam porcentagens de retenção e restituição das parcelas que não coincidem entre si, revelando total falta de abstração dos critérios.

Em diversos julgados, porém, a cláusula penal foi reduzida, aparentemente, com base apenas na proporção já cumprida da obrigação.

É o caso de ação de indenização de uma companhia hidroelétrica contra suas seguradoras. As seguradoras teriam cumprido sua obrigação parcialmente e com atraso, tendo pago pouco mais da metade do valor pleiteado pela seguradora. Tendo incidido na multa contratual, as seguradoras pleiteiam redução equitativa da multa, com base no art. 924 CC/16. Decide-se no sentido da redução da multa “de 0,5% para 0,2% do valor do contrato, com relação ao período posterior ao pagamento parcial”, o que leva a concluir que a redução se operou com base na parcela adimplida.¹⁵³

Outro caso em que se aplicou a proporcionalidade envolvia contrato celebrado em 1997 entre sociedade empresária do ramo esportivo e atleta medalhista olímpico, pactuando autorização de uso da imagem contra remuneração, contendo cláusula penal de valor idêntico à remuneração anual do atleta. Estipulou-se que seu prazo seria de um ano, prorrogável automaticamente por mais um. No primeiro grau e em sede de apelação, negou-se a redução da multa; esclarece-se que na segunda instância a razão da negativa foi que a execução parcial não havia beneficiado o credor. A sociedade interpõe recurso alegando que, tendo sido cumprido 75% do contrato, a multa deve ser proporcionalmente reduzida, com fundamento no art. 924 do CC/1916. O julgado, considerando que o contrato foi prorrogado por um ano e que o rompimento se deu na metade desse ano, decide que a cláusula deve ser reduzida em

153 STJ, Recurso Especial n. 1.554.965 – PE, Terceira Turma, Min. Rel. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 08.03.2016.

50%.¹⁵⁴ Trata-se de um posicionamento que releva, portanto, para a definição do cálculo da proporção inadimplida; a solução adotada é coerente com julgado mais antigo, já referido acima¹⁵⁵.

Um dos acórdãos se debruçou sobre o problema de determinar os montantes que serviriam ao cálculo da proporção inadimplida, quando o valor total da prestação de cada parte – e, na hipótese, o teto legal da penalidade – fosse, aparentemente, desigual. Na espécie, um artista celebrara com uma emissora de televisão um contrato de prestação de serviços, pelo qual se obrigava a apresentar um programa de televisão mediante remuneração máxima total de 480.000 reais, variável conforme a audiência do programa. Embora o contrato tivesse prazo de um ano, com início em 23.02.2001, a emissora cancelou o programa após seis meses de vigência do acordo. A cláusula penal estipulada para o caso de rescisão antecipada era de R\$ 1.000.000,00, que foram cobrados pelo artista judicialmente.

O tribunal de origem reduzira a cláusula penal para R\$500.000,00 em razão do cumprimento parcial do contrato. Aduzia-se, nessa decisão, que a multa deveria compensar o artista pelos prejuízos que teria sofrido em razão do rompimento do contrato.

O problema principal enfrentado no recurso especial diz respeito à possibilidade, ou não, de redução maior do que essa, tendo como parâmetro o montante da obrigação remuneratória (que seria, no máximo, R\$480.000,00, já paga em parte)¹⁵⁶. A emissora se insurgia contra a possibilidade de pagar, em virtude da cláusula penal, valor maior do que a prestação que lhe seria devida caso o contrato fosse cumprido, pois isso afrontaria a limitação do artigo 920 do CC/16¹⁵⁷.

O STJ, no entanto, não lhe dá razão, pois, aduzindo que o valor do contrato não se limitava ao valor da remuneração anual, entende que se fosse acolhida a tese da parte recorrente haveria uma situação desigual entre as partes,

154 STJ, Recurso Especial n. 1.212.159 – SP, Terceira Turma, Min. Rel. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 19.06.2012.

155 Vide NR 138.

156 “Nas razões do especial, a emissora de televisão reitera sua insurgência quanto ao valor da aludida multa, a qual, segundo alega, deveria ficar limitada ao total da obrigação remuneratória estipulada na avença de prestação de serviços, descontando-se, ademais, o que já fora adimplido. Sob essa ótica, afirma que, na pior das hipóteses, seria devedora de 240.000,00 (duzentos e quarenta mil reais) a título de multa convencional, caso considerada a maior remuneração a ser paga ao artista (R\$ 480.000,00 – quatrocentos e oitenta mil reais), debitados os valores pagos nos seis meses anteriores à rescisão antecipada.” (voto do relator, STJ, Recurso Especial nº 1.466.177 – SP, Quarta Turma, Min. Rel. Luís Felipe Salomão, j. 20.06.17).

157 O artigo dispunha: “Art. 920. O valor da cominação imposta na cláusula penal não pode exceder o da obrigação principal”.

pois em virtude da mesma cláusula penal o artista deveria mais à emissora, em caso de inadimplemento, do que esta lhe deveria por um eventual rompimento seu do contrato¹⁵⁸. Assim, nega-se provimento ao recurso.¹⁵⁹

Em outro acórdão, prestou-se atenção à utilidade do cumprimento parcial para o credor para determinar a proporcionalidade da redução. Um contrato fora firmado em 1º.04.2000 entre um jornalista e uma emissora televisiva, que previa prestação de serviços em caráter de exclusividade por um prazo de quatro anos e três meses. Na vigência do contrato, foi divulgado que o jornalista estrearia como apresentador de programa de outra emissora; após tomar conhecimento pela mídia desse fato, a emissora recebeu notificação do jornalista solicitando a rescisão do contrato. O contrato previa uma multa de R\$1.200.500,00 pela “rescisão unilateral e imotivada”. O juízo de primeira instância condenou ao pagamento de metade do valor da cláusula penal, o que não foi reformado pelo tribunal. Apesar de o contrato ter sido firmado na vigência do Código Civil de 1916, o julgado do STJ chama a atenção por aplicar artigos do Código Civil de 2002.

Em sede de recurso especial, a emissora televisiva pleiteou a condenação ao pagamento do montante total da multa, destacando que as partes haviam acordado a irredutibilidade do valor da cláusula penal, independentemente do tempo decorrido desde a celebração do contrato. Além disso, argumentou que o prejuízo sofrido fora evidente, que a cláusula visava a proteger uma obrigação específica e especial e que “não tendo sido demonstrado nenhum vício na formação contratual, não se aplica a regra do art. 413 do Código Civil, não havendo falar em redução equitativa, porquanto a cláusula penal foi estabelecida apenas para o inadimplemento de uma obrigação contratual específica e a totalidade da prestação protegida pela dita cláusula foi atingida”.

De outro lado, a defesa do jornalista e sua produtora sustentou que “cada fração útil” da prestação deveria importar em redução, de modo que, tendo

158 “Nesse passo, caso acolhida a tese aventada pela emissora, o princípio da equivalência entre as partes não seria observado, pois o valor da multa teria limites diversos a depender do transgressor do termo de vigência contratual. Para o artista, o valor máximo de R\$ 480.000,00 (quatrocentos e oitenta mil reais), em razão da remuneração anual prevista, e, para a emissora, a quantia de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais) poderia ser considerada insuficiente diante dos prejuízos experimentados. Consequentemente, salvo melhor juízo, não vislumbro ofensa ao disposto no artigo 412 do Código Civil de 2002. É que, malgrado a redução determinada pelo Código Civil (artigo 413) não seja sinônimo de redução proporcional (mas sim equitativa), sobressai a razoabilidade do valor estabelecido pelas instâncias ordinárias, o qual se coaduna com o propósito inserto na cláusula penal compensatória: prévia liquidação das perdas e danos experimentados pela parte prejudicada pela rescisão antecipada e imotivada do pacto firmado, observada as peculiaridades das obrigações aventadas” (voto do relator, STJ, Recurso Especial nº 1.466.177 – SP, Quarta Turma, Min. Rel. Luís Felipe Salomão, j. 20.06.17).

159 STJ, Recurso Especial nº 1.466.177 – SP, Quarta Turma, Min. Rel. Luís Felipe Salomão, j. 20.06.17.

notificado da rescisão em 16.04.2004 e o prazo fixado em 30.06.2004, houve proveito útil de 95,22% do contrato pela emissora. Em outras palavras, considerava que a obrigação de exclusividade era executada ao longo de todo o tempo do contrato e poderia ser considerada divisível.

Estimou-se que, embora os réus tivessem cumprido o contrato por praticamente toda sua vigência, a multa não poderia ser reduzida matematicamente, pois a conduta gerou imenso prejuízo à emissora e foi contrária à boa-fé objetiva. O acórdão disserta sobre a equidade, para concluir que não é idêntica à proporcionalidade e que a redução não deve obedecer a uma regra matemática. Assim, a decisão leva em consideração o prejuízo suportado pela credora bem como a função coercitiva da cláusula. Rejeita os argumentos da emissora que pleiteava a imutabilidade da cláusula, por causa do caráter de ordem pública do CC/02 a impor a redução em virtude do “cumprimento substancial do contrato então vigente”. Baseado nisso, negou provimento aos recursos especiais de ambas as partes.¹⁶⁰

A decisão deveria ter se apoiado nos dispositivos do Código Civil de 1916, ainda que chegasse às mesmas conclusões – afinal, como apontado *supra*, parte da jurisprudência considerava o art. 924 CC/16 cogente e, além disso, diversos julgados referiam-se ao proveito do cumprimento parcial para o credor e mesmo ao prejuízo sofrido (ainda que tais critérios possam ser objeto de debate). Do modo como foi pronunciado, porém, o julgamento sugere uma má aplicação, porque extemporânea, da regra do Código de 2002.

Por fim, encontraram-se também acórdãos em que a redução foi fundamentada na excessividade da cláusula penal.

Num deles, se tratava de contrato de promessa de compra e venda de imóvel, em que fora pactuado que, em caso de resolução, a promitente-compradora ficaria responsável, a título de cláusula penal, por 20% sobre o valor do contrato, perante a promitente-vendedora. O pagamento fora parcelado em 100 prestações, das quais apenas 13 foram adimplidas. Antes mesmo da propositura da ação, a promitente-vendedora já alienara o imóvel a terceiro. O acórdão recorrido reduzira a cláusula penal a porcentagem diferente do contratado, fixando-a a 20% do montante pago, sem recurso por parte da compradora. Um dos argumentos da recorrente para se insurgir contra a decisão era o de que a redução proporcional do art. 924 “não significa alterar a base de incidência da cláusula penal”, mas sim apenas “possibilita ao juiz a redução do valor percen-

160 STJ, Recurso Especial n. 1.186.789 – RJ, Quarta Turma, Min. Rel. Luis Felipe Salomão, j. 20.03.2014.

tual da cláusula penal compensatória proporcionalmente ao número de parcelas quitadas”.

O acórdão do STJ, porém, manteve a decisão atacada por seus fundamentos. Entendeu-se que a redução era autorizada, por ser o valor da cláusula penal desarrazoado; a cláusula foi considerada excessiva com base nas circunstâncias do caso e, com base na “equidade” e na “boa-fé”, buscando “vedar o enriquecimento ilícito da promitente vendedora”¹⁶¹, a jurisprudência reduziria o valor máximo a ser retido a 10% do montante pago, o que só não se faria porque não houve recurso da promitente compradora nesse sentido¹⁶². Baseia-se, ainda, na ausência de prejuízo comercial da promitente-vendedora, que inclusive já alienara o imóvel.¹⁶³

Em acórdão de 2015, o contrato era regido pelo CC/16, mas o tribunal de origem reduzira a multa em razão da manifesta excessividade. O recorrente sustentava que não se poderia usar essa justificativa, não prevista no CC/16. O STJ negou provimento ao agravo, visto que haveria entendimento pacífico do tribunal no sentido de que o juiz estava autorizado a reduzir a multa excessiva, em razão do “princípio da vedação ao enriquecimento sem causa”.¹⁶⁴

Em outro caso julgado em 2015, duas empresas celebraram acordo de prestação de serviços, em 2001, para locação de banco de dados. Por meio do acordo, uma delas filtraria os dados de pessoas fornecidos pela outra e esta seria remunerada em R\$0,30 por registro que fosse aproveitado. O número de registros aproveitados após o filtro foi muito menor que o esperado pela empresa que fornecia os dados, segundo quem a filtragem teria sido realizada em desconformidade com a previsão contratual. Havia previsão de multa contra-

161 “Ademais, o pagamento foi parcelado em 100 prestações, das quais satisfizes apenas 13 (treze). Seria extremamente desarrazoado e desproporcional ao caso, daí, injurídico, fazê-la pagar, a título de multa pela iniciativa no rompimento do compromisso, a importância equivalente a 20% do valor total do contrato (R\$ 24.500,00 - fl. 14). Proporcionar-se-ia o enriquecimento ilícito da promitente vendedora que, em vista do desfazimento do negócio, retém uma importância a título de penalidade compensatória, recebe de volta o próprio objeto negociado, que, no caso, já foi inclusive revendido a terceiro, sem qualquer prejuízo comercial” (trecho da decisão recorrida, STJ, Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 660.801 - RS, Quarta Turma, Min. Rel. Jorge Scartezini, j. 17.05.2005).

162 “Esta Câmara, em casos semelhantes, tem arbitrado, com base nos princípios da equidade e da boa-fé, e buscando vedar o enriquecimento ilícito da promitente vendedora, o valor da multa em percentual de até 10% sobre o montante efetivamente pago. No caso dos autos, a respeitável sentença arbitrou-a em 20% sobre o valor pago à empresa apelada, não havendo recurso da promitente compradora.” (trecho da decisão recorrida, no Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 660.801 - RS, Quarta Turma, Min. Rel. Jorge Scartezini, j. 17.05.2005).

163 Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 660.801 - RS, Quarta Turma, Min. Rel. Jorge Scartezini, j. 17.05.2005.

164 STJ, Agravo Regimental no Recurso Especial n. 1.351.671 - PR, Terceira Turma, Min. Rel. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 05.02.2015.

tual. No tribunal de origem, entendeu-se que a cláusula penal era abusiva por estipular multa superior ao da obrigação principal, “de modo que seria incabível sua redução”.

A credora da cláusula penal alegou em sede de recurso especial que a “multa excessiva prevista na cláusula penal” deveria ser reduzida, não “simplesmente declarada nula pelo Poder Judiciário”. O STJ lhe dá razão, entendendo que o tribunal de origem desrespeitara a orientação segundo a qual em caso de “excesso do montante fixado em cláusula penal” dever-se-ia reduzi-la a “patamar razoável, de acordo com as obrigações cumpridas, observadas a natureza e a finalidade do contrato”. Isso se aplicaria, inclusive, nos casos de contratos regidos pelo CC/16, como era o caso na espécie (contrato firmado em 31.03.2001). Por isso, fez incidir a pena em 20% do valor da condenação, “por expressar a extensão das obrigações não cumpridas no contrato em tela, considerando, ainda, a indiscutível dúvida que incidiu sobre o alcance da cláusula contratual que estabeleceu o método de filtragem denominado ‘*merge and purge*’ e a ausência de má-fé na conduta da empresa ora recorrida”.¹⁶⁵

Em um acórdão, julgado em 2016, tratava-se de contrato, firmado sob a vigência do Código Civil de 1916, de compra e venda de produtos e derivados do petróleo pelo Posto Petrocity, sendo vendedora a Petrobras. A cláusula penal incidia sobre o descumprimento de uma cláusula de exclusividade e aquisição mínima de produtos da vendedora. A Petrobras, alegando tal descumprimento, demandava a resolução do contrato e a incidência da cláusula penal. Era incontroverso que o contrato havia sido parcialmente cumprido pela demandada.

O juiz de primeiro grau reduziu a multa para 20% do valor lançado. Em sede recursal, o TJSP decidiu reduzir a pena convencional para 5% referente ao lucro da média das operações comerciais apuradas, “fundando-se no princípio da boa-fé objetiva, ‘sempre incorporado na teoria geral dos contratos’, que teria como decorrência lógica a ‘exigência de comportamento leal entre os contratantes’”. Conforme a decisão do tribunal, a credora se mantivera inerte por anos, deixando que o débito do devedor se agravasse. Além disso, a decisão observou a situação vulnerável de postos de gasolina em contratos desse tipo, visto que arcam com muitos ônus e com os riscos do negócio; a imposição desse sacrifício à parte mais fraca seria contrária à boa-fé. Segundo a Petrobras, em sede de recurso especial, o órgão colegiado violou o art. 924 do CC de 1916, porque não poderia ter, “seguindo seu arbítrio”, reduzido a cláusula penal. Argumentava, ainda, que conforme o art. 920 do mesmo código a

165 STJ, Recurso Especial n. 1.424.074 – SP, Terceira Turma, Min. Rel. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 10.11.2015.

cláusula só poderia ser reduzida se o montante avençado fosse maior que o da obrigação principal.

O STJ releva que a cláusula penal fora considerada “exorbitante” em primeiro e segundo graus de jurisdição; retomando as razões do tribunal *a quo*, entendeu que, no caso em que a obrigação tivesse sido parcialmente cumprida, o julgador poderia reduzir a pena em virtude de sua excessividade, ainda que o contrato tivesse sido firmado sob o regime do Código Civil de 1916. Entendeu que, “ao concluir pela incidência do princípio da boa-fé objetiva e da aplicação da ideologia do *venire contra factum proprium*, o Tribunal de origem não violou o princípio da irretroatividade das normas, visto que o aresto se fundou na aplicação da teoria geral dos contratos para reconhecer o direito à redução da cláusula penal imposta à parte demandada”.¹⁶⁶

Insinua-se, nesses acórdãos, uma aplicação de aspectos principiológicos do Código Civil de 2002 aos contratos regidos pelo Código de 1916; notadamente, pelo recurso a novos argumentos retóricos, como a boa-fé e o que se denominou “teoria geral dos contratos”. Não se pode dizer que essa aplicação de um mecanismo novo aos contratos regidos pelo Código revogado não encontre respaldo nenhum da doutrina, visto que há autores que a justificam, igualmente com base em supostos princípios gerais.

Parte da doutrina, de fato, identifica princípios de teoria geral do contrato como fundamentos para a hipótese “jurisprudencial” de redução da cláusula penal no regime anterior ao Código Civil de 2002. Apoiando-se na equidade, ainda que sem previsão em um texto legal, considera-se que seria possível a redução da cláusula penal mesmo fora do art. 924 CC/16. Justifica-se tal decisão invocando os “fins sociais” de que trata o art. 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro¹⁶⁷ e o princípio da boa-fé, que vedaria o enriquecimento de um dos contratantes à custa do outro e teria fundamento complementar à “finalidade social”.¹⁶⁸ Tal argumentação, porém, não pode ser

166 STJ, Recurso Especial nº 1.334.034 – SP, Terceira Turma, Min. Rel. Ministro João Otávio de Noronha, j. 17.03.2016.

167 “Art. 5º. Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”.

168 Nesse sentido, NEGREIROS, 2006, pp. 135-136: “Como se sabe, o juízo de equidade é, no nosso sistema jurídico, restrito às hipóteses em que houver expressa autorização legal (art. 127 do Código de Processo Civil). Um típico exemplo em que o juízo de equidade era permitido no Código Civil de 1916 é o do art. 924, que autorizava o juiz a reduzir o montante da cláusula penal proporcionalmente ao cumprimento parcial da obrigação. Hoje, de acordo com o art. 413 do novo Código Civil, o juiz tem claramente o dever de proceder à redução equitativa da penalidade. Na prática jurisprudencial, contudo, encontram-se decisões apoiadas na equidade em referência a hipóteses não abrangidas por permissivos legais expressos. Em matéria de cláusula penal, por exemplo, firmou-se a posição do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que, à luz das especificidades do caso concreto, a cláusula penal poderia ser

acolhida sem ressalvas, pois princípios do direito são vocacionados à integração das normas legais¹⁶⁹. Na hipótese, não existe omissão da lei: a regra do art. 924 era a hipótese admitida no ordenamento brasileiro para redução da cláusula penal validamente pactuada; na falta dessa situação, deveria prevalecer a vontade declarada das partes¹⁷⁰.

Por fim, permanecia o entendimento da redução como faculdade do juiz.

Essa posição foi reafirmada, por exemplo, em 2001. Na espécie, a cláusula penal previa a perda da totalidade das prestações pagas, na hipótese de rescisão. Tratava-se de ação rescisória contra acórdão que, ao não reduzir a cláusula penal, teria violado o art. 924. O STJ decide, então, que o art. 924 do Código Civil constituía faculdade do juiz e nega, ademais, que os autores tivessem logrado comprovar dissenso jurisprudencial.¹⁷¹

O caráter facultativo da redução, embora não explicitamente referido, serviu como fundamento jurídico para a negativa da redução em um caso de perda da quantia já paga no âmbito de um contrato de compra e venda de imóvel, em que, embora já tendo pago parcela considerável do valor (quase 200 das 240 prestações mensais), a compradora já usufruía do imóvel “por mais de 30 anos”, o que justificava que não se lhe fosse restituída sua prestação.¹⁷²

Registram-se, também, casos em que não houve redução por falta de preenchimento dos pressupostos legais.

Em um dos acórdãos analisados, os fatos diziam respeito a contrato de cessão de direitos de transmissão dos jogos do campeonato brasileiro de futebol celebrado pela CBF com a TVA, em 01.10.1993, referente aos campeonatos de 1997 a 2001. No entanto, em 07.04.1997, o Clube dos Treze, associação

reduzida judicialmente mesmo quando não se tivesse verificado o cumprimento parcial da obrigação, ou seja, mesmo fora da hipótese prevista no antigo art. 924 do Código Civil de 1916. Hoje, é verdade, tal posicionamento encontra expresso respaldo legal, já que o art. 413 do novo Código Civil estende a redução por equidade aos casos em que a multa seja ‘manifestamente excessiva’, independentemente de se ter verificado o cumprimento parcial da obrigação. À falta de previsão legal para decidir por equidade, invocam-se os ‘fins sociais’ (art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil, Decreto-lei n. 4.657/42) a que se dirige a lei como critério para a delimitação de sua incidência no caso concreto. O caso da redução da cláusula penal poderia perfeitamente ter sido solucionado com o recurso ao princípio da boa-fé, o qual, dirigido especificamente à relação obrigacional, constitui uma fundamentação complementar à ideia de ‘finalidade social da lei’. A interpretação da cláusula penal à luz do princípio da boa-fé impede que este instituto, distanciando-se da sua finalidade econômico-social, se transforme em instrumento de enriquecimento de um dos contratantes em detrimento do outro”.

169 Assim dispõe a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro: “Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”.

170 Acerca dessa interpretação restritiva do dispositivo, remete-se o leitor ao item I, *supra*.

171 STJ, Recurso Especial n. 193.088, Terceira Turma, Rel. Min. Ari Pargendler, j. 30.05.2001.

172 STJ, Recurso Especial n. 198.671, Terceira Turma, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, j. 06.06.2000.

de grandes clubes de futebol, celebrou com a Globo contrato com objeto coincidente. O juízo de primeiro grau declarou extinto o contrato entre a TVA e a CBF, não porque fosse inválido, como alegava a CBF, mas por força de uma notificação de denúncia enviada por esta, exercendo direito potestativo. Em decorrência disso, o Clube dos Treze e a CBF foram condenados ao pagamento da “cláusula penal com caráter de multa penitencial”.

A cláusula penal foi reduzida, na primeira instância, “equitativamente, à metade do valor convencionado, mercê da regra do art. 924” por duas razões: “resilição anterior ao termo inicial do contrato e a transmissão pela TVA de alguns jogos do campeonato de 1997 [por força de liminares judiciais]”. Em segundo grau, foi restaurada a integralidade da multa, em virtude da culpa da CBF pelo inadimplemento do contrato, visto que ela mesma alegava que não podia cumpri-lo por não ser titular dos direitos cedidos. No recurso especial, a CBF sustentava que a pena deve ser reduzida a no máximo $\frac{1}{4}$ do pactuado, em vista dos mesmos argumentos da decisão de primeira instância.

Entendeu-se que a CBF tinha inadimplido o contrato ao enviar a “denúncia”.. Além disso, a redução da multa pelo art. 924 só poderia ocorrer no caso de cumprimento parcial ou se a multa excede o valor da obrigação principal, o que não ocorreria no caso em tela; ou seja, qualifica-se o inadimplemento como total, não parcial, inclusive porque a transmissão de jogos foi feita por liminares.¹⁷³

Outro caso envolvia contrato de cessão de obras literárias por encomenda (elaboração de duas telenovelas) entre um novelista e uma emissora televisiva, em 1996. O cedente pleiteou a anulação do contrato e a recorrida pleiteou seu cumprimento e, subsidiariamente, o pagamento de cláusula penal. As instâncias inferiores decidiram pela validade do contrato e pela condenação ao pagamento da multa compensatória, integralmente. Não caberia redução por não ter havido cumprimento parcial do contrato.

O recorrente sustentou que havia violação do art. 924 CC, visto que deveria haver redução da multa. Um dos argumentos trazidos era que a notificação acerca da extinção do contrato se deu três anos antes do prazo em que a primeira sinopse deveria ser entregue, de modo que a emissora tinha tempo hábil para contratar outro profissional e, por isso, não haveria prejuízo a justificar a multa.

Considerou-se que a redução da multa apenas poderia ser operada se houvesse cumprimento parcial da prestação (art. 924 CC/16) ou se houvesse ex-

173 STJ, Recurso Especial nº 249.008 – RJ, Terceira Turma, Min. Rel. Vasco Della Giustina, j. 24.08.2010.

cesso em relação ao valor da prestação principal (art. 920 CC/16). Visto que nenhuma das hipóteses ocorreria, não cabia a multa.¹⁷⁴ Observe-se que, acertadamente, não se considerou a ausência de prejuízo como causa para redução da cláusula penal, o que é coerente com o disposto no artigo 927, caput CC/16.

Por fim, um dos acórdãos deixa de esclarecer o fundamento para a redução operada. Fora firmada compra e venda de automóvel. O autor pagara cerca de 40% do preço ajustado e, por não ter recebido ainda o bem, pleiteou judicialmente a resolução do negócio. Decidiu-se que foi ele, autor, quem dera causa à resolução, por ter inadimplido as demais parcelas do contrato. Por isso, seria responsável por pagar a cláusula penal. No entanto, reduziu-se a multa a 2% do valor¹⁷⁵, e não mais 20% como pactuado, em atenção a norma do CDC. A ré-recorrente (vendedora) pleiteou a reforma do julgado, uma vez que inaplicável o CDC à espécie, incidindo as normas do CC/16 sobre cláusula penal. No STJ, julgou-se que a norma do CDC invocada pela instância inferior era inaplicável, porque prevista para o caso de multa sobre a mora, e o caso se assemelharia à rescisão unilateral pelo adquirente. Por isso, aplicava-se o regime comum, do CC/16. Apesar disso, o relator considera que “em se cuidando de bem móvel, não entregue ao autor, o percentual de 20% previsto no contrato é injustificado e por demais oneroso, pois as despesas administrativas são, aqui, reduzidas. Nesse compasso, estou em diminuir a retenção para 8%”. Não se invoca expressamente o artigo 924 nem se acrescenta nenhum outro critério para essa redução, além do próprio caráter excessivo da multa.¹⁷⁶

IV. CONCLUSÃO PARCIAL

A análise da jurisprudência acerca do artigo 924 revela que, ao contrário da possível expectativa de uma aplicação bastante restrita, fazia-se uso de uma significativa margem de apreciação.

Há considerável disparidade entre as decisões que reduzem ou não a pena, que nem sempre aparece bem fundamentada. A doutrina, por sua vez,

174 “A redução da multa compensatória, de acordo com o Código Civil, somente pode ser concedida nas hipóteses de cumprimento parcial da prestação ou, ainda, quando o valor da referida multa exceder o valor da obrigação principal. Todavia, nenhuma das hipóteses específicas de redução da multa restaram demonstradas. Portanto, é de ser mantida por causa do comprovado inadimplemento absoluto da obrigação de fazer infungível (elaboração de duas telenovelas), servindo a dita multa como compensação pela impossibilidade de obtenção da execução específica da prestação contratada”. (STJ, Recurso Especial n. 687.285 – SP, Terceira Turma, Min. Rel. Nancy Andrighi, j. 25.09.2006).

175 Embora não esteja claro no julgado, parece tratar-se de porcentagem referente ao valor do contrato.

176 STJ, Recurso Especial n. 505.629 – MG, Quarta Turma, Min. Rel. Aldir Passarinho Jr., j. 02.03.2004.

dá respaldo a essa indefinição, uma vez que remete a redução ao livre arbítrio do juiz, em última análise.

Nesse sentido, enquanto em diversos acórdãos aplicava-se estritamente o critério legal da proporcionalidade, em outros fazia-se atuar fatores como o proveito do credor e o comportamento mais ou menos leal do devedor inadimplente – o que, embora amplie o parâmetro dado pela lei, parece razoavelmente justificado – e, ainda, a excessividade da cláusula, a equidade, a benignidade do credor, entre outros critérios muito vagos e não diretamente relacionados à cláusula penal.

Evidentemente, o problema surge porque, a partir do momento que se adotam parâmetros tão elásticos, o jurisdicionado perde a possibilidade de contestar com dados objetivos a decisão do juiz. Abre-se espaço para que o julgador, no exercício do poder de redução da pena, baseie-se na empatia que sente com o credor ou o devedor – não expressamente, por óbvio.

Esse impasse se agrava pelo fato de o artigo 924 ter previsto uma mera faculdade do julgador. Ainda que se afirme que a redução era, já no Código de 1916, um direito da parte¹⁷⁷, o que se observa é que havia ampla margem para decidir reduzir ou não a pena. A insegurança jurídica gerada era desnecessária e não havia um parâmetro legal que pudesse controlar o entendimento pessoal do juiz. No limite, a decisão não estaria incorreta se negasse a redução em razão das circunstâncias do caso, pois os tribunais não se desincumbiam do ônus de especificar dados objetivos que explicassem por que a redução caberia em um caso e não em outro semelhante.

Ademais, ainda que a redução estivesse fundada no cumprimento parcial, há referências a “excessividade” e “enriquecimento” que, se não representam um verdadeiro fundamento jurídico, criam dúvida quanto ao real motivo da redução. Nos julgados mais recentes, observa-se uma proliferação de critérios retóricos, que não contribuem verdadeiramente para a decisão.

CAP. II. A REDUÇÃO DA CLÁUSULA PENAL NO CÓDIGO CIVIL DE 2002

Tendo-se analisado o regime do Código anterior, cumpre examinar o que é atualmente aplicável. Tendo em vista identificar em que medida o artigo 413 inovou em relação ao sistema anterior, discorre-se sobre a elaboração da regra em ordenamentos estrangeiros e no Brasil (I); considera-se, em seguida, dados

177 VENOSA, 2013, p. 362.

aspectos da aplicação da regra (II) antes de explicitar as dificuldades que se colocam em sua interpretação (III). Por fim, abordam-se separadamente os critérios de redução por cumprimento parcial (IV) e por manifesta excessividade (V).

I. A POSITIVAÇÃO DA REGRA DE REDUÇÃO EQUITATIVA

no direito estrangeiro, observou-se na segunda metade do século XX um fenômeno de positivação da regra da redução equitativa por manifesta excessividade em alguns ordenamentos jurídicos continentais, cuja influência sobre o Brasil se demonstrou no atual artigo 413. O espaço de ação da autonomia privada sofreu, paulatinamente, a influência da ampliação do conceito de ordem pública de proteção, emergindo mecanismos destinados a evitar situações de desequilíbrio contratual.¹⁷⁸

O BGB alemão (já comparado com o Código Civil de 1916, *supra*) já continha norma nesse sentido:

§ 343

Redução da penalidade

(1) *Se uma pena exigível é desproporcionalmente alta, pode ser, a pedido do devedor, reduzida a um montante razoável por decisão judicial. Ao julgar a razoabilidade, todo legítimo interesse do credor, não apenas seu interesse patrimonial, deve ser levado em conta. Depois do pagamento da pena, a redução é excluída.*

(2) *O mesmo se aplica, exceto nos casos dos §§ 339 e 442, se alguém prometer uma penalidade para o caso de uma ação ou de uma omissão.*¹⁷⁹

178 “[E]l radio de acción de la autonomía privada ha sufrido, paulatinamente, la influencia de la ampliación del concepto de orden público de protección, con vistas a frenar los excesos de un liberalismo exacerbado. Al lado de la creación o recuperación de figuras próximas a una pena privada existe un movimiento en sentido contrario que busca evitar situaciones de desequilibrio contractual, poco deseables por cualquier Estado que se proclame ‘social de Derecho’, y que se pueden producir si no hay un control del ejercicio de la autonomía de la voluntad de las partes en la contratación” (ESPÍN ALBA, 1997, p. 43).

179 Tradução livre da tradução oficial do BGB para o inglês: “Section 343. Reduction of the penalty. (1) If a payable penalty is disproportionately high, it may on the application of the obligor be reduced to a reasonable amount by judicial decision. In judging the appropriateness, every legitimate interest of the obligee, not merely his financial interest, must be taken into account. Once the penalty is paid, reduction is excluded. (2) The same also applies, except in the cases of sections 339 and 342, if someone promises a penalty in the event that he undertakes or omits an action”, disponível em: https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/englisch_bgb.html#p1244. O original em alemão tem a seguinte redação: “(1) Ist eine verwirkte Strafe unverhältnismäßig hoch, so kann sie auf Antrag des Schuldners durch Urteil auf den angemessenen Betrag herabgesetzt werden. Bei der Beurteilung der Angemessenheit ist jedes berechnete Interesse des Gläubigers, nicht bloß das Vermögensinteresse, in Betracht zu ziehen. Nach der Entrichtung der Strafe ist die Herabsetzung ausgeschlossen. (2) Das Gleiche gilt auch außer in den Fällen der §§ 339, 342, wenn jemand eine Strafe für den Fall verspricht, dass er eine Handlung vornimmt oder unterläßt”.

Na doutrina brasileira do século passado, ressaltou-se a inspiração solidarista da regra alemã, visto que impedia que a liberdade contratual deixasse desamparado um contratante mais fraco, a quem não fosse dado examinar e discutir livremente a cláusula. Evitava-se, assim, uma armadilha a um devedor incauto.¹⁸⁰

No fim do século XX, porém, a possibilidade de redução equitativa ganhou extensão maior em sistemas que, antes, eram mais restritivos.

No artigo 812.^o¹⁸¹, o Código Civil português de 1967 introduziu a possibilidade de redução da cláusula penal pelo julgador “de acordo com a equidade”, na hipótese de ser “manifestamente excessiva, ainda que por causa superveniente” ou “se a obrigação tiver sido parcialmente cumprida”.

Na França, a previsão legislativa de revisão da cláusula penal surgiu, principalmente, porque frequentemente certos contratos, notadamente que veiculavam crédito (como o *leasing* e a venda a preço parcelado) previam que, em caso de falta de pagamento de uma parcela, além da resolução do contrato, haveria obrigação do devedor de pagar a totalidade ou quase-totalidade das parcelas a vencer. Assim, a contraprestação não seria recebida e, em virtude da cláusula penal, o devedor estaria obrigado à mesma prestação a que estaria na ausência do descumprimento. Apesar da evidente excessividade, o juiz francês se recusava a revisar a pena, em função de sua intangibilidade, na ausência de autorização legal.¹⁸²

A Lei 75-597 de 9 de julho de 1975, então, inseriu nos artigos 1.152 e 1.231 do Código Civil francês a possibilidade de moderar ou aumentar a pena convencional se fosse manifestamente excessiva ou irrisória, ou quando a obrigação tivesse sido executada em parte (neste caso, à proporção do interesse da execução parcial para o credor), conferindo assim ao juiz a possibilidade de intervir na penalidade convencional, ainda que em caráter excepcional.¹⁸³

Essas disposições levaram a importantes discussões sobre a noção de cláusula penal e a extensão do poder de moderação do juiz.¹⁸⁴ Em 1985, a Lei 85-1097 incluiu, ainda, a possibilidade de intervenção judicial de ofício nes-

180 NONATO, 1959, p. 326.

181 “Artigo 812.^o (Redução equitativa da cláusula penal). 1 – A cláusula penal pode ser reduzida pelo tribunal, de acordo com a equidade, quando for manifestamente excessiva, ainda que por causa superveniente; é nula qualquer estipulação em contrário. 2. É admitida a redução nas mesmas circunstâncias, se a obrigação tiver sido parcialmente cumprida”.

182 FAGES, 2016, p. 284 ; LARROUMET; BROS, 2016, p. 746 ; CAPITANT et al., 2015, p. 197.

183 MALAURIE et al., p. 575.

184 PORCHY-SIMON, 2016, p. 289.

ses casos.¹⁸⁵ A jurisprudência soube manter o caráter excepcional desse poder, limitando o âmbito de aplicação da revisão apenas às cláusulas penais, e não a cláusulas semelhantes, e exigindo do juiz que motivasse em que o montante da penalidade era excessivo.¹⁸⁶

Hoje, as regras acerca da modificação do valor da pena pelo juiz, no Código francês, estão concentradas no artigo 1231-5¹⁸⁷, conforme redação atribuída pela *Ordonnance* 2016-131 de 10 de fevereiro de 2016, que reformou o direito das obrigações.

Em conjunto com o ordenamento argentino, que em 1968 adotou a redução quando a penalidade fosse “desproporcional”, esses dois regramentos influenciaram o Projeto de Lei n. 634/1975, que viria a se tornar o Código Civil de 2002 no Brasil.¹⁸⁸

Porém, já no Anteprojeto de Código das Obrigações de 1943,¹⁸⁹ de Orozimbo Nonato, Hahnemann Guimarães e Philadelpho Azevedo, a possibilidade de redução equitativa da pena se mostrava, com a seguinte redação:

“Art. 351. Quando, em qualquer caso, for manifestamente excessivo o valor da cominação imposta na cláusula penal, pode o Juiz, a pedido do devedor, reduzi-la com equidade.

Parágrafo único. Pode o Juiz, igualmente, reduzir a pena, em proporção do proveito auferido pelo credor, quando ocorrer cumprimento parcial da obrigação”.

Reúnem-se, portanto, as questões do excesso e da proporcionalização; o poder de reduzir continua sendo atribuído como faculdade do magistrado.

A inserção deste dispositivo foi influenciada pelos ordenamentos alemão, suíço, austríaco, entre outros, seguindo uma tendência à revisão judicial de “penas imodestas”. O intuito de atribuir ao julgador tal poder de intervenção era o de fazer ponderar em cada caso o elemento circunstancial, pressupondo que

185 Para o texto integral dos textos citados, vide CARVALHO, 2018, pp. 67-68.

186 CAPITANT et al., 2015, p. 200.

187 “Art. 1231-5. Lorsque le contrat stipule que celui qui manquera de l’exécuter paiera une certaine somme à titre de dommages et intérêts, il ne peut être alloué à l’autre partie une somme plus forte ni moindre. Néanmoins, le juge peut, même d’office, modérer ou augmenter la pénalité ainsi convenue si elle est manifestement excessive ou dérisoire. Lorsque l’engagement a été exécuté en partie, la pénalité convenue peut être diminuée par le juge, même d’office, à proportion de l’intérêt que l’exécution partielle a procuré au créancier, sans préjudice de l’application de l’alinéa précédent. Toute stipulation contraire aux deux alinéas précédents est réputée non écrite. Sauf inexécution définitive, la pénalité n’est encourue que lorsque le débiteur est mis en demeure”.

188 Cf. CARVALHO, 2018, p. 68.

189 Os textos de projetos legislativos referentes à formação do artigo, citados neste item, são encontrados em LIMONGI FRANÇA, 1988a, pp. 314 e seguintes.

seu arbítrio poderia adaptar a cláusula ajustada a parâmetros de justiça e cercar abusos.¹⁹⁰

Com alterações de redação, manteve-se na essência o dispositivo no Anteprojeto de Caio Mário, de 1964; nele também se explicitava que o cumprimento parcial considerado era aquele realizado “com proveito para o credor”:

“Art. 157. Em qualquer caso, pode o Juiz, a pedido do devedor, reduzir o montante da cláusula penal, quando manifestamente excessiva ou no caso de já ter sido a obrigação cumprida em parte, com proveito para o credor”.

O art. 409 do Anteprojeto de Agostinho Alvim, de 1972, manteve-se a expressão “pode”, indicando faculdade do juiz (vide item 0.I, *infra*), mas acrescentando-se os critérios da “natureza e finalidade do negócio”, alcançando redação muito parecida com a que foi consagrada no artigo 413 do CC/2002:

“Art. 409. A penalidade pode ser reduzida equitativamente pelo juiz se a obrigação principal tiver sido cumprida em parte, ou se o montante da penalidade for manifestamente excessivo, tendo-se em vista a natureza e a finalidade do negócio”.

A regra do artigo 413, por fim, consagrou a redação que se transcreve:

Art. 413. A penalidade deve ser reduzida equitativamente pelo juiz se a obrigação principal tiver sido cumprida em parte, ou se o montante da penalidade for manifestamente excessivo, tendo-se em vista a natureza e a finalidade do negócio.

A recepção da regra pela doutrina foi marcada pelo destaque da noção de equidade, que se substituiria à proporcionalidade matemática que se observaria no art. 924 do CC/16. Assim, o dispositivo adotaria a justiça no caso concreto e a suavização dos rigores da lei, tornando-se o sistema de redução da multa uma “verdadeira decorrência da função social do contrato”, também consagrada no Código Civil de 2002.¹⁹¹ A regra carregaria, assim, valores de solidariedade e justiça material.¹⁹²

Registrou-se, no período imediatamente posterior à entrada em vigência desse novo texto, certo entusiasmo da doutrina com a possibilidade de intervenção do juiz no contrato, assegurando valores de justiça material como a dignidade da pessoa humana do devedor, a inibição de cláusulas abusivas, a ordem pública, a igualdade jurídica, o fim social do contrato e a equidade, por

190 NONATO, 1959, pp. 334-335, acerca da regra do Anteprojeto acima transcrita.

191 SIMÃO, 2003.

192 Cf. CARVALHO, 2018, pp. 87-89.

meio de uma “amplíssima” possibilidade de revisão judicial, mitigando o “tradicional e superado *pacta sunt servanda*”¹⁹³.

II. ASPECTOS DA APLICAÇÃO DO DISPOSITIVO PELO JUIZ

I. O CARÁTER IMPERATIVO DA NORMA

Perante as partes, o artigo 413 é considerado cogente.¹⁹⁴

Do ponto de vista do juiz, ao contrário do art. 924, que estabelecia faculdade para o julgador¹⁹⁵, o art. 413 CC imporia ao juiz um dever, conferindo ao devedor da cláusula penal uma verdadeira pretensão de ver reduzida a cláusula. O devedor, na hipótese de cumprimento parcial, tem direito subjetivo à redução da pena¹⁹⁶.

Defende-se que, para que o órgão dotado de poder jurisdicional possa exercer sua função de controle da penalidade, é preciso que, uma vez que o credor tenha exigido a pena, o devedor solicite a redução.¹⁹⁷ A solução não é unânime, porém, registrando-se manifestações doutrinárias em contrário.¹⁹⁸

A necessidade de provocação não contradiz a imperatividade da norma, acima referida, pois o fato de não poderem as partes afastar o poder de redução judicial convencionalmente não implica que o juiz possa aplicar de ofício a regra. O caráter de proteção de um interesse do devedor justifica que ele deva pleitear a tutela, no caso de reputar abusiva a atitude do credor.¹⁹⁹

Além disso, a possibilidade de redução de ofício representaria contundente limitação da autonomia privada; a atuação de ofício, justificada quando se tra-

193 FARIAS, 2002.

194 Nesse sentido, MARTINS-COSTA, 2009, p. 711; GONÇALVES, 2015, p. 420; VENOSA, 2013, p. 364. Veja-se também o Enunciado 355 aprovado na IV Jornada de Direito Civil: “Não podem as partes renunciar à possibilidade de redução da cláusula penal se ocorrer qualquer das hipóteses previstas no art. 413 do Código Civil, por se tratar de preceito de ordem pública”.

195 Cf. LIMONGI FRANÇA, 1988a, pp. 250-252.

196 “o devedor tem o direito subjetivo de exigir a redução, naquelas hipóteses (podendo exercer a pretensão correspondente se a cláusula for cobrada), pois é expresso o art. 413 ao referir que a penalidade deve ser reduzida pelo juiz se a obrigação tiver sido cumprida em parte” (MARTINS-COSTA, 2009, pp. 652-653). No mesmo sentido, GONÇALVES, 2015, p. 421; VENOSA, 2013, p. 364.

197 MARTINS-COSTA, 2009, p. 710. No direito português, PINTO MONTEIRO, 1990, p. 734; ALMEIDA COSTA, 2009, p. 801; MENEZES CORDEIRO, 2014, p. 670; MENEZES LEITÃO, 2011, p. 302. Em sentido contrário, ainda no direito português, em PINTO OLIVEIRA, 2011, p. 939 faz-se defesa da redução oficiosa da pena, sustentando-se que a norma contempla uma espécie de abuso de direito, por isso sujeita ao conhecimento de ofício pelo juiz.

198 Destaque-se o Enunciado 356, aprovado na IV Jornada de Direito Civil: “Nas hipóteses previstas no art. 413 do Código Civil, o juiz deverá reduzir a cláusula penal de ofício”.

199 PINTO MONTEIRO, 1990, pp. 736-737. Observe-se, porém, que em PINTO MONTEIRO, 2004, p. 135, sugere-se que a redação do art. 413 do Código Civil brasileiro parece levar à conclusão de “que a redução poderá ser feita oficiosamente, ao afirmar a lei que ‘a penalidade deve ser reduzida equitativamente (...)’”.

ta da defesa de interesses gerais, não cabe no caso da aplicação de uma norma que protege um particular, como a da redução da cláusula penal.²⁰⁰

A mesma orientação é adotada no BGB, que traz a expressão “a pedido do devedor” (§343, 1). De modo contrário, o direito francês consagrou a possibilidade de redução “mesmo de ofício” após a reforma operada pela lei Lei 85-1097.²⁰¹

Além disso, é mister notar que a redução só tem lugar após o exercício do direito à pena pelo credor. Se assim não fosse – ou seja, se o juiz pudesse reduzir a pena antes da infração contratual – estaria modificando o conteúdo do contrato, não corrigindo um exercício anormal do direito pelo credor (vide item 0.III, *infra*). Ademais, na hipótese de penalidade alternativa, o credor pode optar pelo cumprimento da obrigação principal e, nesse caso, a fiscalização judicial da cláusula penal estipulada seria inútil.²⁰²

Na jurisprudência, já se decidiu especificamente sobre a aplicação de ofício da regra do art. 413 e sobre seu caráter cogente. Na espécie, invocaram-se interesses de “ordem pública”, cujo escopo seria “preservar o equilíbrio econômico financeiro da avença, afastando o excesso configurador de enriquecimento sem causa de qualquer uma das partes”. A redução da cláusula, no regime do Código de 2002, seria um poder-dever do magistrado com intuito de proteger o devedor, concretizando o “princípio da equidade – mediante a preservação da equivalência material do pacto – e a imposição do paradigma da eticidade aos negócios jurídicos”. Em virtude desses objetivos, estaria justificada a ação do juiz independente de requerimento do devedor, no caso de “manifesta excessividade”; no caso de cumprimento parcial, o juiz deveria, também, verificar se o caso reclamaria ou não a redução da penalidade.²⁰³

Na espécie, aparentemente o tribunal de origem reduzira a penalidade em virtude da hipótese de cumprimento parcial²⁰⁴; conquanto se analise a possibilidade de agir de ofício, fazendo referência também à manifesta excessividade, não se examina a adequação do caso às hipóteses previstas no artigo. Apesar

200 LETE DEL RÍO, José Manuel. Prólogo, in ESPÍN ALBA, 1997, p. 10. A autora, em ESPÍN ALBA, 1997, *passim*, faz reiteradas críticas à revisão de ofício do montante da cláusula penal, que pode prejudicar sua função de estímulo ao cumprimento. No mesmo sentido, manifesta-se PROENÇA, 2011, pp. 396-397, acerca da norma correspondente no direito português.

201 PORCHY-SIMON, 2016, p. 289; PINTO MONTEIRO, 2004, p. 135.

202 PINTO MONTEIRO, 1990, pp. 734-735.

203 STJ, Recurso Especial n. 1.447.247 – SP, Quarta Turma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 19.04.2018.

204 De acordo com o relatório: “O Tribunal de origem confirmou a sentença, mas, de ofício, procedeu à redução equitativa da cláusula penal (para 10% do valor do contrato), sob o fundamento de que constatado o cumprimento integral da obrigação de pagamento pela devedora (autora), que tão somente se descuidara da execução de uma cláusula do contrato, restando, outrossim, pouca quantidade de árvores a ser extraída”.

de discorrer acerca dos objetivos do artigo, não se esclarece em que consistiria a manifesta excessividade e nem em quais situações cabe redução da cláusula penal em caso de cumprimento parcial (visto que, nessa hipótese, o juiz deveria verificar se a redução deveria ser operada)²⁰⁵.

II. A IMPOSSIBILIDADE DE SUPRESSÃO OU MAJORAÇÃO DA PENALIDADE

À diferença, por exemplo, do Código de Defesa do Consumidor, que prevê a nulidade para a cláusula abusiva (arts. 51, IV e 53 do CDC), o regime do Código Civil tem como sanção a ineficácia do excesso da cláusula penal. Assim como o artigo 412, que implica que a parcela da penalidade que excede o valor da obrigação principal é ineficaz, o excesso verificado na aplicação do art. 413 também não atinge a validade, mas a eficácia da obrigação do devedor originada na cláusula.²⁰⁶

Deste modo, o juiz não está autorizado a, diante do cumprimento parcial ou manifesta excessividade, suprimir a cláusula, mas apenas a reduzir seu valor.²⁰⁷

A majoração da penalidade não é, tampouco, possível no nosso direito. Isso, seja porque a intervenção do juiz deve ser excepcional em função do princípio da autonomia privada, seja pela própria redação do artigo 413 do CC, que trata de “reduzir”, não de “modificar”, na hipótese de cumprimento parcial ou pena manifestamente excessiva, não se referindo a uma pena irrisória.²⁰⁸ Além disso, uma vez que o artigo 416 condiciona a indenização suplementar ao prévio acordo das partes, a possibilidade de majoração fundada no artigo 413 privaria de utilidade essa disposição do legislador.²⁰⁹

205 “Nessa perspectiva, uma vez constatado o caráter manifestamente excessivo da pena contratada, deverá o magistrado, independentemente de requerimento do devedor, proceder à sua redução, a fim de fazer o ajuste necessário para que se alcance um montante razoável, o qual, malgrado seu conteúdo sancionatório, não poderá resultar em vedado enriquecimento sem causa. Por sua vez, na hipótese de cumprimento parcial da obrigação, deverá o juiz, de ofício e à luz do princípio da equidade, verificar se o caso reclamará ou não a redução da cláusula penal fixada”.

206 CARVALHO, 2018, p. 90 e p. 137. No mesmo sentido, MARTINS-COSTA, 2009, p. 710.

207 No direito francês, admite-se mesmo a redução a uma quantia irrisória, mas não a supressão (MALAURIE et al., 2017, p. 575; CABRILLAC, 2018, p. 176).

208 “De nossa parte, temos a ponderar que, à face de nosso direito positivo, do mesmo modo que, em princípio, não é possível ao juiz reduzir a pena, a não ser nos casos previstos em lei, também não lhe é dado aumentar, ainda que os prejuízos sejam maiores” (LIMONGI FRANÇA, 1988a, p. 134). No sistema do Código de 2002, afirma-se que a cláusula tem imutabilidade relativa, pois embora “prevaleça o princípio da imutabilidade da cláusula penal”, o juiz está em certas hipóteses autorizado a alterá-la, em função do art. 413 CC (cf. DINIZ, 2014, pp. 459-460). Em sentido contrário, RODRIGUES JÚNIOR, 2006, p. 338.

209 Veja-se: “[N]ão é admissível a majoração da cláusula penal irrisória no direito positivo brasileiro, salvo em casos em que houver autorização contratual para reparação do prejuízo excedente [...] [C]aso o dano tenha origem que não na inexecução ordinária do contrato ou de cláusula específica, o credor fica autorizado a obter a reparação integral dos danos sofridos, conquanto oriundos em causa diversa” (CARVALHO, 2018, p. 137).

III. O CARÁTER DE CONTROLE DE ABUSO DE DIREITO

A finalidade da regra é a de controlar o exercício do direito à pena, impedindo uma atuação abusiva do credor: trata-se de controle de uma forma especial de abuso de direito. Não se suprime o direito, mas sim se corrige o excesso, buscando eliminar, apenas, a fonte do abuso.²¹⁰

A possibilidade de controle da cláusula penal serve, assim, à proteção do devedor nas hipóteses em que ela foi pactuada de forma excessiva – por exemplo, porque se aceitou qualquer pena, crendo que não viria a incorrer nela, ou porque a avaliação do dano previsível foi exagerada – e, igualmente, naquelas em que a cláusula foi tornada excessiva por circunstâncias posteriores, para além do admissível.²¹¹

Ainda que não tenha havido aproveitamento de uma situação de vulnerabilidade do devedor no momento de pactuação da cláusula, a pena pode ser excessiva e justificar um controle judicial com a finalidade de evitar o exercício abusivo do direito à pena.²¹²

Por isso, o juízo sobre a possibilidade de redução ocorre no momento do exercício da pretensão à pena pelo credor. Na hipótese de cumprimento parcial, dispensam-se explicações: só no momento em que se exige a pena é possível averiguar se, e em que medida, a obrigação foi cumprida. Na hipótese de manifesta excessividade, o que se averigua não é o comportamento conforme a boa-fé no momento da estipulação da cláusula penal (o que pode, contudo, ser um fator relevante), mas sim no momento em que se exerce o direito à pena, ainda que ela tenha sido acordada em termos razoáveis.²¹³ Além disso, deve-se ter em consideração que a excessividade da pena diz respeito ao sinalagma funcional, não ao sinalagma genético do negócio jurídico.²¹⁴

A autorização à intervenção judicial é excepcional, devendo-se preservar a autonomia privada: não se trata de enfraquecer o pactuado pelas partes, mas de garantir que a liberdade contratual seja bem utilizada, dentro dos limites conferidos pela lei.²¹⁵

210 Nesse sentido, MARTINS-COSTA, 2009, p. 709; CARVALHO, 2018, p. 90 e ROSENVALD, 2007, p. 219. No mesmo sentido, PINTO OLIVEIRA, 2011, p. 938.

211 PINTO MONTEIRO, 1990, p. 718; MENEZES CORDEIRO, 2014, p. 670; ROSENVALD, 2007, pp. 215-216.

212 PINTO MONTEIRO, 1990, pp. 731-732. No direito brasileiro, a função corretiva da boa-fé é consagrada no artigo 187 CC.

213 PINTO MONTEIRO, 1990, pp. 732-734.

214 MARTINS-COSTA, 2009, p. 708.

215 CARVALHO, 2018, pp. 71-72.

Lembre-se que não necessariamente a cláusula penal é prejudicial ao devedor, que deve ser protegido. Quando há função indenizatória (cláusula de pré-fixação de perdas e danos), não há razão para interpretá-la restritivamente, uma vez que a cláusula não restringe direitos do devedor, podendo a princípio ser benéfica tanto a ele quanto ao credor, visto que limita o risco sobre o dano. No caso de cláusula penal com função punitiva, pode-se levar em consideração a proteção do devedor, mas sem perder de vista que não há, a princípio, uma disposição desfavorável a uma das partes, pois a penalidade só tem lugar em caso de inadimplemento do devedor. A interpretação, portanto, tende a ser declarativa e não restritiva, qualquer que seja a função assumida pela penalidade.²¹⁶

Assim, conciliam-se o devido respeito à autonomia das partes e a dimensão ético-jurídica da disciplina. Daí que o poder judicial de reduzir a penalidade seja dependente de pressupostos rigorosos, atuando em circunstâncias excepcionais, de modo a impedir um exercício abusivo de direitos do credor, em especial quando uma das partes esteja em posição de inferioridade técnica. Trata-se, por fim, de norma de ordem pública de proteção.²¹⁷

III. A DIFICULDADE DE INTERPRETAÇÃO DO ARTIGO 413

para Judith Martins-Costa, há duas hipóteses previstas para a aplicação da norma do art. 413: (*i*) o fato de a obrigação principal ter sido em parte cumprida e (*ii*) o caso de o montante da penalidade ser manifestamente excessivo, tendo-se em conta a natureza e a finalidade do negócio.²¹⁸

Nessa leitura, a natureza e finalidade do negócio servem à identificação do que é manifestamente excessivo, e o critério para a redução seria exclusivamente a equidade.

Outra leitura possível, porém, desdobraria a regra em duas hipóteses de aplicação e dois critérios amplos para a redução: (*i*) Aplica-se a regra “se a obrigação principal tiver sido cumprida em parte” ou “se o montante da penalidade for manifestamente excessivo”; e (*ii*) A redução se dá “equitativamente” e “tendo-se em vista a natureza e a finalidade do negócio”.²¹⁹

216 LIMONGI FRANÇA, 1988, pp. 268-270.

217 PINTO MONTEIRO, 1990, pp. 724-725; LETE DEL RÍO, José Manuel, Prólogo in ESPÍN ALBA, 1997, p. 10. Em sentido contrário, Lôbo entende que se trata de “regra gera, de largo alcance” (LÔBO, 2005, p. 310).

218 MARTINS-COSTA, 2009, p. 685, e GONÇALVES, 2015, p. 421.

219 Nesse sentido é a interpretação de CARVALHO, 2018, p. 61: “O artigo 413, como será melhor explorado no decorrer desta dissertação, possui dois núcleos normativos: 1) redução da cláusula penal quando a obrigação principal tiver sido parcialmente cumprida e 2) redução da

O problema, na verdade, não se coloca na aplicação prática do dispositivo. Os critérios da natureza e finalidade do negócio informam a equidade, constituindo balizas colocadas pelo legislador.

Em adição, a verificação da manifesta excessividade depende diretamente dos mesmos critérios, pois, embora tecnicamente ocorram dois momentos diferentes, a qualificação da cláusula penal como manifestamente excessiva e a operação de sua redução necessariamente obedecem aos mesmos critérios. Em outros termos, o juízo acerca do pressuposto de que depende o exercício do poder de redução implica, ao mesmo tempo, na decisão sobre a medida em que ela se justifica.²²⁰

Portanto, a interpretação do dispositivo levará a uma intersecção das duas possibilidades gramaticais expostas. Embora haja, em tese, dois momentos da aplicação da norma (isto é, *(i)* a identificação de seu suporte fático, que autoriza o juiz a intervir, e *(ii)* a operação da redução propriamente dita), eles só se separam visivelmente no caso do cumprimento parcial. Na hipótese de manifesta excessividade, há sobreposição desses dois passos, que devem obedecer aos mesmos critérios.

De todo modo, a insegurança jurídica em torno da redução da cláusula penal exige da doutrina um esforço de sistematização, que garanta um mínimo de previsibilidade aos contratantes.²²¹ Trata-se de conciliar a autonomia

cláusula penal manifestamente excessiva, sendo que ambas as hipóteses de modificação são condicionadas à natureza e finalidade do negócio, que deverão nortear o juízo de equidade".

220 "Ao decidir que a pena é manifestamente excessiva, o tribunal dá por verificado o pressuposto de que depende o exercício da sua actividade sindicante, o qual já constitui, porém, ao mesmo tempo, o resultado de uma ponderação equilibrada de todos esses factores que devem intervir na formação do seu juízo. O que significa, assim, que, decidindo reduzir a pena, por se acharem preenchidas as respectivas condições, o tribunal decide, de igual forma, sobre a medida em que a redução se justifica. O critério que deve nortear o tribunal é, portanto, o mesmo" (PINTO MONTEIRO, 1990, pp. 740-741). A mesma ideia é manifestada por CARVALHO, 2018, p. 144, embora esse autor discorde frontalmente dos critérios propostos pela doutrina estrangeira, que na sua percepção não se enquadram nas diretrizes de natureza e finalidade do negócio: "[A] natureza e a finalidade do negócio não apenas servem para autorizar o poder moderador, como igualmente servem para nortear a redução do valor da cláusula penal. [...] Não se trata de uma análise quantitativa. Não se trata de critérios objetivos ou subjetivos. Não se trata da análise do dano. A modificação do valor da cláusula penal dar-se-á através de considerações acerca da natureza e finalidade do negócio, e nada mais, pois essa é a exata medida que autoriza sua intervenção e, na mesma toada, justifica o novo valor". Para detalhes acerca da visão do autor acerca do que compõe a natureza e finalidade do negócio, remeto o leitor a CARVALHO, 2018, pp. 69-144.

221 Veja-se o alerta de ESPÍN ALBA, 1997, p. 16, acerca do problema no direito espanhol: "Hoje em dia é praticamente impossível assegurar a contratantes que livremente tenham pactuado uma cláusula penal que esta não sofrerá uma modificação judicial além dos próprios limites legais do referido artigo [1.154 do Código Civil Espanhol]. Ou, pelo contrário, que um dano maior claramente excessivo ficará sem ressarcimento", traduzido livremente do original em espanhol: "Hoy en día es prácticamente imposible asegurar a unos contratantes que libremente hayan pactado una cláusula penal que ésta no sufrirá una modificación judicial más allá de los propios

privada, que impõe o respeito da cláusula penal, com a limitação da liberdade contratual, que impõe controles à cláusula e, expressamente, a possibilidade de revisão pelo julgador.²²² Nesse sentido, é mister identificar tanto *quando* se pode reduzir quanto *como* reduzir.

A fixação de parâmetros para a redução judicial é igualmente importante para atender ao dever judicial de motivação. O juiz, em atendimento ao dever constitucional de fundamentar a decisão²²³, deve, sempre, evidenciar os critérios utilizados ao intervir na liberdade contratual das partes e, se for o caso, as razões pelas quais considerou que o excesso foi “manifesto”, em vista da natureza e finalidade do negócio²²⁴.

Diversos fatores de ponderação devem informar o julgador, pois o juízo de equidade se compõe de elementos ainda exteriores ao ordenamento jurídico, mas não deve ser deixado ao arbítrio do julgador²²⁵. Por exemplo, no direito português apontam-se: a situação criada para o credor com o incumprimento; os danos previsíveis ao tempo da conclusão do contrato e o efetivo prejuízo sofrido pelo credor; os interesses das partes, inclusive não patrimoniais; a natureza do contrato e as circunstâncias em que se formou, notadamente a situação econômica e social das partes à época ou a possibilidade de negociação; o motivo do incumprimento e a boa ou má-fé do devedor, a gravidade da ilicitude e a gravidade da culpa; e, não menos importante, a finalidade e função desempenhada pela cláusula penal no caso.²²⁶ É importante que critérios como esses sejam fixados e debatidos pela doutrina; de outro modo, o juiz recebe um poder excessivo de intervenção no caso concreto, abrangido por um termo amplo como “equitativamente”.²²⁷

límites legales del referido artículo. O por el contrario, que un mayor daño claramente excesivo se quedará sin resarcimiento”.

222 CARVALHO, 2018, p. 69.

223 CF art. 93, IX: “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade (...)”

224 Nesse sentido, MARTINS-COSTA, 2009, p. 708. No direito francês, cf. MALAURIE et al., p. 575.

225 LÔBO, 2005, p. 311.

226 MENEZESCORDEIRO, 2014, p. 670; ALMEIDACOSTA, 2009, p. 803; PINTOOLIVEIRA, 2011, p. 938.

227 A esse respeito, cf. PONTES DE MIRANDA, 1974, p. 346-347: “equidade é apenas palavrávula, com que se dá entrada a todos os elementos intelectuais ou sentimentais que não caibam nos conceitos primaciais do método de interpretação. Para que se atenuie a rapidez exegética, a prática e os legisladores têm recorrido a essa noção ambígua, se não equivoca, com que se manda tratar com igualdade sem se definir de que igualdade se trata, nem se dizerem os seus começos e os seus limites. No fundo, a vantagem, se vantagem realmente há, de tal expressão, em povos estranhos à tradição do nosso direito, tem sido semelhante à de todas as outras expressões vagas. A vaguidade serve sempre quando se quer o arbítrio, ou quando se pretende deixar a alguém determinar a norma, sem se confessar que se deu a alguém tal poder. [...] A dois milênios de distância alguns juristas pensam que a liberdade do juiz é a liberdade do povo. Elogiam o povo romano, quer dizer os seus governantes e juizes. No

No entanto, o intérprete do direito brasileiro deve ter em vista uma peculiaridade do artigo 413 do Código Civil: à diferença das regras correspondentes nos direitos português, alemão, francês e espanhol, por exemplo, o dispositivo no direito brasileiro consagra a partícula “tendo-se em vista a natureza e a finalidade do negócio”. Uma vez que o legislador estabeleceu a natureza e a finalidade do negócio como guias para a aplicação da regra no caso concreto, devem ser o guia para a modificação da cláusula.²²⁸

É verdade, porém, que os critérios propostos pela doutrina acerca do tema estão relacionados a tais aspectos, ainda que isso não esteja dito expressamente. Aponta-se que o intérprete deve analisar, a título de concreção da diretriz de “natureza e finalidade do negócio”, elementos como: a natureza civil ou comercial do negócio; sua inserção em uma cadeia de contratos e os efeitos do inadimplemento a outras relações jurídicas; sua eventual inserção em relações de direito internacional, entre outras. Analisa-se o segmento econômico-social em que dado contrato se insere, para levar em consideração os riscos e expectativas assumidos em face do que se considera, nesse segmento, como parte da normalidade. Desse modo, “natureza e finalidade” do negócio remetem às circunstâncias fáticas, concretas, do caso analisado, relacionando o vínculo jurídico das partes que firmaram a cláusula penal ao seu contexto. Atendendo-se a essas circunstâncias, será realizado um juízo de ponderação que concluirá pelo caráter excessivo ou não da penalidade pactuada.²²⁹

Para fins de sistematização, portanto, reúnem-se na sequência contribuições de juristas e de julgados para o esclarecimento da questão, buscando-se agrupá-las, dentro de cada hipótese prevista no dispositivo, conforme os critérios se enquadrem melhor na categoria “natureza” ou “finalidade” do negócio.²³⁰ Cabe aqui a ressalva de que os termos usados pelo legislador foram propositalmente abertos, para que a norma fosse adaptável a diferentes situações. Desse modo, não se pretende estabelecer um rol de critérios taxativos para a avaliação do julgador. Os critérios abaixo referidos são indicativos. Foram agrupados, ainda, em critérios que pareceram mais adequados à redução por cumprimento

entanto, o problema é muito mais complexo. O juiz pode servir a sentimentos de desigualdade (a pretexto de adaptar a solução às circunstâncias) ou causar o desprestígio da lei”.

228 Nesse sentido, CARVALHO, 2018, p. 91. A particularidade também é notada por PINTO MONTEIRO, 2004, p. 136.

229 MARTINS-COSTA, 2009, pp. 700-701.

230 Em CARVALHO, 2018, cf. pp. 92-131, adota-se uma concepção específica de “natureza do negócio”, relacionada à categoria do negócio jurídico a que se apõe a penalidade, e “finalidade do negócio”, relacionada ao que o autor entende como “critérios subjetivos”, ligados à finalidade econômica da cláusula. Neste trabalho, opta-se por não acompanhar a mesma classificação, sem prejuízo de enaltecer-se o mérito da proposição de um método de aplicação do artigo 413 atento a essas duas diretrizes constantes do dispositivo legal.

parcial e por manifesta excessividade; nada impede, contudo, que os critérios aplicáveis a uma dessas hipóteses se comuniquem à outra.

A regra do art. 413 aplica-se a todas as espécies de cláusula penal no direito brasileiro²³¹, ainda que a natureza da cláusula possa interferir nos critérios a aplicar²³².

Há duas hipóteses claramente delimitadas no artigo 413, que provocam a incidência do dever do juiz de reduzir a cláusula: o cumprimento parcial e a manifesta excessividade. A cada uma dessas hipóteses, destinar-se-á um tópico em separado.

IV. A REDUÇÃO POR CUMPRIMENTO PARCIAL

I. OS REQUISITOS DO CUMPRIMENTO PARCIAL

A doutrina sobre o Código Civil de 2002 assinala três elementos que, cumulativamente, compõem o suporte fático do “cumprimento parcial” no artigo 413²³³:

- Obrigação que se possa cumprir por partes;
- Ter o devedor, de fato, cumprido em parte;
- Ter o cumprimento parcial aproveitado ao credor.

Quanto ao primeiro item, pode-se cogitar de cumprimento parcial quando há obrigação complexa (composta de diversas obrigações, deveres, ônus, poderes e expectativas) ou quando uma mesma prestação pode ser dividida em várias prestações distintas.²³⁴

Exemplo de caso em que haverá direito à redução é o do devedor que cumpre parcialmente a obrigação, tendo sido convencionada cláusula penal para o inadimplemento total. Se foi pactuada uma cláusula no valor x para a inexecução total de uma obrigação de entregar 100 (isto é, a cláusula é estipulada para incidir sobre a hipótese de se entregar 0), e o devedor entregou ape-

231 MARTINS-COSTA, 2009, p. 693 e p. 698. A solução poderia ser diferente: por exemplo, já se registrou que no direito alemão a possibilidade de moderação judicial, nos termos do § 343 do BGB, só existiria no caso de exercer uma função de pressão sobre o devedor, e não apenas indenizatória; por outro lado, no direito espanhol propôs-se que a pena apenas fosse reduzida se sua função fosse indenizatória, tendo por parâmetro o dano, restando imutável se constituísse uma sanção ao inadimplemento (ESPÍN ALBA, 1997, p. 26 e p. 56). Sobre o artigo correspondente no direito português (art. 812.º do Código Civil de 1966), PINTO MONTEIRO, 1990, pp. 638-639 e p. 730; PROENÇA, 2011, p. 396.

232 MARTINS-COSTA, 2009, p. 622 e p. 654.

233 MARTINS-COSTA, 2009, p. 691.

234 MARTINS-COSTA, 2009, p. 646.

nas 50, a cláusula será reduzida à metade de x em função da entrega de metade da prestação.²³⁵

Nessa avaliação, é necessário avaliar a natureza da cláusula penal examinada. A hipótese de cumprimento parcial só enseja a redução no caso de a cláusula ter sido estipulada para o inadimplemento total de uma obrigação e o devedor a tiver cumprido parcialmente.²³⁶ A redução não se opera quando a cláusula incide sobre o inadimplemento de uma só cláusula e tal descumprimento ocorre, mesmo no caso em que o devedor honre o restante das obrigações.²³⁷

Para empregar esse critério, deve-se investigar, então, se a prestação parcial era útil para o credor. Também se pressupõe que houve recebimento parcial e que este não constituiu renúncia à cláusula penal.²³⁸

II. OS CRITÉRIOS PROPOSTOS PELA DOUTRINA

São critérios apontados na doutrina para a redução por cumprimento parcial: (i) a adequação entre a pena e o inadimplemento ocorrido; (ii) a necessidade de redução da penalidade, por ter realmente ocorrido desproporção entre o que foi cumprido e o que é devido a título de cláusula penal; (iii) a justiça proporcional, ou seja, o interesse na redução como medida de justiça que justifica a restrição ao que havia sido pactuado em favor do credor. Esses aspectos servem para justificar a restrição ao direito do credor.²³⁹

A equidade, nessa primeira parte do art. 413, traduz o valor de proporcionalidade: “a multa, que fora estipulada para o inadimplemento total, torna-se ‘grande demais’ em face da ocorrência de um inadimplemento que atinge apenas parte do pactuado”.²⁴⁰ É a equidade que legitima e pauta a redução, sendo a regra destinada a corrigir excessos ou abusos decorrentes do exercício da liberdade contratual.²⁴¹

A redução, no caso em que haja tal excesso, deve ser proporcional. Não se trata, porém, de proporcionalidade matemática, mas “axiológica”, isto é, levando-se em conta a importância do que foi prestado, de modo a considerar aspectos concretos do negócio jurídico.²⁴² A equidade não implica numa pro-

235 Nesse sentido, MARTINS-COSTA, 2009, p. 653.

236 ALMEIDA COSTA, 2009, p. 804.

237 MARTINS-COSTA, 2009, pp. 653-654.

238 MARTINS-COSTA, 2009, pp. 687-688.

239 MARTINS-COSTA, 2009, pp. 688-689 e p. 692.

240 MARTINS-COSTA, 2009, p. 689.

241 PINTO MONTEIRO, 1990, p. 730.

242 MARTINS-COSTA, 2009, pp. 689-690. Esclarece a autora que deve-se ter a “importância, maior ou menor, do que foi prestado, em vista do efetivo interesse denotado pela concreta economia contratual, a tipicidade do negócio e a utilidade para o credor da prestação em

porção aritmética, ainda que esta seja fator a levar em conta²⁴³, sendo integrada por elementos como a utilidade que o cumprimento parcial efetivamente trouxe ao credor e a finalidade econômica e social do contrato.²⁴⁴

Em outras palavras, a redução não se dá na mesma margem em que a obrigação foi cumprida, e sim atendendo às vicissitudes do caso concreto e ao interesse do credor.²⁴⁵

Observa-se, ainda, que em ocorrendo cumprimento parcial nos termos do art. 413 o juiz está obrigado a reduzir a cláusula, sob pena de desnaturar a racionalidade econômica do negócio.²⁴⁶

III. OS CRITÉRIOS EMPREGADOS PELA JURISPRUDÊNCIA

A jurisprudência enuncia diversos outros critérios para a redução além da proporcionalidade matemática, identificada com a regra do art. 924 do CC/16. No entanto, certas vezes, esse é o único critério efetivamente empregado, sendo os demais acrescentados como reforço retórico.

Em dado acórdão, por exemplo, julgou-se contrato de prestação de serviços entre uma emissora televisiva e um artista, em que fora pactuada cláusula penal sobre a hipótese de rescisão unilateral imotivada do contrato, correspondente ao valor total do contrato. O tribunal de origem reduzira a multa proporcionalmente ao tempo pelo qual o contrato fora cumprido – 80% do valor fixado, visto que 20% do prazo contratual fora cumprido²⁴⁷.

parte cumprida, bem como da função econômico-social do negócio, consideradas ainda a peculiar racionalidade do agente econômico e a busca de eficiência do sistema que carece de coerência e de previsibilidade". Nesse sentido, veja-se o Enunciado 359 aprovado na IV Jornada de Direito Civil: "A redação do art. 413 do Código Civil não impõe que a redução da penalidade seja proporcionalmente idêntica ao percentual adimplido".

243 ALMEIDA COSTA, 2009, p. 804.

244 MARTINS-COSTA, 2009, p. 691.

245 CARVALHO, 2018, p. 131. No direito francês, cf. MALAURIE et al., p. 575: "En cas d'exécution partielle, le juge peut réduire la pénalité convenue à proportion de l'intérêt que l'exécution a procuré au créancier (art. 1231-5, al. 3), sauf, a décidé la Cour de cassation, si les parties avaient déterminé les conséquences de leur inexécution partielle sur le montant de la peine encourue" e, no mesmo sentido, BUFFELAN-LANORE; LARRIBAU-TERNEYRE, 2018, p. 644.

246 "Arbitrio – injustificado e ilegal – haveria se o juiz se negasse a reduzir cláusula penal, quando cumprida em parte a prestação principal, desnaturando a racionalidade econômica do negócio" (MARTINS-COSTA, 2009, p. 690).

247 "2 – No mérito, ao contrário do que pretende à apelante, não deve o valor da multa estipulada no contrato ser integralmente aplicada, porque parte do contrato foi cumprido. Desse modo, como 20% (vinte por cento) do contrato restou cumprido, a cláusula penal estipulada deve ser equitativamente reduzida, nos termos do artigo 413, do Código Civil. Portanto, agiu com acerto o d. Juízo a quo ao reduzir para R\$519.157,40 (quinhentos e dezenove mil, cento e cinquenta e sete reais e quarenta centavos), o valor referente a cláusula penal estipulada no contrato, o que corresponde a 80% (oitenta por cento) do valor do mesmo." (Trecho da ementa do acórdão de segunda instância, transcrito no Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 592.075 – RJ, Terceira Turma, Min. Rel. João Otávio de Noronha, j. 05.03.2015).

A emissora sustentava que o tribunal violara o art. 413 do CC/02, uma vez que “as partes pactuaram livremente” que a parte que promovesse a “rescisão unilateral imotivada do contrato, durante sua vigência” responderia por “indenização por perdas e danos no mínimo correspondente ao valor total do contrato”. Por isso, “a totalidade da prestação protegida pela cláusula penal foi atingida”, de modo que não se poderia reduzir a multa por causa do cumprimento parcial”. Se mantida a redução, pleiteava que ela se desse “de forma equitativa, e não proporcional ao tempo de cumprimento do contrato”.

A decisão do STJ confirmou, porém, a sentença do tribunal *a quo*, enunciando uma série de critérios para a redução da cláusula: a finalidade de manter o equilíbrio da relação contratual; a finalidade de “evitar o enriquecimento sem causa”, o princípio da equidade, a boa-fé objetiva, a natureza e finalidade do negócio, o grau de culpa do devedor e as vantagens decorrentes do inadimplemento, sem exclusão de outros possíveis critérios²⁴⁸. Dá-se razão ao tribunal de origem, forte no argumento de que a norma da redutibilidade não pode ser afastada pelo contrato e considerando que a redução se dera conforme a equidade na decisão recorrida²⁴⁹. Nota-se, porém que, no caso em tela, o único critério visivelmente empregado pelo tribunal de origem fora o período cumprido em relação ao prazo contratual – a proporcionalidade, portanto.²⁵⁰

Outro critério frequentemente enunciado é o grau de culpa do devedor no inadimplemento.

Ilustra-o um julgado que envolvia contrato de prestação de serviços, pelo qual uma modelo e a respectiva agência se obrigavam, em face de uma organizadora de eventos, à realização de um ensaio fotográfico para campanha publicitária, à presença da modelo como “noiva símbolo” no coquetel de lançamento e nos desfiles de abertura e encerramento de um festival de noivas. Tendo realizado o ensaio fotográfico, a modelo e sua acompanhante chegaram atrasadas

248 “Verifica-se que, ocorrido o parcial cumprimento da obrigação, é dever do juiz reduzir o valor da cláusula penal a fim de manter o equilíbrio da relação contratual e evitar o enriquecimento sem causa. Além disso, o magistrado, ao reduzir o valor da pena deverá observar o princípio da equidade, levando em consideração a boa-fé objetiva, a natureza e a finalidade do negócio, o grau de culpa do devedor, as vantagens decorrentes do inadimplemento, etc.” (voto do relator, STJ, Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 592.075 – RJ, Terceira Turma, Min. Rel. João Otávio de Noronha, j. 05.03.2015).

249 “No caso dos autos, o Tribunal a quo, realizando a apreciação equitativa, conforme determinado pela legislação civil acima explicada, considerou a natureza e a finalidade do negócio e a forma de cumprimento do contrato, tendo concluído pelo arbitramento da cláusula penal em 80% (oitenta por cento) do valor do contratado” (voto do relator, STJ, Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 592.075 – RJ, Terceira Turma, Min. Rel. João Otávio de Noronha, j. 05.03.2015.).

250 STJ, Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 592.075 – RJ, Terceira Turma, Min. Rel. João Otávio de Noronha, j. 05.03.2015.

ao coquetel de lançamento e dele se retiraram antecipadamente, sem avisar a organizadora do evento; ainda, deixaram de comparecer ao desfile de abertura, alegando problemas de saúde, avisando a organizadora apenas dez minutos antes do desfile. Por fim, a agência informou que a modelo não compareceria ao desfile de encerramento por ter priorizado outro compromisso.

A decisão recorrida condenou a parte inadimplente ao pagamento da cláusula penal, mas reduziu a penalidade pactuada em 70% sob o fundamento do art. 413 do CC. A organizadora do evento recorreu ao STJ, convicta de que a cláusula penal deveria ser imposta em sua integralidade.

O STJ destacou que houve inobservância dos deveres de informação e lealdade no coquetel de lançamento e no desfile de abertura, além de inadimplemento do compromisso assumido para o desfile de encerramento. Dos quatro compromissos, apenas o ensaio fotográfico foi adequadamente cumprido.

Ao apreciar a redução da cláusula, o tribunal destacou que “não há uma relação de proporcionalidade matemática exata entre o grau de inexecução da prestação e o de redução do valor da cláusula penal”. A fundamentação acrescenta como critérios o grau de culpa do devedor, a situação econômica, o montante adimplido, avaliação proporcional da utilidade ou vantagem que o cumprimento, ainda que imperfeito ou incompleto, tenha oferecido ao contratante e a existência de possível desequilíbrio de forças entre as partes. Como apenas pequena parte da obrigação fora adequadamente cumprida e era “significativo o seu grau de culpa”, não havendo desequilíbrio de força entre os contratantes, a pena foi ajustada para 70% do fixado no contrato.²⁵¹

Em outro julgado, a devedora incorrera em mora de determinadas parcelas pecuniárias, que foram posteriormente pagas em sua integralidade. A relatora enunciou o proveito para a credora e o ínfimo grau de culpa da ré como razões para a redução. Na espécie, a parte ré fora condenada ao pagamento de cláusula penal de 30% sobre o valor das parcelas atrasadas. O atraso fora de poucos dias (três dias corridos, sendo um dia útil, no caso da terceira parcela; e dois dias corridos, sendo um dia útil, no caso da quarta parcela).

O acórdão reitera o caráter cogente da norma e de sua imperatividade para o juiz, que dá à redução natureza de direito do devedor, fundado nos “princípios da boa-fé contratual e da função social do contrato”. A relatora adota em especial dois critérios: entende que o pagamento, ainda que parcial, produziu benefícios ao credor, já que as prestações principais foram pagas, embora com pequeno atraso, na sua integralidade; e que o grau de culpa do devedor era ín-

fimo, atrasando em apenas 1 dia útil. Não sendo necessária correspondência matemática entre a redução e o quantitativo da mora, pondera ainda que não havia desequilíbrio de forças entre as partes contratantes. Por fim, considera proporcional a redução para 0,5% das parcelas em atraso para as duas violações ocorridas na espécie.²⁵²

Um terceiro caso em que outros critérios foram empregados, mitigando a proporcionalidade em relação ao tempo do contrato, dizia respeito a um contrato de locação de loja em *shopping center*, inadimplido pelos locatários. A cláusula penal pactuada era de 6 aluguéis, tendo o contrato o prazo determinado de 36 meses. Após cerca de 14 meses, os locatários decidiram romper o contrato. A decisão recorrida, na espécie, reduzira a cláusula penal para 2,34 aluguéis, calculando exatamente o montante proporcional ao tempo de adimplemento – causa estranhamento, aliás, que a penalidade foi reduzida proporcionalmente ao tempo de contrato *adimplido*, e não *inadimplido*.

A locadora, porém, recorreu ao STJ pretendendo a incidência integral da cláusula, “independentemente do tempo que o locatário tenha permanecido no espaço locado, visando esta importância, previamente e livremente pactuada, para cobrir despesas com a retomada da posse, colocação da loja em condições para ser novamente tocada, comissões dos corretores e indenização a título de lucros cessantes e danos emergentes”.

O art. 4º da lei de Locações em vigor no momento de celebração do contrato (2006) fazia remissão ao art. 924 do Código Civil, à época já revogado pelo Código Civil de 2002. Posteriormente, a doutrina entendeu que a remissão deveria ser entendida como feita ao art. 413 do Código Civil. Por isso, o critério de redução posto pelo art. 413, que segundo o relator substituiria a equidade à proporcionalidade matemática, deveria ser aplicado. O STJ passou, então, à aplicação do art. 413 para apreciar em que medida poderia ser reduzida a cláusula, tendo em conta o caráter de poder-dever do dispositivo e os objetivos a ele atribuídos.

Em adição aos argumentos da autora, acerca dos custos que a cláusula penal visava cobrir, o STJ atentou-se à natureza específica do contrato em exame: asseverou que a existência de lojas desocupadas, em um centro comercial, “depõe contra o sucesso de todo o empreendimento, podendo trazer à tona ilações malfazejas à massa de seus inquilinos, empregados e investidores, influenciando, diretamente, o desejo dos consumidores de frequentarem suas dependências e, conseqüentemente, procederem à compra dos produtos ofe-

252 STJ, Recurso Especial nº 1.641.131 – SP, Terceira Turma, Min. Rel. Nancy Andrighi, j. 16.02.17.

recidos”. Tendo em vista, assim, as consequências econômicas da inexecução, entendeu que a redução deveria ser mais comedida. Concluiu, por isso, pela redução da cláusula a 4 aluguéis.²⁵³

Um julgado intrigante reduziu a cláusula penal pactuada em contrato de coparticipação em empreendimento imobiliário. Em cumprimento ao contrato, o autor transferira a propriedade de um terreno a uma incorporadora, a ré; esta, obrigou-se a lhe dar em pagamento 18,33% do valor apurado com a comercialização das unidades ali construídas. As unidades foram construídas e comercializadas, mas a incorporadora não honrou o pactuado, nada pagando ao contratante. Como nada fora pago, o acórdão recorrido classificara o descumprimento como absoluto e integral, condenando a ré ao pagamento da obrigação principal e da cláusula penal.

O Relator do caso no STJ, entendeu que houve inadimplemento parcial, uma vez que a incorporadora cumprira as obrigações de construir e comercializar as unidades, apenas inadimplindo a obrigação de pagar ao autor os valores devidos. Assim, a cláusula penal seria, no seu entender, moratória, e passível de cumulação com a obrigação principal. Reduziu, então, a cláusula penal com base no cumprimento parcial.

A Ministra Maria Isabel Gallotti, em voto-vista, entendeu que a natureza da cláusula penal de 20% sobre o valor total do empreendimento era compensatória, não moratória, pois incidia sobre o inadimplemento total da obrigação, e que não haveria cumprimento parcial, visto que o credor não recebera nada como contrapartida da transferência de sua propriedade. Desse modo, caberia a condenação ao principal cumulada com a multa moratória de 2% pactuada, ou a multa compensatória, alternativamente. Porém, como não houvera recurso do réu, não poderia a cláusula penal de 20% ser suprimida naquele estágio recursal. Por essa fundamentação, acompanhou o voto do relator, que reduzira o valor da cláusula a 20% do montante inadimplido e não do valor total do empreendimento.²⁵⁴

A decisão destaca-se pela intensidade da intervenção no contrato. A redução é operada de ofício e, ainda que o cumprimento parcial (e não a manifesta

253 STJ, Recurso Especial n. 1.353.927 – SP, Quarta Turma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 17.05.2018.

254 “Não houve recurso do réu, ora agravado, de modo que não cabe, na análise do agravo interno interposto apenas pelo autor, suprimir integralmente a multa que tenho como compensatória. Por outro lado, com a redução operada pelo Relator e considerando, ainda, a supressão da multa moratória realizada pelo acórdão recorrido, multa esta que seria passível de acumulação com a obrigação principal, penso que a composição do litígio encontra resultado justo. Em face do exposto, acompanho a conclusão do voto do eminente Relator, mas com fundamentação diversa” (voto da Min. Maria Isabel Gallotti, STJ, Agravo Interno nos Embargos de Declaração no Agravo Interno nos Embargos de Declaração no Agravo em Recurso Especial n. 1.078.510/SP, Quarta Turma, Min. Rel. Luis Felipe Salomão, j. 07.06.2018).

excessividade) seja o elemento do art. 413 invocado, a decisão não se relaciona com ele. O relator deixa de lado a inutilidade do suposto cumprimento parcial para o credor, que nada recebera; o voto-vista da ministra, conquanto acertadamente reconheça que esse cumprimento parcial, no sentido do art. 413, não existiu, acaba por decidir também no sentido da redução da cláusula penal, como forma de contornar o obstáculo processual e decidir de modo favorável ao réu, que não interpusera recurso.

V. A REDUÇÃO POR MANIFESTA EXCESSIVIDADE

I. OS CRITÉRIOS PROPOSTOS PELA DOUTRINA

A hipótese de redução prevista na segunda parte do artigo 413 não é de interpretação evidente. Não é qualquer superioridade no valor da pena que induzirá à revisão. O valor deve ser exorbitante, saltando aos olhos sua abusividade.²⁵⁵ A revisão judicial só se efetua excepcionalmente²⁵⁶. Uma vez que a mera superioridade em face do dano (no caso de cláusula indenizatória) ou do interesse do credor no adimplemento (no caso de cláusula compulsória) não justifica a redução, o julgador deve ter em conta outros fatores que demonstrem que a exigência da penalidade convencionalizada traduz um exercício abusivo de direito pelo credor.²⁵⁷

No direito francês, já se observou que o juiz não pode reduzir a pena a título de manifesta excessividade apenas fundando-se no comportamento ou dificuldades financeiras do devedor, nem a partir de uma comparação com penas habitualmente estipuladas em contratos semelhantes.²⁵⁸

O legislador brasileiro, na segunda parte do art. 413, parece ter em vista as situações de provável abuso do credor, notadamente em contratos onde há assimetria de poder entre as partes. A face da equidade que aqui se coloca é a da equidade corretiva, ou seja, equidade como moderação. Trata-se do dever de “amoldar o que está excessivo a parâmetros razoáveis”. O juiz deverá, nesse caso, intervir para corrigir o conteúdo do contrato, unilateralmente, e não se colocando na posição de negociar no lugar das partes²⁵⁹.

255 MARTINS-COSTA, 2009, pp. 698-699; CARVALHO, 2018, pp. 92-93; ROSENVALD, 2007, pp. 224-225. No mesmo sentido, MENEZES LEITÃO, 2011, p. 302, acerca do dispositivo correspondente no Código Civil português (art. 812.º). No direito francês, cf. PORCHY-SIMON, 2016, pp. 289-290.

256 Sobre o regime correspondente no direito português, ALMEIDA COSTA, 2009, p. 802.

257 Nesse sentido, sem menção às distintas funções da cláusula, PINTO MONTEIRO, 1990, p. 739.

258 FAGES, 2016, p. 285.

259 Cf. MARTINS-COSTA, 2009, pp. 694-697.

A doutrina oferece algumas pistas do caminho a seguir na identificação de uma cláusula penal manifestamente excessiva. Na sequência, analisam-se quais seriam os critérios para fazê-lo, agrupando-os conforme estejam mais próximos do exame da natureza do negócio ou de sua finalidade.

I. CRITÉRIOS RELACIONADOS À NATUREZA DO NEGÓCIO

A partir da referência do dispositivo legal ao critério da “natureza do negócio”, extrai-se que a natureza da cláusula penal é relevante para a operação de reduzi-la. Nesse sentido, tem-se em conta a espécie da cláusula estipulada.²⁶⁰

Assim, exemplifica a doutrina que um montante pode ser “manifestamente excessivo” para uma cláusula de fixação de perdas e danos e não o ser para uma cláusula penal puramente coercitiva; do mesmo modo, uma cláusula que visa a satisfazer o credor no caso de inadimplemento total, substituindo a prestação, pode ter valor muito superior ao que, para uma cláusula que se aplica em caso de mora, cumulando-se com a prestação, seria excessivo.²⁶¹

A definição do regime aplicável a uma cláusula penal deve, necessariamente, passar por sua qualificação, tendo em vista inclusive o escopo das partes ao pactuá-la. O escopo perseguido pelas partes ao pactuar a cláusula deve ser levado em conta pelo julgador que a reduz, mesmo que a possibilidade de redução exista independente da espécie de cláusula penal.²⁶²

Notadamente, sugere-se que a cláusula penal indenizatória tenha como principal parâmetro de redução o valor efetivo do dano, enquanto a cláusula penal compulsória enseja a redução em função do interesse do credor no cumprimento.²⁶³

A atenção à natureza da cláusula é de suma importância para que a redução não a desfigure, violando a vontade manifestada pelas partes. Por exemplo, a intervenção do juiz pode mitigar a configuração de uma cláusula penal como medida cominatória querida pelos contratantes.²⁶⁴

260 MARTINS-COSTA, 2009, p. 702; PINTO MONTEIRO, 1990, p. 645.

261 MARTINS-COSTA, 2009, pp. 702-703; PINTO MONTEIRO, 1990, p. 639.

262 PINTO MONTEIRO, 1990, pp. 638-639.

263 PINTO MONTEIRO, 1990, p. 639. No mesmo sentido, ESPÍN ALBA, 1997, p. 45 e MENEZES CORDEIRO, 2014, p. 670. Em sentido contrário, CARVALHO, 2018, p. 95 sustenta que não se pode vincular o caráter manifestamente excessivo da cláusula penal indenizatória à constatação do dano, pois “se trata de presunção absoluta de dano” e “porque o dano não é critério fixado no artigo 413 do Código Civil para aplicação do juízo equitativo, que estatui a natureza e a finalidade do negócio para balizar o juízo de equidade, mas não o dano”. Para o autor, que rejeita a multiplicidade de espécies de cláusula penal, as balizas estabelecidas pelo legislador brasileiro impedem que seja adotado o critério do dano, ainda que ele seja admissível no direito português (cf. CARVALHO, 2018, pp. 96-97).

264 Nesse sentido: “[O] aspecto que mais debilitou a configuração da cláusula penal como medida cominatória no sistema francês foi o incremento do poder de intervenção dos juizes, que podem aumentar o valor previamente pactuado quando este se mostrar irrisório ou diminuí-

Além da natureza da penalidade, deve-se examinar, quanto à formação do contrato o efetivo poder negociatório das partes, pois uma maior desigualdade entre elas – e portanto, menor autonomia para determinação do conteúdo do contrato – justifica uma maior intervenção do juiz a título de controle externo.²⁶⁵ Assim, por exemplo, um contrato de adesão sinaliza menor poder de negociação, o que enseja maior poder de revisão pelo juiz; se trata-se de contrato empresarial, formado por regular processo de negociação, o poder de revisão equitativa será efetivamente excepcional.²⁶⁶ Lembre-se, sobre este ponto, que a redução não depende de ter o credor agido com intuito abusivo no momento da estipulação da cláusula.²⁶⁷

A fase formativa do contrato pode fornecer subsídios, ademais, na medida em que revele a intenção das partes, por exemplo, em firmar a cláusula como contrapartida para melhores condições ou assunção de outros riscos; demonstre interesses patrimoniais e extrapatrimoniais; entre outras possíveis ponderações.²⁶⁸

No caso de liberalidades em que se estipular cláusula penal em desfavor do devedor, o julgador deve ser mais atento à possibilidade de um excesso manifesto; do contrário, se for fixado em desfavor do credor, o termo deve ser empregado de modo que apenas um excesso gritante seja qualificado como manifestamente excessivo no sentido da lei.²⁶⁹

Além da distinção relacionada à parte da obrigação a que a penalidade se impõe, o caráter gratuito também importa: uma cláusula penal que se mostre excessiva em um contrato gratuito pode se revelar adequada a um contrato oneroso.²⁷⁰

Ao atentar-se às circunstâncias concretas em que firmado o negócio, por fim, deve o julgador atentar-se à racionalidade e aos usos e costumes do específico segmento de mercado em que se realizou o negócio²⁷¹, visto que po-

lo quando seja excessivo, inclusive de ofício, em clara oposição à autonomia privada” (ESPÍN ALBA, 1997, p. 23), tradução livre do original: “[E]l aspecto que más ha debilitado la configuración de la cláusula penal como medida conminatoria en el sistema francés ha sido el incremento del poder de intervención de los jueces, que pueden aumentar el valor previamente pactado cuando éste se muestre irrisorio o disminuirlo cuando sea excesivo, incluso de oficio, en clara oposición a la autonomía privada”.

265 “Quando há um ‘desequilíbrio significativo’ entre as partes justifica-se a maior intensidade do controle externo, pois não seria tolerável que, sob a apenas aparente livre escolha, pelos contraentes, do conteúdo contratual, se viabilizasse um incontrolado poder à parte superpotente, em desfavor da parte débil” (MARTINS-COSTA, 2009, p. 704).

266 MARTINS-COSTA, 2009, p. 704; no mesmo sentido, CARVALHO, 2018, p. 108.

267 PINTO MONTEIRO, 1990, p. 718.

268 Nesse sentido, MARTINS-COSTA, 2009, p. 705.

269 CARVALHO, 2018, pp. 104-105.

270 CARVALHO, 2018, p. 106.

271 MARTINS-COSTA, 2009, p. 706.

dem determinar, por exemplo, se o cumprimento parcial de dada prestação será inútil, ou se uma conduta é mais gravosa do que pareceria a um observador externo, justificando uma penalidade que à primeira vista pareceria excessiva.

II. CRITÉRIOS RELACIONADOS À FINALIDADE DO NEGÓCIO

Embora por vezes se aponte, como critério protagonista da apreciação da finalidade do contrato, a sua finalidade econômica²⁷², outros fatores concorrem à operação da redução. Notadamente, trata-se da finalidade jurídica da cláusula, isto é, o seu efeito de reforço da obrigação principal. Tratar da finalidade do negócio e da cláusula penal, portanto, relaciona-se com o que puderam as partes prever acerca dos efeitos indesejados do inadimplemento e das circunstâncias que induziriam a inexecução, e o que pretenderam evitar.

Nesse sentido, frequentemente se aponta como parâmetro da redução o dano sofrido.

A diferença entre o montante do prejuízo efetivamente sofrido e o montante estimado pode ser levada em conta, mas com reservas. No caso de cláusula com função indenizatória, sua finalidade de evitar a discussão sobre o montante exato das perdas e danos justifica pequenas diferenças, de modo que não será qualquer variação que imporá a redução da penalidade.²⁷³ No caso de cláusula com função coercitiva, não necessariamente a desproporção em relação ao dano será relevante.

Sustenta-se que o montante do prejuízo a ser comparado com a pena é o efetivamente sofrido, e não o previsível ao tempo da estipulação da cláusula penal, visto que se trata de controle do exercício do direito no momento em que o credor o exige.²⁷⁴ Além disso, entende-se que a cláusula não pode ser reduzida para montante aquém dos danos reais, quando tenha função indenizatória.²⁷⁵ Uma terceira observação acerca da redução da cláusula indenizatória é que se deve ter em conta a sua finalidade econômica, isto é, a eventual intenção das partes de incluir no seu montante danos que a seu ver talvez não fossem adequadamente avaliados por um terceiro adjudicador (como, por exemplo, danos morais sofridos por determinada pessoa jurídica).²⁷⁶

272 “Finalidade do negócio é, sim, o fim econômico que cerca determinado negócio jurídico [...] [O]rientar a leitura do artigo 413 do Código Civil ao proveito econômico do contrato pela vítima do descumprimento contratual é o que mais se aproxima à aplicação da equidade no sentido de justiça no caso concreto, o que foi lançado anteriormente” (CARVALHO, 2018, pp. 113-114).

273 MARTINS-COSTA, 2009, p. 703 e 712; PINTO MONTEIRO, 1990, p. 645.

274 PINTO MONTEIRO, 1990, p. 734.

275 ALMEIDA COSTA, 2009, p. 802. No direito francês, FAGES, 2016, p. 285.

276 CARVALHO, 2018, pp. 122-123.

Não se trata de adaptar o montante da cláusula penal ao do dano efetivo. Igualar a cláusula penal ao valor do dano privaria a cláusula de efeito, na medida em que a operação de redução a substituiria pelas regras ordinárias de responsabilidade contratual.²⁷⁷ Uma solução assim suprimiria o efeito da cláusula penal, o que não é o objetivo da regra do artigo 413.

O perigo de adotar como critério o valor do dano é remeter a redução da cláusula penal às regras gerais de liquidação do dano, o que é incompatível com a natureza da cláusula de pré-fixação da indenização. Por isso, defende-se que a redução deve se dar na exata medida em que a cláusula é excessiva; isto é, reduzir o montante a um valor que não justificaria a intervenção de um terceiro moderador.²⁷⁸

No entanto, embora na doutrina se encontrem tais orientações, ainda não existem limites claros sobre em que medida se pode levar em conta a diferença entre a penalidade pactuada e o dano efetivo.

O intérprete deve considerar, ademais, a totalidade da relação jurídica em que se insere o contrato. Se a operação contratual é complexa e o inadimplemento influenciará negativamente o andar de outros contratos coligados, a cláusula penal pode servir a uma finalidade que não se vislumbra no negócio jurídico isolado. Por exemplo, pode evitar efeitos em cadeia, ou servir de contrapartida para vantagem auferida em outro negócio jurídico.²⁷⁹

Além disso, deve-se ter em conta a gravidade da infração e o grau de culpa do devedor que incorre na cláusula penal. Como visto, trata-se de requisito para a incidência da pena que o inadimplemento seja culposo; esse aspecto subjetivo pode, assim, aumentar ou diminuir a margem de redução. Inversamente, as circunstâncias em que se deu o inadimplemento, notadamente a boa-fé subjetiva do devedor na execução do contrato, também devem guiar o juízo de redução, dessa vez a seu favor.²⁸⁰

277 CARVALHO, 2018, p. 139. Em sentido oposto, no direito francês, já se afirmou que “o juiz não pode fixar o montante da cláusula penal aquém ou além do prejuízo realmente suportado” (PORCHY-SIMON, 2016, p. 290).

278 “[É] razoável que o sistema da contenção seja o mais harmônico com a estrutura da cláusula penal que foi pensada pelo legislador do Código Civil de 2002. Retirar o manifesto excesso do valor da cláusula penal significa tolher aquela parcela que – à luz da natureza e finalidade do negócio – autorizou a intervenção do terceiro [adjudicador]. E é essa mesma parcela que ao ser suprimida através do juízo equitativo possibilitará a manutenção da vontade das partes na fixação de uma cláusula penal. Em outras palavras, retira-se do valor da cláusula penal aquela exata quantia que, se não existisse, deslegitimaria a intervenção do poder moderador” (CARVALHO, 2018, p. 141). Cf. também o item *o, supra*.

279 Nesse sentido, MARTINS-COSTA, 2009, p. 705; e PINTO MONTEIRO, 1990, p. 734.

280 MARTINS-COSTA, 2009, pp. 704 e 706.

O interesse do credor no adimplemento do contrato pode justificar um maior montante da cláusula.²⁸¹ Inversamente, pode-se cogitar de uma cláusula penal de montante tão alto que valha mais a pena para o credor que o devedor descumpra o contrato, de modo que se vê estimulado a criar empecilhos para o cumprimento; nessa situação, justifica-se a redução da cláusula penal por meio do artigo 413.²⁸² Do mesmo modo, se o incumprimento podia trazer vantagens ao devedor, deve-se avaliar se sua conduta foi maliciosa, preferindo inadimplir por um raciocínio de “custo-benefício”. A constatação dessa conduta imprópria deve interferir negativamente na revisão.²⁸³

II. OS CRITÉRIOS EMPREGADOS PELA JURISPRUDÊNCIA

Até o momento, há poucos julgados que reduziram a cláusula penal com fundamento na manifesta excessividade, em comparação com a hipótese de cumprimento parcial.

Eventualmente, encontram-se acórdãos que não esclarecem qual o critério empregado ou que empregam um parâmetro excessivamente amplo, não deixando claro o que guiou a avaliação judicial.

Em certo caso de contrato de compra e venda de imóvel a prazo, haviam sido pagos o sinal e quatro de quarenta e oito parcelas. A cláusula penal era de 25% sobre o preço e, conforme a decisão recorrida, constituía liquidação das perdas e danos. Ante o inadimplemento, a multa compensatória foi julgada devida pelo juízo de primeiro grau, mas reduzida proporcionalmente ao inadimplemento. A sentença, confirmada pelo tribunal de origem reduzira a multa com o seguinte cálculo: em vez de 25% sobre o valor total da prestação devida, 25% sobre o valor da parte inadimplida da prestação. A credora se insurgiu, então, contra essa redução.

281 MARTINS-COSTA, 2009, p. 703.

282 “[N]ão se justifica para o ponto de vista da análise econômica do direito a manutenção do contrato ineficiente, cujo objetivo não é mais a realização de trocas eficientes, mas sim o anseio do credor pelo descumprimento do contrato pelo devedor e, assim, o percebimento do valor da cláusula penal. [...] a finalidade econômica que as partes anteviram e pretenderam atingir com a assinatura do contrato não foi alcançada; essa finalidade, a partir do momento em que a cláusula penal se tornou um instrumento para não se alcançar o fim pretendido pelo contrato, mas sim um fim em si mesmo, demonstra claramente que o contrato não satisfaz a finalidade econômica que as partes pretenderam atingir. Daí porque em situações como a tais, de aprisionamento do devedor ante cláusulas penais manifestas, em que não se alcança a finalidade econômica pretendida pelas partes, justifica-se a aplicação da hipótese de redução prevista no artigo 413 do Código Civil” (CARVALHO, 2018, pp. 121-122).

283 MARTINS-COSTA, 2009, p. 705. Se, porém, esse critério traz à mente a teoria do inadimplemento eficiente (*efficient breach*), ressalva-se que ele não é instituto de fácil transposição no direito brasileiro, inclusive em matéria de cláusula penal; em síntese, em razão da tutela específica concedida ao credor. Sobre o tema, vide PELA, 2016.

A decisão do STJ rejeita a aplicação da redução por cumprimento parcial²⁸⁴. No entanto, reconhece que o fundamento da decisão recorrida fora o caráter excessivo da penalidade, visto que se fundava num caráter “razoável” da cláusula penal²⁸⁵. Por isso, nega o recurso e mantém a redução.²⁸⁶ O critério da “razoabilidade”, sem maior densificação, não é suficientemente claro, nem permite prever como a penalidade seria reduzida em outros casos semelhantes; não é, portanto, um parâmetro suficiente para justificar a decisão.

Em outro caso, a cláusula penal fixada em juízo para o descumprimento de uma transação judicial foi considerada excessiva, visto que parte da obrigação fora cumprida. O tribunal, em razão da excessividade, de origem reduziu a multa de 1.000,00 reais ao dia para 20,00 reais ao dia. Com isso, o total devido a título de multa baixou de R\$600.000,00 para R\$18.580,00. Em sede de recurso especial, manteve-se a decisão agravada por seus próprios fundamentos, visto que ela admitia a possibilidade de redução da cláusula penal, o que está em consonância com a jurisprudência do STJ. Não se analisaram os critérios de redução.²⁸⁷

Despontam no horizonte, contudo, alguns critérios. A culpa do devedor, por exemplo, que pode excluir a manifesta excessividade se a cláusula penal atingiu um valor muito alto em razão do prolongamento de sua própria mora.

Isso se enunciou em um julgado do STJ, em que a autora celebrara um contrato de arrendamento com uma empresa do ramo agropecuário, pelo qual se obrigou a entregar 15 touros nelore, recebendo como contrapartida 15 bezerras nelore uma vez ao ano, por cinco anos consecutivos, e a restituição dos

284 “No caso em tela, seria cabível, em tese, a cisão do negócio jurídico, pois o objeto da compra e venda é um edifício, podendo-se transferir ao promitente comprador apenas algumas salas, ou apenas alguns andares do edifício, na proporção do valor pago pelo promitente comprador. Restou incontroverso nos autos, porém, que o credor não aceitou a cisão do negócio jurídico, tanto que pleiteou judicialmente a resolução do contrato. Sem a concordância do credor, não é possível cindir o negócio jurídico, não sendo aplicável, portanto, o disposto no art. 413, primeira parte, do Código Civil”. (voto do relator, STJ, Recurso Especial nº 1.381.652 – SP, Terceira Turma, Min. Rel. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 12.08.2014).

285 “O segundo fundamento para redução da multa é o eventual caráter excessivo da penalidade. Esse fundamento parece ter sido encampado pelo juízo a quo, quando menciona que é jurídico “e razoável” a redução da base de cálculo da multa. Esse juízo de razoabilidade do sentenciante, porque extraído dos elementos fático-probatórios da demanda, é incontestável no âmbito desta Corte Superior, em razão do óbice da Súmula 7/STJ. Desse modo, embora assista razão à recorrente quanto à inaplicabilidade do art. 413, primeira parte, do Código Civil à espécie, a redução da multa deve ser mantida em razão do contido na segunda parte do referido dispositivo legal” (voto do relator, STJ, Recurso Especial nº 1.381.652 – SP, Terceira Turma, Min. Rel. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 12.08.2014).

286 STJ, Recurso Especial nº 1.381.652 – SP, Terceira Turma, Min. Rel. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 12.08.2014.

287 STJ, Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 390.409 – PR, Terceira Turma, Min. Rel. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 09.12.2014.

15 touros ao fim da vigência do contrato. No caso de morte, um animal reprodutor seria substituído por 27 arrobas de boi gordo, sendo a multa por atraso (dos bois ou dos bezerros) de $\frac{1}{2}$ arroba de boi mensalmente. Apenas a primeira parcela de 15 bezerros foi paga, restando a empresa inadimplente quanto às outras prestações contratuais.

Considerando que a pretensão de entrega dos bezerros já estava prescrita, deu-se razão à autora nas instâncias inferiores quanto ao valor devido de 405 arrobas de boi gordo referente aos animais arrendados e não entregues no prazo, acrescido de multa mensal de 7,5 arrobas por mês. Depois de quase 17 anos de inadimplemento, a dívida correspondente à cláusula penal superava o valor da obrigação principal. Para o tribunal de origem, porém, não havia desproporção, visto que essa superação fora causada pelo tempo transcorrido por culpa da devedora pela inadimplência.

O STJ, em sede de recurso especial, entendeu que “do confronto entre o valor da cláusula penal moratória contratada (7,5 arrobas de boi por mês de inadimplência) e a obrigação principal que se buscava garantir (405 arrobas de boi), não se extrai qualquer desproporcionalidade ou excesso”, de modo que o inconformismo da devedora não foi acolhido.²⁸⁸

Em diversos outros casos, embora se faça referência à possibilidade de redução por manifesta excessividade, ela não é indicada como o fundamento da decisão; tais acórdãos foram classificados como fundados no cumprimento parcial e já examinados no item IV.

CONCLUSÃO

Revela-se uma série de obscuridades no regime do art. 413, ainda não suficientemente iluminadas nem pela doutrina, nem pela jurisprudência.

Salta aos olhos que tanto uma quanto outra se concentram em critérios bastante vagos, notadamente noções filosóficas (equidade, justiça, equilíbrio...) com pouco ou nenhum valor normativo. O legislador escolheu, propositalmente, termos bastante amplos para conformar a redução da cláusula penal neste regime – talvez na intenção de enquadrar legalmente a margem de apreciação que se insinuava no regime de 1916. A doutrina e jurisprudência, porém, não devem traduzir tal amplitude como uma carta branca para escolhas livres: é preciso dar densidade à norma por meio da elaboração de parâmetros concre-

tos para a redução da cláusula penal. Até agora, embora existam importantes esforços, não se alcançou um esquema eficiente de orientação.

Um exemplo é a pouca atenção dada à hipótese de cumprimento parcial. Há poucos parágrafos dedicados à redução fundada nesse suporte fático e elas não o relacionam expressamente à natureza e finalidade do negócio, enquanto a maioria das decisões judiciais, ainda no sistema do CC/02, se apoiam nessa hipótese e não na manifesta excessividade. E, notadamente, tais decisões não empregam apenas o já conhecido critério da proporcionalidade matemática. Mesmo quando o empregam, negam expressamente que se trate do único parâmetro útil. Conquanto se faça referência à excessividade do valor da cláusula, que na doutrina é bastante prestigiado, dificilmente esse motivo é empregado isoladamente nas decisões.

Além disso, muito se fala sobre a comparação com o dano, seja tomando-o como parâmetro de comparação, seja fazendo ressalvas quanto à possibilidade de usá-lo sem desnaturar a cláusula. No entanto, ainda é obscura a medida em que o dano, efetivo ou previsível, pode ou não ser levado em conta. Seria importante, tendo em vista que se trata de uma referência bastante concreta e de grande interesse das partes, que a doutrina e a jurisprudência firmassem linhas diretivas mais claras acerca de sua interferência na aplicação do art. 413.

Também chama a atenção a ausência de uma distinção clara entre “excessividade” e “*manifesta* excessividade”. Existe uma orientação razoavelmente consolidada no sentido de que não é qualquer excesso que serve à redução, de que o exagero deve ser claro, ou de que deva saltar aos olhos; para além dessa afirmação, porém, há pouca direção, deixando-se boa parte do exame para o caso concreto.

Em comparação com a jurisprudência sobre o Código Civil de 1916, a imposição da redução ao juiz – como dever e não mais como faculdade – parece ter contribuído para o aumento da segurança jurídica. Apesar de a redação do artigo usar conceitos mais amplos, maleáveis, o que se observa é um maior uso de argumentos retóricos, não exatamente uma maior gama de critérios.

A redução da cláusula penal é, assim, um tema sensível, por tratar-se de intervenção judicial no contrato que não está enquadrada em limites confiáveis. Não se pode dizer que a jurisprudência tenha firmado critérios abstratos, permitindo às partes prever se a cláusula penal acordada será ou não reduzida em caso de cumprimento parcial, se é manifestamente excessiva, e em que medida a diminuição de seu valor será feita. De outro lado, a doutrina também tem se mostrado insuficiente, seja porque propõe critérios de redução amplos, de di-

fácil visualização nos casos concretos, seja porque não se atenta aos problemas mais frequentes nos litígios, limitando-se a especular sobre fatores hipotéticos que podem intervir. Na ausência desses modelos dogmáticos, amplia-se a liberdade de decisão no caso concreto (inclusive porque, uma vez provocado o Judiciário, não pode ele negar uma decisão por falta de soluções claras no direito); não se restringindo a uma decorrência do uso de um modelo aberto pelo legislador de 2002, trata-se de um problema crônico, que já se observava no Código Civil anterior.

É relevante, portanto, estabelecer uma comunicação mais eficiente entre doutrina e jurisprudência, de modo que a primeira se atente às demandas dos casos concretos e a segunda adote uma abordagem mais dogmática da questão. Enquanto tal esforço não obtém sucesso, há grande subordinação do jurisdicionado à apreciação do juiz sobre a cláusula penal em exame; com isso, ao risco de entrarem em cena convicções pessoais e critérios subjetivos, que dificilmente podem ser submetidos ao contraditório.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de. *Direito das obrigações*. 12ª ed. Coimbra: Almedina, 2009.
- ARAÚJO, Justino Magno. *Do poder interventivo do juiz nas relações contratuais*. Tese de doutorado apresentada para a Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, orientada pelo Prof. Dr. Rui G. C. Viana. São Paulo, 2012
- BEVILAQUA, Clovis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. 5ª ed., v. IV. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1938.
- BEVILAQUA, Clovis. *Direito das obrigações*. Campinas: Red Livros, 2000.
- BUFFELAN-LANORE, Yvaine; LARRIBAU-TERNEYRE, Virginie. *Droit civil: les obligations*. 16a ed. Paris: Dalloz, 2018.
- CABRILLAC, Rémy. *Droit des obligations*. 13a ed. Paris: Dalloz, 2018.
- CAPITANT, Henri; TERRÉ, François; LEQUETTE, Yves ; CHÉNEDÉ, François. *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, t. 2: obligations, contrats spéciaux, sûretés. 13a ed. Paris: Dalloz, 2015.
- CARVALHO DE MENDONÇA, Manuel Inácio. *Doutrina e prática das obrigações*. Tratado Geral dos Direitos de Crédito. t. I, 4ª ed., [revista e atualizada por José de Aguiar Dias], Rio de Janeiro: Forense, 1956.
- CARVALHO SANTOS, João Manuel de. *Código Civil brasileiro interpretado, principalmente do ponto de vista prático*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1976.
- CARVALHO, Thomas Alexandre de. *Critérios de modificação da cláusula penal à luz do artigo 413 do Código Civil Brasileiro*. Dissertação de mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, sob orientação do Prof. José Fernando Simão. São Paulo, 2018.
- CASTRO, Eryx. *Repertório de Jurisprudência do Código Civil: Direito das obrigações*, v. I. São Paulo: Max Limonad, 1957.
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*, v. 2: teoria geral das obrigações. 29 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

- ESPÍN ALBA, Isabel. *La cláusula penal: especial referencia a la moderación de la pena*. Madrid: Marcial Pons, 1997.
- ESPÍNOLA, Eduardo. *Questões jurídicas e pareceres*. São Paulo: Cia. Graphico-Editora Monteiro Lobato, 1925.
- FAGES, Bertrand. *Droit des obligations*. 6a ed. Paris: LGDJ, 2016.
- FARIAS, Cristiano Chaves de. *Miradas sobre a cláusula penal no direito contemporâneo (à luz do direito civil-constitucional, do Novo Código Civil e do Código de Defesa do Consumidor)*. In: Revista dos Tribunais, v. 797/2002, pp. 43-59. Disponível em: www.revistadostribunais.com.br.
- FULGÊNCIO, Tito. *Manual do Código Civil Brasileiro* (Org. Paulo Lacerda), v. X: do direito das obrigações: das modalidades das obrigações. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1928.
- GOMES, Orlando. *Obrigações*. 12ª ed., 2ª tir., atual. Humberto Theodoro Júnior. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro, v. 2: teoria geral das obrigações*. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- GRAMSTRUP, Erik Frederico; RAMOS, André de Carvalho. *Comentários à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2016.
- JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antônio. *Negócio Jurídico: Existência, validade e eficácia*. 4ª ed., 10ª tir. São Paulo: Saraiva, 2014.
- LARROUMET, Christian; BROS, Sarah. *Traité de droit civil*, t. 3: Les obligations, le contrat. 8e ed. Paris: Economica, 2016.
- LIMONGI FRANÇA, Rubens. *Jurisprudência da cláusula penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988b.
- LIMONGI FRANÇA, Rubens. *Teoria e Prática da cláusula penal*. São Paulo: Saraiva, 1988a.
- LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Teoria Geral das Obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2005.
- MALAUURIE, Philippe; AYNÈS, Laurent; STOFFEL-MUNCK, Philippe. *Droit civil : Droit des obligations*. 9a ed. Paris : LGDJ, 2017.
- MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao Novo Código Civil*, v. V, t. II: “Do inadimplemento das obrigações. Sálvio de Figueiredo Teixeira (coord.). 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- MARTINS-COSTA, Judith. *Como harmonizar os modelos jurídicos abertos com a segurança jurídica dos contratos? (Notas para uma palestra)*. In: Revista Jurídica Luso-Brasileira, ano 2 (2016), n. 1, pp. 1051-1064.
- MENEZES CORDEIRO, António. *Tratado de direito civil*, v. II: Parte Geral – Negócio Jurídico. 4ª ed. Coimbra: Almedina, 2014.
- MENEZES LEITÃO, Luís Manuel Teles de. *Direito das obrigações*, v. II. 8ª ed.. Coimbra: Almedina, 2011.
- MIRAGEM, Bruno. *Direito civil: direito das obrigações*, 1ª edição. São Paulo: Saraiva, 2017. [Minha Biblioteca].
- NEGREIROS, Teresa. *Teoria do Contrato: Novos paradigmas*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- NONATO, Orosimbo. *Curso de obrigações*, v. II. Rio de Janeiro: Forense, 1959.
- PELA, Juliana Krueger. “*Inadimplemento eficiente*” (efficient breach) nos contratos empresariais. In: Revista Jurídica Luso Brasileira, ano 2 (2016), n. 1, pp. 1091-1103.
- PINTO MONTEIRO, António Joaquim de Matos. *Cláusula penal e comportamento abusivo do credor*. In: Revista Brasileira de Direito Comparado, n. 25. Rio de Janeiro, 2004, pp. 113-141.
- PINTO MONTEIRO, António Joaquim de Matos. *Cláusula penal e indemnização*. Dissertação de Doutoramento em Ciências Jurídicas pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1990. 2ª reimp. Almedina, 2014.

- PINTO OLIVEIRA, Nuno Manuel. *Princípios de Direito dos Contratos*. Coimbra: Coimbra Editora, 2011.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*, t. II. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1974.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*, t. III. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*, t. XXVI. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.
- PORCHY-SIMON, Stéphanie. *Droit Civil* 2e année: les obligations. 9a ed. Paris: Dalloz, 2016.
- PROENÇA, José Carlos Brandão. *Lições de cumprimento e não cumprimento das obrigações*. Coimbra: Coimbra Editora, 2011.
- RODRIGUES JÚNIOR, Otavio Luiz. *Função, natureza e modificação da cláusula penal no direito civil brasileiro*. Tese de doutorado apresentada à Faculdade de Direito da universidade de São Paulo, sob orientação do Prof. Antonio Junqueira de Azevedo. São Paulo, 2006.
- ROSENVALD, Nelson. *Cláusula penal: a pena privada nas relações negociais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- SILVA PEREIRA, Caio Mário da. *Instituições de Direito Civil*, v. II. 23ª ed. Guilherme Calmon Nogueira da Gama (atual.). Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *Inadimplemento das obrigações: comentários aos arts. 389 a 420 do Código Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.
- SIMÃO, José Fernando. *A Lei do Inquilinato e o novo Código Civil Questões Polêmicas – A Redução da Multa*, 2003. Disponível em: <http://professorsimao.com.br>.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil*, v. 2. 13ª ed. São Paulo, Atlas, 2013.

MARGEM DE APRECIÇÃO OU DE DISCRIMINAÇÃO? UMA ANÁLISE JURISPRUDENCIAL DOS CASOS DA CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS SOBRE A EXIBIÇÃO DE SIMBOLOGIA RELIGIOSA

LETÍCIA MACHADO HAERTEL

ORIENTADOR:
PROFESSOR DOUTOR ANDRÉ DE CARVALHO RAMOS

NOTA DE INÍCIO

Considerando o objetivo deste livro de disponibilizar a alunas e alunos exemplos realistas de monografias positivamente avaliadas pela Comissão Avaliadora da FDUSP, apresento esta Tese de Láurea na forma mais próxima possível da original, com mínimas alterações. Destaco que algumas referências bibliográficas foram alteradas para sua melhor localização e que as referências de obras que estavam no prelo em 2018 foram atualizadas.

Cumprir realizar uma atualização no conteúdo da presente Tese de Láurea. Quando da escrita do trabalho, a doutrina da margem de apreciação não se encontrava consubstanciada na redação da Convenção Europeia de Direitos Humanos (cf. Parte I, 2), embora sua incorporação fosse iminente (cf. NR nº 63). O Protocolo nº 15 entrou em vigor em 1º de Agosto de 2021 e, entre outras modificações à CEDH por ele introduzidas, adicionou a doutrina da margem de apreciação ao seu preâmbulo (cf. NR nº 64). Nesse sentido, reforça-se o alerta de que a aplicação desmedida da doutrina da margem de apreciação pela Corte Europeia de Direitos Humanos pode levar à sua autodeslegitimação (cf. Parte III, 3.3.1), a inconsistências jurisprudenciais (cf. Parte III, 3.3.2), a uma oposição à natureza contramajoritária da proteção internacional de direitos humanos (cf. Parte III, 3.3.3), e a alegações de um caráter discriminatório de seus julgamentos (cf. Parte III, 3.3.4).

Para uma descrição de todas as alterações introduzidas pelo Protocolo nº 15 na Convenção, cf. HAERTEL, L. Sobre a iminente entrada em vigor do Protocolo n. 15 à Convenção Europeia de Direitos Humanos. ILA Brasil Blog, 3 de maio de 2021. Disponível em: <shorturl.at/aouF1>. Acesso em: 5 de maio de 2021.

RESUMO

O objetivo desta tese é analisar a aplicação da doutrina da margem de apreciação pela Corte Europeia de Direitos Humanos (“CtEDH” ou “Corte”) a casos envolvendo a exibição pública de simbologia religiosa por adeptos de diferentes religiões. Buscou-se confirmar ou refutar a hipótese de que a aplicação generalizada e ilimitada da doutrina levaria a resultados discriminatórios. Para isso, foi desenvolvido um teste baseado na jurisprudência da CtEDH para identificar ocorrências de discriminação. Tal teste envolve a identificação de tratamento diferenciado de pessoas em situação similar sem justificativa objetiva e razoável. Visando a detectar casos em que requerentes em situações similares obtiveram provimento diferente por parte da CtEDH, foram selecionados 21 casos para pesquisa empírica jurisprudencial quantitativa. A pesquisa possibilitou a seleção de cinco casos em que tal tratamento diferente ocorreria, todos no contexto da exibição de simbologia religiosa em escolas. Procedeu-se, então, à sua análise aprofundada, a fim de verificar a presença de uma justificativa objetiva e razoável para a diferenciação identificada. Concluiu-se que a doutrina da margem de apreciação não é apta para justificar as diferenciações à luz dos parâmetros propostos, de forma que ela leva a provimentos discriminatórios por parte da CtEDH.

INTRODUÇÃO

O exercício do direito à liberdade religiosa, consagrado no artigo 9º da Convenção Europeia de Direitos Humanos (CEDH),¹ engloba a utilização e o porte de simbologia religiosa, inclusive em público (CDH-ONU, 1993, §4). Apesar disso, o número de países europeus que restringem a utilização de simbologia religiosa encontra-se em ascendência (BARNETT, 2011), enquanto cresce também a expressividade da presença de religiões minoritárias no continente (EMCRX, 2009). As justificativas para as restrições são diversas, englobando, *inter alia*, a preservação do secularismo, da dignidade huma-

1 O artigo 9º da CEDH apregoa: “1. Qualquer pessoa tem direito à liberdade de pensamento, de consciência e de religião; este direito implica a liberdade de mudar de religião ou de crença, assim como a liberdade de manifestar a sua religião ou a sua crença, individual ou colectivamente, em público e em privado, por meio do culto, do ensino, de práticas e da celebração de ritos. 2. A liberdade de manifestar a sua religião ou convicções, individual ou colectivamente, não pode ser objecto de outras restrições senão as que, previstas na lei, constituírem disposições necessárias, numa sociedade democrática, à segurança pública, à protecção da ordem, da saúde e moral públicas, ou à protecção dos direitos e liberdades de outrem”. Ressalta-se que os excertos dos julgados foram traduzidos por meio de tradução livre e, os da CEDH, baseados na versão em português de Portugal da Convenção, disponível em https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf.

na e da segurança pública, além da proteção contra a desigualdade de gênero (BREMS, 2001, p. 193).

Em diversas ocasiões,² a Corte Europeia de Direitos Humanos teve a oportunidade de coibir tais restrições e proteger a liberdade religiosa das minorias, as principais afetadas por tais restrições.³ Especificamente no caso *Dahlab vs. Suíça* (“*Dahlab*”), de 2001,⁴ a Corte poderia ter assegurado o direito de uma professora adepta do Islamismo de portar vestimentas típicas de sua religião ao exercer sua profissão, mas decidiu de forma contrária com base na importância do princípio do secularismo. Surpreendentemente, na decisão do Tribunal Pleno em 2011 sobre o caso *Lautsi vs. Itália*⁵ (“*Lautsi*”), quando a exibição do símbolo questionado – o crucifixo – ocorria não em uma, mas em todas as salas de aula do país, a Corte não aplicou o mesmo entendimento, autorizando sua manutenção. Surgiram, nesse contexto, alguns questionamentos (FICO e HAERTEL, 2017, p. 4): se um véu de uma única professora pode influenciar crianças a ponto de ser passível de proibição em nome da neutralidade da educação, como a exibição de um crucifixo em toda sala de aula não gera a mesma influência negativa, ou uma ainda maior? Não seriam os milhares de crucifixos na Itália uma ameaça maior para a neutralidade educacional do que um único véu? Como fica o direito de mulheres islâmicas de expressarem suas crenças nesse contexto?

Defensores da liberalização da exibição da simbologia religiosa no espaço público esperavam que se tratasse de uma mudança no entendimento da CtEDH, e que casos posteriores envolvendo a simbologia de religiões minoritárias obteriam o mesmo resultado (HAERTEL, 2017, p. 102). Tal previsão não se verificou, e, mesmo em casos muito recentes, como *Belcacemi e Oussar vs. Bélgica*⁶ e *Dakir vs. Bélgica*⁷ – ambos referentes à lei belga que proíbe o porte de véus e indumentária islâmica no espaço público –,⁸ a Corte foi deferente à posição proibitiva do Estado.

2 Cf. Anexo C – Casos que compõem a amostra.

3 Cf. Gráfico 6 – Casos por simbologia e religião e Gráfico 7 – Requerentes por simbologia e religião.

4 *Dahlab v. Switzerland* (dec.), no. 42393/98, ECHR 2001-V. Todos os casos da CtEDH se encontram citados na forma recomendada pela Corte, disponível em https://www.echr.coe.int/Documents/Case_law_references_ENG.pdf.

5 *Lautsi and Others v. Italy* [GC], no. 30814/06, ECHR 2011.

6 *Belcacemi and Oussar v. Belgium*, no. 37798/13, 11 July 2017.

7 *Dakir v. Belgium*, no. 4619/12, 11 July 2017.

8 Trata-se da lei de 1º de junho de 2011, que dispõe, em seu artigo 2º: “Dans le Code pénal, il est inséré un article 563bis rédigé comme suit: Art. 563bis. Seront punis d’une amende de quinze euros à vingt-cinq euros (lire : de 120 à 200 euros) et d’un emprisonnement d’un jour à sept jours ou d’une de ces peines seulement, ceux qui, sauf dispositions légales contraires, se présentent dans les lieux accessibles au public le visage masqué ou dissimulé en tout ou en

A justificativa para tal diferenciação foi a chamada doutrina da margem de apreciação nacional. Tal doutrina, amplamente utilizada pela Corte Europeia,⁹ nas palavras de Carvalho Ramos (2016):

(...) consiste na abstenção de análise, pela Corte EDH, de casos polêmicos de direitos humanos, permitindo que cada Estado do Conselho da Europa possa exercer uma “margem de apreciação” sobre os contornos dos direitos protegidos.

A margem de apreciação cedida pela Corte aos Estados é criticada por parcela considerável da doutrina¹⁰ e, até mesmo, por alguns juízes da própria CtEDH.¹¹ Tem-se que a aplicação excessiva ou desprovida de parâmetros claros da margem de apreciação pode levar à menor tutela dos interesses dos requerentes ou, ainda, a diferenciações injustificáveis entre grupos em situações similares. Ressalta-se, ainda, que um dos contextos em que a margem de apreciação dada pela Corte aos Estados é maior é no caso da regulação da exposição pública de simbologia religiosa.¹²

O presente trabalho insere-se nesse contexto, buscando responder à seguinte pergunta-problema: *A aplicação generalizada e ilimitada da doutrina da margem de apreciação pela CtEDH pode ter efeitos discriminatórios em minorias religiosas?* A hipótese inicial era de que tal discriminação seria verificável, considerando as aparentes contradições acima. Visando a confirmar ou refutar tal hipótese, buscou-se elucidar, na **Parte I**, aspectos relevantes do Sistema Europeu dos Direitos Humanos (“SEDH” ou “Sistema”), explicitando seu funcionamento e sua adoção da doutrina da margem de apreciação. Ainda, procurou-se angariar, por meio da análise jurisprudencial de casos da Corte revolvendo o artigo 14 da CEDH (referente à proteção contra a discriminação), os critérios utilizados pela Corte para constatar a ocorrência de tratamento discriminatório de forma a permitir a formulação de um teste.

partie, de manière telle qu'ils ne soient pas identifiables. Toutefois, ne sont pas visés par l'alinéa ter, ceux qui circulent dans les lieux accessibles au public le visage masqué ou dissimulé en tout ou en partie de manière telle qu'ils ne soient pas identifiables et ce, en vertu de règlements de travail ou d'une ordonnance de police à l'occasion de manifestations festives”. Assim, observa-se que, apesar de não mencionar especificamente a indumentária islâmica, a lei possui um impacto específico em mulheres que portam o véu.

9 Cf. Macdonald (1988, p. 208) (“[t]he margin of appreciation is at the heart of virtually all major cases that come before the Court, whether the Judgements refer to it explicitly or not”).

10 Cf. *e.g.* Benvenisti (1999, p. 843); Brauch (2004, pp. 113-150); Feingold (1977, pp. 90-106); Letsas (2004, p. 279); Letsas (2006, p. 705); Letsas (2009, pp. 120-31); Murray (2008); Stone (2003, p. 218).

11 Para exemplos de juízes questionando a doutrina da margem de apreciação, cf. Dzehtsiarou (2015).

12 Cf. *Leyla Sahin v. Turkey* [GC], no. 44774/98, § 145, ECHR 2005-XI. Em termos gerais, cf. Asche (2018).

Tal teste envolve, em primeiro momento, a procura por situações similares em que houve tratamento diferenciado entre indivíduos. Nesse sentido, foi realizada, na Parte II, pesquisa empírica quantitativa¹³ da jurisprudência da CtEDH sobre a exposição pública de simbologia religiosa, permitindo constatar não apenas se houve diferenciação entre casos, mas também em quais casos tal diferenciação se manifestou. Subsidiariamente, buscou-se analisar o padrão geral de decisão da Corte em casos referentes à exibição pública de simbologia religiosa.

Identificados os casos em que houve diferenciação, estes foram separados em grupos de casos de marcadores similares, e o conjunto de casos de maior manifestação na jurisprudência, a saber, os casos referentes à exibição de simbologia religiosa na sala de aula de escolas por figuras de autoridade, foi selecionado para análise aprofundada. Tal análise qualitativa foi feita na Parte III, seguida da verificação aprofundada da similaridade das situações, da presença de um fim legítimo para as diferenciações e da aplicação do critério da proporcionalidade – seguindo, assim, uma metodologia derivada do teste formulado na Parte I (3.1). Por fim, pondera-se sobre a confirmação da hipótese inicial e conjectura-se sobre as consequências da conclusão desta derivada.

PARTE I – ASPECTOS RELEVANTES DO SISTEMA EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS

1. O SISTEMA EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS

As origens do Sistema Europeu de Direitos Humanos remontam a 1949, ano do estabelecimento do Conselho da Europa por meio do Tratado de Londres e da assinatura de seu Estatuto pelos Estados fundadores.¹⁴ Embora consagassem o ideal de internacionalização da proteção dos direitos humanos, tais instrumentos não previam uma especificação dos direitos materiais a serem resguardados, tampouco o mecanismo para sua proteção (SCHABAS, 2015, p. 3).¹⁵ Assim, em agosto de 1949, a Assembleia Consultiva do Conselho da Europa iniciou a elaboração de uma convenção europeia sobre direitos humanos, com base em um esboço preparado pelo Comitê Jurídico do Conselho

13 A metodologia da pesquisa empírica realizada encontra-se na Parte II (1).

14 A saber, Bélgica, Dinamarca, França, Holanda, Irlanda, Itália, Luxemburgo, Noruega, Suécia e Reino Unido.

15 Ressalta-se que houve uma tentativa infrutífera de incluir no Estatuto do Conselho da Europa uma declaração de direitos humanos. Cf. Steiner (2011, p. 617).

Internacional do Movimento Europeu,¹⁶ que já previa, inclusive, o estabelecimento de uma comissão e uma corte (BATES, 2010, p. 51-8).

Após discussões em diversas instâncias do Conselho da Europa, o Comitê de Ministros se reuniu, em agosto de 1950, para finalizar a Convenção (SCHABAS, 2015, p. 8). O *draft* elaborado foi submetido à Assembleia Consultiva, que formulou diversas sugestões que, em sua maioria, não foram adotadas pelo Comitê de Ministros (“Comitê”) (SCHABAS, 2015, p. 8). Assim, a versão final, majoritariamente derivada do *draft* do Comitê, foi adotada em novembro de 1950 como a Convenção Europeia dos Direitos do Homem (“CEDH” ou “Convenção”) (CARVALHO RAMOS, 2016, p. 166). A Convenção entrou em vigor em 1953 com a ratificação de Luxemburgo e estabeleceu os principais órgãos do Sistema,¹⁷ que, juntos da CEDH, serão discutidos abaixo.

1.1. A CONVENÇÃO EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS

A Convenção Europeia foi o primeiro tratado multilateral concluído no âmbito do Conselho da Europa (CARVALHO RAMOS, 2016, p. 166). Ratificado inicialmente por dez receosos países,¹⁸ conta hoje com 47 Estados partes¹⁹ – todos os membros do Conselho Europeu –, sendo a ratificação da CEDH e a aceitação da jurisdição da CtEDH condições *sine quibus non* para a entrada no Conselho.

Conforme presente em seu preâmbulo, a Convenção tem como propósitos:

(...) assegurar o reconhecimento e aplicação universais e efectivos dos direitos nela enunciados, (...) que constituem as verdadeiras bases da justiça e da paz no mundo e cuja preservação repousa essencialmente, por um lado, num regime político verdadeiramente democrático e, por outro, numa concepção comum e no comum respeito dos direitos do homem, (...) [e], possuindo um património comum de ideais e tradições políticas, de respeito pela liberdade e pelo primado do direito, (...) tomar as primeiras providências apropriadas para assegurar a garantia colectiva de certo número de direitos enunciados na Declaração Universal (...)²⁰

16 Tradução nossa. Lê-se, no original, *International Council of the European Movement*.

17 O Comitê dos Ministros e o Secretário-Geral do Conselho da Europa já haviam sido instituídos pelo Estatuto do Conselho da Europa.

18 Visto que a CEDH precisou de quase três anos para ser ratificada pelos dez países necessários para sua entrada em vigor (de 4 de novembro de 1950 a 3 de setembro de 1953).

19 Em 1º de setembro de 2018. Para uma versão atualizada dos países que ratificaram a CEDH, cf. <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list?module=signatures-by-treaty&treatynum=005>.

20 CEDH, Prêambulo.

Assim, observa-se o objetivo, dentro do escopo do Conselho da Europa, de conceber um instrumento vinculante de implementação dos direitos previstos na Declaração Universal de Direitos Humanos (“DUDH”) e criar um mecanismo para sua supervisão (VAN DIJK, 2006, p. 4).

A Convenção estabelece, em seu Título I, os direitos e liberdades a serem assegurados, quais sejam: o direito à vida (artigo 2º), a proibição da tortura (artigo 3º), a proibição da escravidão e do trabalho forçado (artigo 4º), o direito à liberdade e à segurança (artigo 5º), o direito a um processo equitativo (artigo 6º), o princípio da legalidade (artigo 7º), o respeito pela vida privada e familiar (artigo 8º), a liberdade de pensamento, de consciência e de religião (artigo 9º), a liberdade de expressão (artigo 10), a liberdade de reunião e associação (artigo 11), o direito ao casamento (artigo 12), o direito a um recurso efetivo (artigo 13) e a proibição de discriminação em relação aos direitos convencionais (artigo 14). Apesar da expressividade dos direitos protegidos, a originalidade da CEDH se deve majoritariamente à criação do mecanismo coletivo de proteção dos direitos humanos, baseado em um órgão de conciliação e investigação – a Comissão –, um órgão de aferimento da responsabilidade estatal – o Comitê –, e um órgão judicial de responsabilização dos Estados – a Corte – (CARVALHO RAMOS, 2016, p. 167).

Contudo, considerando a conturbada história de sua escrita,²¹ não foi possível atingir consenso suficiente em relação a todos os direitos previstos na DUDH.²² A priorização da adesão coletiva em detrimento da integralidade da Convenção foi uma escolha política, conforme é observável em relatório do Conselho da Europa:

It [i.e. the Committee] considered that, for the moment, it is preferable to limit the collective guarantee to those rights and essential freedoms which are practised, after long usage and experience, in all the democratic countries. (...) Certainly, professional freedoms and social rights, which have themselves an intrinsic value, must also, in the future, be defined and protected (CONSELHO DA EUROPA *apud* VAN DIJK, 2006).

O direito à igualdade,²³ à liberdade de movimento e residência, o direito de asilo, o direito a uma nacionalidade, o direito à propriedade e alguns direitos políticos figuram entre aqueles que não foram codificados (VAN DIJK,

21 Foram necessários 15 meses de discussão na Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa para formular a versão apresentada (CARVALHO RAMOS, 2016, p. 166).

22 Sobre o debate que levou à exclusão do direito à propriedade e do direito dos pais de determinarem a educação de seus filhos, cf. Bates (2010).

23 A igualdade em relação aos artigos convencionais já se encontrava prevista no artigo 14 da CEDH. Contudo, apenas com o Protocolo nº 12 foi assegurada a igualdade plena. Cf. Parte I (3).

2006, p. 5). Nesse contexto, fez-se necessária a adoção do instituto dos protocolos, que permitem que países ratifiquem “emendas” à Convenção de forma a se vincular a garantias nela não previstas, sem prejudicar a adesão à Convenção por parte de países que não desejem formalizar tal comprometimento.

Entre os direitos consagrados em protocolos encontram-se, *inter alia*, o direito à propriedade, à educação e a eleições livres (Protocolo nº 1), a proibição da prisão por dívidas e da expulsão coletiva de estrangeiros (Protocolo nº 4), a proibição da pena de morte, exceto em casos de guerra ou de sua iminência (Protocolo nº 6, posteriormente superado pelo Protocolo nº 13 que proíbe a pena de morte em qualquer circunstância) e o direito à igualdade e à não discriminação (Protocolo nº 12). Os protocolos também são instrumentos que permitem a alteração do funcionamento do Sistema Europeu, mas, para tais protocolos entrarem em vigor, é necessária a ratificação por parte de todos os Estados partes.²⁴ Exemplos de tais protocolos são os Protocolos nº 2, nº 3, nº 5, nº 8 e nº 9, todos superados pelo Protocolo nº 11 em 1998, que extinguiu a Comissão Europeia e alterou significativamente o funcionamento da Corte. Ainda, destacam-se o Protocolo nº 14, que instituiu o procedimento do “juiz singular”;²⁵ o Protocolo nº 15, que trata da margem de apreciação e da subsidiariedade do Sistema Europeu (ainda não em vigor); e o Protocolo nº 16, que entrou em vigor em 1º de agosto de 2018 e trata da instituição da possibilidade de cortes e tribunais superiores requisitarem opiniões consultivas à Corte, faculdade antes exclusiva do Comitê.²⁶

1.2. A ANTIGA COMISSÃO EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS

A Comissão Europeia foi instituída pela Convenção em sua redação original, contando com comissários de número equivalente ao número de Estados parte da Convenção (artigo 20 da CEDH na redação de 1950), eleitos para um período de seis anos pelo Comitê de Ministros, com base em uma lista estabelecida pela Assembleia do Conselho da Europa (artigos 21 e 22 da CEDH de 1950). Os comissionados deveriam ter as mesmas qualificações morais e técnicas dos juízes da CtEDH e tinham sua independência assegurada por garantias idênticas às de um juiz (§3º do artigo 39 da CEDH e arts. 2º e 3º do Protocolo nº 8), além de estabelecer seu regulamento interno e eleger seu presidente e seu vice-presidente. A Comissão era um órgão de caráter não per-

24 Com exceção do Protocolo nº 16, que não apresenta dificuldade para o funcionamento do Sistema caso seja ratificado apenas por alguns (SCHABAS, 2015, p. 26).

25 Cf. Parte I (1.3).

26 Uma análise da importância do Protocolo nº 16 pode ser encontrada em Haertel (2018).

manente, com oito sessões anuais de duas semanas e com a possibilidade de reuniões suplementares. Suas decisões eram sigilosas e tomadas por maioria (CARVALHO RAMOS, 2016, p. 169).

A Comissão era apta a analisar tanto demandas interestatais como individuais (artigos 24 e 25 da CEDH de 1950). Após analisada a adequação de uma petição aos critérios de admissibilidade, listados no artigo 27 da redação original da Convenção, o processo adentrava a fase conciliatória, em que se buscava estabelecer os fatos do caso e se estimulava uma solução comum entre o requerente e o Estado (artigo 29 da CEDH de 1950). Embora a composição fosse permitida – e até mesmo estimulada –, os direitos fundamentais não eram considerados passíveis de transação, regra observada pela Comissão ao decidir sobre a homologação do acordo (CARVALHO RAMOS, 2016, p. 170). Com sua homologação, não era mais possível discutir o caso perante o Sistema Europeu (CARVALHO RAMOS, 2016, p. 170).

Caso não houvesse acordo, ou este não fosse satisfatório, a Comissão publicaria um Relatório Final com base no artigo 31 da Convenção original (“Relatório 31”), que era transmitido apenas ao Comitê de Ministros e ao Estado interessado até a entrada em vigor do Protocolo nº 9, que estabeleceu a obrigação de enviar o relatório também ao requerente. Devido à carência de força vinculante do Relatório 31, era necessário o envio do caso à Corte Europeia ou ao Comitê de Ministros, este último exercendo um papel “anômalo” de julgamento de violações de direitos humanos (CARVALHO RAMOS, 2016, p. 171).

O processo descrito era moroso (CARVALHO RAMOS, 2016, p. 171) e tal morosidade, junto da multiplicação do número de casos submetidos e países membros,²⁷ foi um dos motivos que inspiraram a redação e a entrada em vigor do Protocolo nº 11, que extinguiu a Comissão e estabeleceu a “nova” Corte Europeia de Direitos Humanos.

1.3. A CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS

A “nova” Corte Europeia é formada por um número de juízes equivalente ao número de Altas Partes Contratantes e, por consequência, ao número de Estados membros do Conselho da Europa (artigo 20 da CEDH), resultando, hoje, em 47 juízes. Tais juízes são selecionados pela Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa tendo como base uma lista tríplice elaborada pelos Estados (artigo 22 da CEDH). Eleitos para um mandato de nove anos sem possibilidade de recondução (artigo 23 da CEDH), os juízes “deverão gozar

da mais alta reputação moral e reunir as condições requeridas para o exercício de altas funções judiciais ou ser jurisconsultos de reconhecida competência” (artigo 21 da CEDH).

O procedimento atual perante a Corte Europeia inicia-se com a submissão da petição inicial, que pode ser escrita em qualquer um dos idiomas oficiais dos Estados membros, apesar de as línguas oficiais da Corte serem apenas o Inglês e o Francês (regra nº 34 do RCtEDH). Indivíduos, grupos de indivíduos e organizações não governamentais são legitimados a submeter petições de direitos de sua titularidade (artigo 34 da CEDH), sendo vedada a *actio popularis* por parte destes entes. Nesse sentido, apenas Estados podem submeter petições referentes a direitos de terceiros (artigo 33 da CEDH).²⁸ Contudo, os requerentes podem ser de qualquer nacionalidade ou até mesmo apátridas, bastando que a violação tenha ocorrido sob jurisdição ou controle de fato²⁹ ou, nas palavras da CEDH, “[puder] ser imputada” a outra Alta Parte Contratante. Ressalta-se que a legitimidade passiva é sempre do Estado (artigos 33 e 34 da CEDH).

A Corte pode ser organizar como Plenário, formado por todos os juízes da Corte;³⁰ Tribunal Pleno, com 17 juízes; Seções, formadas por sete juízes; Comitês, compostos por três juízes destacados das Seções; e Juízes Singulares.³¹ O procedimento atual inicia-se perante o Juiz Singular, que pode declarar a inadmissibilidade ou mandar arquivar qualquer petição caso julgue que a decisão possa ser tomada sem necessidade de posterior apreciação (§1º do artigo 27 da CEDH). Os motivos da inadmissibilidade constam do artigo 35 da CEDH:

1. O Tribunal só pode ser solicitado a conhecer de um assunto depois de esgotadas todas as vias de recurso internas, em conformidade com os princípios de direito internacional geralmente reconhecidos e num prazo de seis meses a contar da data da decisão interna definitiva.
2. O Tribunal não conhecerá de qualquer petição individual formulada em aplicação do disposto no artigo 34º se tal petição:
 - a) For anónima;

28 Contudo, são raros os casos em que um Estado peticiona contra outro. Até 9 de maio de 2018, foram verificadas apenas 23 ocorrências.

29 Cf. *e.g.* Bankovic and Others v. Belgium and Others (dec.) [GC], no. 52207/99, ECHR 2001-XII.

30 Apenas nos casos previstos no artigo 25 da CEDH a Corte se reúne em Plenário, *id est*: “a) [Eleger] o seu presidente e um ou dois vice-presidentes por um período de três anos. (...); b) [Criar] secções, que funcionarão por período determinado; c) [Eleger] os presidentes das secções do Tribunal, os quais são reelegíveis; d) [Adoptar] o regulamento do Tribunal; e) [Eleger] o secretário e um ou vários secretários-adjuntos; f) [Apresentar] qualquer pedido nos termos do artigo 26º, nº 2”.

31 Conforme a nomenclatura utilizada na tradução oficial da CEDH para o Português de Portugal.

b) For, no essencial, idêntica a uma petição anteriormente examinada pelo Tribunal ou já submetida a outra instância internacional de inquérito ou de decisão e não contiver factos novos.

3. O Tribunal declarará a inadmissibilidade de qualquer petição individual formulada nos termos do artigo 34º sempre que considerar que:

a) A petição é incompatível com o disposto na Convenção ou nos seus Protocolos, é manifestamente mal fundada ou tem carácter abusivo; ou

b) O autor da petição não sofreu qualquer prejuízo significativo, salvo se o respeito pelos direitos do homem garantidos na Convenção e nos respectivos Protocolos exigir uma apreciação da petição quanto ao fundo e contanto que não se rejeite, por esse motivo, qualquer questão que não tenha sido devidamente apreciada por um tribunal interno (grifo nosso).

Dentre os critérios apresentados, ressalta-se a petição “manifestamente mal fundamentada”, conceito introduzido pelo Protocolo nº 14 em 2010 que dá à Corte grande discricionariedade para declarar inadmissíveis petições que “não revelam nenhuma possibilidade de uma violação de um direito protegido” (SCHABAS, 2015, p. 779). Trata-se de uma espécie de análise preliminar dos méritos,³² que colabora significativamente para que cerca de 96% das petições apresentadas à Corte Europeia serem declaradas inadmissíveis.³³

Se o Juiz Singular não declarar a inadmissibilidade da petição e der andamento ao processo, ele encaminha a petição a um Comitê (no caso de petições sobre temas já pacificados na jurisprudência) ou a uma Seção (em casos mais complexos), na forma prevista no artigo 27 da CEDH. Em caso de encaminhamento ao Comitê, os três juízes podem, desde que de forma unânime, declarar a inadmissibilidade da petição ou declarar sua admissibilidade e proferir uma sentença sumária de mérito (artigo 28 da CEDH), sendo que não cabe recurso à sua decisão (§2º do artigo 28 da CEDH).

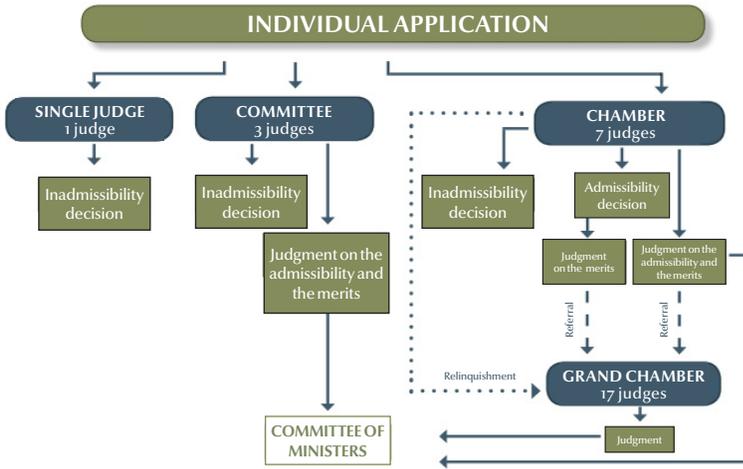
Na hipótese de não se configurar uma unanimidade entre os magistrados (§6º da Regra 53 do RCtEDH) ou o caso seja encaminhado diretamente à Seção pelo Juiz Singular, os sete juízes analisarão novamente a admissibilidade e o mérito do caso. Entretanto, caso eles entendam que o caso é de natureza controvertida, podem remeter o caso diretamente ao Tribunal Pleno, em um processo denominado *relinquishment* (artigo 30 da CEDH). De qualquer forma, as partes podem recorrer da decisão da Seção em até três meses (artigo

32 Muitas vezes, a análise preliminar é tão minuciosa que se assemelha a uma análise do mérito do caso (SCHABAS, 2015, p. 779).

33 Das 180.319 petições recebidas entre 1955 e 2000, apenas 6.736 foram declaradas admissíveis. Cf. ECHR Press Unit (2000, p. 70).

43 da CEDH). Se o recurso é aceito por um painel de cinco juízes³⁴ (artigo 43.2), o Tribunal Pleno passa a analisar novamente o caso.³⁵ Cabe também recurso de interpretação e de revisão ao próprio órgão prolator, este último na eventualidade de surgir fato novo capaz de modificar a decisão. O procedimento encontra-se descrito de forma simplificada abaixo:

Figura 1 - Processamento de um caso pela CtEDH
 Fonte: ECtHR, The ECHR in Facts & Figures (2018), p. 6.



Quando do julgamento, a Corte pode tomar qualquer medida para instruir o processo, sendo aceita toda espécie de prova (CARVALHO RAMOS, 2016, p. 182). Ainda, terceiros interessados podem submeter *amicus curiae* nos termos do artigo 36 da CEDH. A Corte decide por maioria e, em caso de empate, uma nova votação é feita, sendo que, se o empate se mantiver, o Presidente terá o voto preponderante (§1 da Regra nº 23 da RCtEDH). Abstenções não são permitidas nos votos finais sobre a admissibilidade e o mérito dos casos (§2 da Regra nº 23 da RCtEDH), e os juízes possuem a faculdade de emitir opiniões separadas, sejam elas concorrentes ou dissidentes (§2 da Regra nº 74 da RCtEDH).

Além do processo judicial, a CtEDH estimula soluções amistosas (artigo 39 da CEDH) e pode adotar medidas cautelares (*interim measures*) para preservar o resultado útil do processo (CARVALHO RAMOS, 2016, p. 183). A natureza da ação é essencialmente declaratória (SEIBERT-FOHR e VILLIGER, 2014, p. 33) e, quando condenatória, a compensação é pecuniária, por meio da

34 Os juízes que compõem o painel levam em consideração se o assunto levanta uma questão grave quanto à interpretação ou à aplicação da Convenção ou dos seus protocolos ou, ainda, se levanta uma questão grave de caráter geral.

35 Como aconteceu, por exemplo, no caso *Lautsi vs. Itália*, analisado na Parte III (1.2.4).

satisfação equitativa (artigo 41 da CEDH).³⁶ A decisão proferida é vinculante às partes do julgamento, e o comitê de ministros, conforme já apontado, supervisionará o cumprimento da sentença (§§ 2 e 3 do artigo 46 da CEDH).

Um procedimento um pouco diferente ocorre em casos de julgamentos piloto (*pilot judgements*). No decorrer da história da CtEDH, foi constatado que, dos milhares de casos pendentes, muitos eram “repetitivos”, *i.e.*, derivavam de uma disfunção comum a nível nacional (ECHR PRESS UNIT, 2018, p. 1).³⁷ Nesse contexto, foi criado o procedimento piloto, visando a identificar as causas das violações comuns relatadas no conjunto de casos e impor obrigações aos Estados para resolver a situação. Hoje, ao receber diversos casos repetitivos, a Corte seleciona um ou alguns e os julga, não apenas determinando se houve uma violação de direitos humanos no caso específico, mas também identificando o problema sistêmico que a originou e indicando ao Estado como remediar a situação. Enquanto isso, o processamento dos outros casos é suspenso para que o governo possa agir e cumprir as obrigações derivadas do julgamento piloto. Em caso de inadimplência, os outros julgamentos são processados normalmente (ECHR PRESS UNIT, 2018, p. 1).

Além da competência contenciosa da Corte acima descrita, esta possui uma competência consultiva, exercida pelo Tribunal Pleno (artigo 31 da CEDH). Ela permite que os entes legitimados formulem perguntas à CtEDH, que responde formulando um Parecer Consultivo. Tal documento não é vinculante, mas estabelece o conteúdo de uma norma internacional que, por sua vez, é de implementação compulsória, de forma que condutas contrárias ao Parecer, em geral, serão antijurídicas. Contudo, até 1º de agosto de 2018, apenas o Comitê de Ministros do Conselho Europeu poderia submeter um pedido de Parecer Consultivo, e tal pedido não poderia versar nem sobre questões relativas ao conteúdo ou à extensão dos direitos e liberdades da Convenção e dos Protocolos, tampouco sobre outras questões que poderiam ser submetidas ao Tribunal ou ao Comitê de Ministros.³⁸ Considerando a abrangência de tais restrições, a Corte, até hoje,³⁹ só emitiu três Pareceres Consultivos, sendo um deles sobre sua própria capacidade de proferir Pareceres Consultivos.⁴⁰ Contudo, tal cenário está em processo de mudança, considerando a recente entrada em vigor do Protocolo nº 16, que possibilita que os tribunais superiores dos Estados

36 Para uma análise crítica da satisfação equitativa, cf. Carvalho Ramos (2016, pp. 187-194).

37 O primeiro caso processado em procedimento piloto, por exemplo, tinha como vítimas cerca de 80.000 pessoas. Cf. Broniowski v. Poland [GC], no. 31443/96, ECHR 2004-V.

38 Cf. §§ 1 e 2 da CEDH antes da entrada em vigor do Protocolo nº 16.

39 Refere-se à data da última verificação em 24 de agosto de 2018.

40 Cf. Decision on the competence of the Court to give an advisory opinion [GC], ECHR 2004-VI.

membros solicitem pareceres sobre a interpretação e a aplicação dos direitos previstos na CEDH.⁴¹

Por meio dos mecanismos relatados *supra*, desde seu estabelecimento em 1959 até o final de 2017, a Corte havia decidido 20.637 casos, sendo que mais de um terço deles se referia a apenas três Estados parte: Turquia (3.386), Itália (2.382) e Rússia (2.253) (ECHR PRESS UNIT, 2018, p. 4). Estatísticas mais recentes demonstram que a CtEDH se encontrava com 56.250 casos pendentes em 31 de dezembro de 2017, sendo que cerca de 800 cartas chegam por dia na sede da Corte em Estrasburgo (COE PRESS, 2002, p. 7). Desses casos, mais da metade tinham como réu um dos seguintes quatro Estados: Romênia, Rússia, Turquia e Ucrânia (ECHR PRESS UNIT, 2018, p. 3), sendo que, em 2017, mais de um quarto dos julgamentos proferidos foram em casos contra a Rússia. No mesmo ano, a Corte encontrou uma violação de algum direito convencional em cerca de 85% dos casos que julgou (ECHR PRESS UNIT, 2018, p. 4), pouco acima da média da sua história (84%) (ECHR PRESS UNIT, 2018, p. 3). O artigo mais demandado perante a Corte em sua história foi o artigo 6º (referente ao devido processo legal), com quase 40% das demandas (ECHR PRESS UNIT, 2018, p. 6).

1.4. O COMITÊ DE MINISTROS DO CONSELHO EUROPEU

Desde sua fundação, o Comitê de Ministros é um dos principais órgãos do Conselho Europeu, composto por um representante de cada Estado membro (preferencialmente o Ministro das Relações Exteriores). No SEDH, o Comitê exercia originalmente um papel “residual” – caso a Corte não fosse acionada pela Comissão ou por um Estado, o Comitê decidiria sobre o caso concreto (CARVALHO RAMOS, 2016, p. 173). Ter seu caso levado ao Comitê era de grande interesse do Estado acusado, visto que ele participava da votação e considerando a dificuldade inerente em se atingir a maioria qualificada de dois terços para declarar uma violação a direitos humanos em um órgão marcado por certo grau de politização (CARVALHO RAMOS, 2016, p. 173).

O Comitê decidia sobre o mérito do caso e estabelecia as medidas reparatórias e o prazo que o Estado dispunha para efetuar-las. Em caso de inadimplência, o Comitê reanalisava a questão e estabelecia novas obrigações. Caso elas não fossem cumpridas, o Estado poderia sofrer sanções, como a suspensão ou até mesmo a expulsão do Conselho da Europa. Contudo, o processamento perante o Comitê levava comumente a uma denegação de justiça, pois o mencionado quórum era dificilmente atingido, e as decisões eram, muitas vezes, po-

41 Cf. Haertel (2018).

litizadas (CARVALHO RAMOS, 2016). Nesse contexto, fez-se necessário o Protocolo nº 11, que suprimiu a função contenciosa do Comitê de Ministros. Hoje, o Comitê promove apenas a supervisão o cumprimento das decisões da Corte (§2 do artigo 45 da CEDH), além de promover sanções contra Estados inadimplentes (§5 do artigo 45 da CEDH).

2. A DOCTRINA DA MARGEM DE APRECIACÃO NACIONAL

Os *travaux préparatoires* da CEDH já demonstravam a percepção do potencial conflito entre um tribunal internacional de direitos humanos e as constituições e cortes internas dos países submetidos à sua jurisdição (CARVALHO RAMOS, 2016, p. 168). Assim, foram instaladas, nas palavras de Carvalho Ramos (2016, p. 186), “travas de segurança” para garantir a preservação da soberania dos Estados. Uma dessas “travas” é a doutrina da margem de apreciação,⁴² instrumento interpretativo utilizado pela CtEDH na maioria de suas decisões.⁴³ A margem tem como base o princípio da subsidiariedade da jurisdição internacional (CARVALHO RAMOS, 2016, p. 152),⁴⁴ que determina que o Sistema Europeu (assim como qualquer outro sistema internacional de proteção de direitos humanos) atua apenas de forma subsidiária, em casos de falha do Estado na proteção de direitos humanos (CARVALHO RAMOS, 2016, p. 152).

Nesse sentido, conforme definição de Yourow (1996, p. 13):

The national margin of appreciation or discretion can be defined in the European Human Rights Convention context as the freedom to act; maneuvering, breathing or elbow room; or the latitude of deference or error which the Strasbourg organs will allow national legislation, executive, administrative and judicial bodies before it is prepared a national derogation from the Convention, or restriction, or limitation upon a right guaranteed by the Convention, to constitute a violation of one of the Convention’s substantive guarantees.

A margem de apreciação não se encontra – ao menos não ainda – substanciada na redação da CEDH, tendo sido desenvolvida jurisprudencialmente logo nos primeiros casos da Comissão⁴⁵ e da Corte⁴⁶. Sua origem se

42 Para um trabalho monográfico sobre a margem de apreciação, cf. Yourow (1996).

43 Cf. NR nº 9.

44 Tal princípio encontra-se implícito na Convenção (SEIBERT-FOHR e VILLIGER, 2014, p. 196), reiterado na jurisprudência da Corte (Cf. *e.g.* Case Relating to Certain Aspects of the Laws on the Use of Languages in Education in Belgium, ECtHR Application Nos. 1474/62 et al., Judgment of 23 July 1968, §10) e foi consolidado na Declaração de Brighton de 2012.

45 Cf. *e.g.* Greece vs. United Kingdom, 2nd June 1956, §154, 176/56.

46 Cf. *e.g.* Lawless v. Ireland (no. 1), 14 November 1960, Series A no. 1.

deu devido a preocupações por parte dos Estados partes de que políticas internacionais poderiam prejudicar a sua segurança nacional, o que justifica as primeiras manifestações jurisprudenciais da margem ocorrerem em casos de derrogação de obrigações convencionais devido à proclamação de estados de emergência pelos Estados (BENVENISTI, 1999, p. 845). Posteriormente, a doutrina passou a ser aplicada em outros casos de regulação de atividades potencialmente prejudiciais para à segurança nacional, como a incitação à violência.⁴⁷ Contudo, não demorou muito para que a aplicação da margem de apreciação se expandisse para casos desprovidos de considerações de segurança nacional, como a restrição de discursos devido à necessidade de preservação da “moral pública” no paradigmático caso *Handyside vs. Reino Unido*, de 1976.⁴⁸

O caso *Handyside* versou sobre um editor acusado de possuir e vender um livro considerado “obsceno” para os padrões do Reino Unido. O livro foi apreendido, e o editor, punido criminalmente, apesar da obra ter circulado em outros países europeus sem quaisquer consequências deletérias. A Corte entendeu que o direito à liberdade de expressão não havia sido violado, *inter alia*, por caber ao Reino Unido avaliar o impacto que a obra teria na moral pública do país e restringi-la conformemente. Em outras palavras, foi concedida ao Reino Unido grande margem de apreciação para avaliar sua própria restrição à liberdade de expressão do Sr. Handyside. Por meio da aplicação da doutrina a tal caso, a Corte generalizou a extensão do cabimento da margem de apreciação a “praticamente todos os casos”,⁴⁹ de forma a respeitar os desejos de cada sociedade de manter seus valores únicos e enfrentar suas necessidades particulares (BENVENISTI, 1999, p. 846). Críticos apontam que, com essa expansão, “a Corte estendeu aos Estados partes arbítrio ilimitado para restringir os direitos convencionais” (FEINGOLD, 1977, p. 95). De fato, até hoje existe grande dificuldade de se estabelecer os limites da aplicação da doutrina da margem de apreciação (DELMAS-MARTY e IZORCHE, 2001, p. 951), o que se reflete tanto na jurisprudência como na doutrina.

Sem embargo, o escopo da margem de apreciação foi definido em termos gerais em alguns casos, como *S. e Marper vs. Reino Unido*⁵⁰:

The breadth of this margin [of appreciation] varies and depends on a number of factors including the nature of the Convention right in issue, its importance for the individual, the nature of the interference and the

47 Cf. *e.g.* Zana v. Turkey, 25 November 1997, Reports of Judgments and Decisions 1997-VII.

48 *Handyside v. the United Kingdom*, 7 December 1976, Series A no. 24.

49 Cf. NR nº 10.

50 *S. and Marper v. the United Kingdom* [GC], nos. 30562/04 and 30566/04, ECHR 2008.

object pursued by the interference. The margin will tend to be narrower where the right at stake is crucial to the individual's effective enjoyment of intimate or key rights. Where a particularly important facet of an individual's existence or identity is at stake, the margin allowed to the State will be restricted. Where, however, there is no consensus within the Member States of the Council of Europe, either as to the relative importance of the interest at stake or as to how best to protect it, the margin will be wider.

Também foi sugerido que se respeite a letra da Convenção como limite para sua aplicação.⁵¹ Contudo, na maioria dos casos, a margem de apreciação é aplicada de forma irrefletida e sem consideração de tais aspectos,⁵² o que gera diversas incoerências jurisprudenciais como as apontadas por Delmas-Marty e Izorche (2001, p. 923):

On note aussi des cas où la Cour semble, sans raison objective, le relativiser, voire l'abolir. Ainsi dans l'affaire B. c. France la Cour, relevant de fortes différences juridiques, notamment entre droit anglais et français, et constatant qu'il n'existe pas encore de consensus social en Europe quant au transsexualisme (sic), conclut cependant que la situation française est incompatible avec le respect dû à la vie privée, «même eu égard à la marge d'appréciation». En elle-même la formule indique seulement que la Cour a bien reconnu une marge nationale, mais estimé que la violation reprochée à la France dépassait le seuil acceptable. Mais la comparaison avec d'autres arrêts (comme par exemple l'arrêt Otto-Preminger-Institut c. Autriche) révèle d'inexplicables disparités dans l'application des facteurs définis par la Cour elle-même comme déterminant l'ampleur de la marge.⁵³

Embora o escopo da margem de apreciação nunca seja claramente articulado (NI AOLAIN e GROSS, 2001, p. 629), a Corte apontou em diversas ocasiões que o conceito de “consenso europeu” é fundamental para determi-

51 Sugestão do Juiz Garlicki, *apud* Dzehtsiarou (2015, p. 203).

52 Cf. Voto Dissidente do Juiz Malinverni e da Juíza Kalaydjieva em *Lautsi and Others v. Italy* [GC], no. 30814/06, ECHR 2011.

53 “Há também casos em que o Tribunal parece, sem razão objetiva, relativizá-la ou mesmo aboli-la. Assim, no caso *B. vs. França*, o Tribunal, encontrando fortes divergências legais, em particular entre o direito francês e inglês, e constatando que ainda não existe consenso social na Europa sobre [a] transexuali[dade], conclui, no entanto, que a situação francesa é incompatível com o respeito à privacidade, ‘mesmo levando em consideração a margem de apreciação’. Por si só, a fórmula indica que o Tribunal reconheceu uma margem nacional, mas considerou que a violação alegada contra a França excedeu o limite aceitável. Mas a comparação com outras decisões (como a decisão no caso *Otto-Preminger-Institut vs. Áustria*) revela disparidades inexplicáveis na aplicação de fatores definidos pelo próprio Tribunal para determinar a extensão da margem” (tradução nossa).

ná-la.⁵⁴ Dzehtsiarou (2011, p. 548) define consenso como: “uma concordância generalizada entre a maioria dos Países membros do Conselho da Europa sobre certas regras e princípios identificado por meio da pesquisa comparada da lei e da prática nacional e internacional”.⁵⁵ Observa-se que, quando o consenso europeu é grande, a margem de apreciação torna-se reduzida – e vice-versa (PACZOLAY, 2008, p. 109).⁵⁶

A relação entre a margem de apreciação e o consenso europeu é vastamente observável na jurisprudência. Em *Otto-Preminger-Institut vs. Áustria*,⁵⁷ a Corte considerou uma denúncia feita por uma associação que fora proibida de exibir um filme satírico sobre a religião católica. A Corte afirmou no julgamento que, devido ao fato de não haver na Europa um consenso significativo sobre o papel da religião na sociedade, não é possível definir o que constitui uma interferência permissível com o exercício da liberdade de expressão quando essa expressão é direcionada contra os sentimentos religiosos de terceiros. Assim, considerou que uma margem de apreciação deve ser dada aos Estados para avaliar a necessidade e a extensão de tal interferência. Similarmente, em *Johnston vs. Irlanda*,⁵⁸ a Corte se baseou na diversidade de práticas europeias relacionadas ao divórcio para relegar uma grande margem de apreciação ao Estado.

Diversos autores criticam a existência da doutrina da margem de apreciação e do consenso europeu,⁵⁹ assim como alguns juízes da CtEDH⁶⁰ e da Corte Internacional de Justiça (“CIJ”).⁶¹ Tais críticas serão tratadas em maior minúcia na Parte III. Apesar de sua desaprovação, a Corte Europeia

54 Cf. *i.a.* Dickson v. the United Kingdom, no. 44362/04, § 78, 18 April 2006 Dickson v. the United Kingdom [GC], no. 44362/04, § 78, ECHR 2007-V; Evans v. the United Kingdom, no. 6339/05, § 59, 7 March 2006 Evans v. the United Kingdom [GC], no. 6339/05, § 59, ECHR 2007-I; Lautsi and Others v. Italy [GC], no. 30814/06, § 70, ECHR 2011 (extracts); S. and Marper v. the United Kingdom [GC], nos. 30562/04 and 30566/04, § 100, ECHR 2008.

55 Ressalta-se que não se trata da concordância unânime dos Estados, o que uma análise literal do termo poderia evidenciar. Conforme apontado por Kovler et al. (2008, p. 27), “(...) consensus in the Convention sense does not mean the unanimity that is needed for treaty amendment. It is more an expression of the common ground required for the collective approach underlying the Convention system and the interaction between the European and domestic systems”. Nesse sentido, cf. Christine Goodwin v. the United Kingdom [GC], no. 28957/95, ECHR 2002-VI; X, Y and Z v. the United Kingdom, 22 April 1997, Reports of Judgments and Decisions 1997-II.

56 Contudo, a Corte é criticada por não esclarecer a quantidade de consenso europeu necessária. Wildhaber, Hjartason e Donnelly (2013, pp. 248-249) alegam que a Corte, intencionalmente, deixaria o conceito “fuzzy enough to avoid the consequences of adopting one particular theory out of the many held by judges and academics”.

57 *Otto-Preminger-Institut v. Austria*, 20 September 1994, Series A no. 295-A.

58 *Johnston and Others v. Ireland*, 18 December 1986, Series A no. 112.

59 Cf. NR nº 10.

60 Cf. NR nº 11.

61 A juíza Higgins (1978, p. 315) caracteriza a margem de apreciação como “increasingly difficult to control and objectionable as a viable legal concept”.

se aproxima cada vez mais da consolidação normativa da margem de apreciação nacional por meio da Declaração de Brighton⁶² e da posterior elaboração do Protocolo nº 15, editado de forma a positivar parte do disposto na Declaração de Brighton na CEDH. Caso ratificado por todos os Estados partes da Convenção,⁶³ o Protocolo adicionará a subsidiariedade do sistema europeu e a importância da margem de apreciação no preâmbulo da Convenção por meio de seu artigo 1º.⁶⁴

3. A EUROPA E O DIREITO À NÃO DISCRIMINAÇÃO

O direito à não discriminação é de grande importância histórica, sendo o único direito substantivo garantido pela Carta das Nações Unidas⁶⁵ e ocupando posição de destaque na DUDH (SCHABAS, 2015, p. 555).⁶⁶ Outros instrumentos internacionais de proteção de Direitos Humanos também asseguram tal direito: o Pacto Internacional de Direitos Cíveis e Políticos (“ICCPR”), assim como o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (“ICESCR”), arrolam-no em seus artigos 2º,⁶⁷ enquanto outras convenções,

62 A Declaração, em seu tópico B, itens 11 e 12, afirma que: “11. The jurisprudence of the court makes clear that the states parties enjoy a margin of appreciation in how they apply and implement the convention, depending on the circumstances of the case and the rights and freedoms engaged. This reflects that the convention system is subsidiary to the safeguarding of human rights at national level and that national authorities are in principle better placed than an international court to evaluate local needs and conditions. The margin of appreciation goes hand in hand with supervision under the convention system. In this respect, the role of the court is to review whether decisions taken by national authorities are compatible with the convention, having due regard to the state’s margin of appreciation. 12. The conference therefore: a) welcomes the development by the court in its case law of principles such as subsidiarity and the margin of appreciation, and encourages the court to give great prominence to and apply consistently these principles in its judgments”.

63 Tal cenário é iminente, visto que, até a data de conclusão do presente trabalho, todos os Estados partes já haviam assinado o Protocolo. Quanto às ratificações, faltam apenas as da Bósnia e Herzegovina, da Grécia, da Itália e da Espanha.

64 Artigo 1º do Protocolo nº 15: “At the end of the preamble to the Convention, a new recital shall be added, which shall read as follows: “Affirming that the High Contracting Parties, in accordance with the principle of subsidiarity, have the primary responsibility to secure the rights and freedoms defined in this Convention and the Protocols thereto, and that in doing so they enjoy a margin of appreciation, subject to the supervisory jurisdiction of the European Court of Human Rights established by this Convention,”.

65 O artigo 1º, §3 da Carta da ONU prevê: “Artigo 1 – Os propósitos das Nações unidas são: (...) 3. Conseguir uma cooperação internacional para resolver os problemas internacionais de caráter econômico, social, cultural ou humanitário, e para promover e estimular o respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião (...)”.

66 O artigo 2º, §1 da DUDH declara que “Todo ser humano tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidos nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, idioma, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição”.

67 O ICCPR prevê, em seu artigo 2º, §1, que “Os Estados-partes no presente Pacto comprometem-se a garantir a todos os indivíduos que se encontrem em seu território e que estejam sujeitos à sua jurisdição os direitos reconhecidos no presente Pacto, sem discriminação alguma por

como a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra Mulheres e a Convenção sobre os Direitos das Pessoas Portadoras de Deficiências têm o direito à não discriminação como foco. Os órgãos do SIDH, inclusive, o consideram norma de *jus cogens*, i.e. norma imperativa de Direito Internacional.⁶⁸

No âmbito do Sistema Europeu de Direitos Humanos, o artigo 14 da CEDH assegura o direito à não discriminação nos seguintes termos:

O gozo dos direitos e liberdades reconhecidos na presente Convenção deve ser assegurado sem quaisquer distinções, tais como as fundadas no sexo, raça, cor, língua, religião, opiniões políticas ou outras, a origem nacional ou social, a pertença a uma minoria nacional, a riqueza, o nascimento ou qualquer outra situação.

Ao interpretar o artigo 14 da CEDH, a Corte definiu discriminação como o tratamento diferenciado de pessoas em situações análogas sem uma justificativa objetiva e razoável e entendeu que qualquer diferenciação baseada exclusivamente em motivos como os listados no artigo é vetada.⁶⁹ O caráter não exaustivo da lista pode ser observado na expressão “tais como” que a precede e na jurisprudência da Corte, que já decidiu reiteradamente que o artigo 14 abarca qualquer tratamento discriminatório baseado em uma característica pessoal por meio da qual pessoas ou grupos são distinguíveis uns dos outros.⁷⁰ Em alguns casos, a CtEDH adotou um posicionamento ainda mais protetivo,

motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, situação”. Similarmente, o ICESCR determina, em seu artigo 2º, que “Os Estados Partes no presente Pacto comprometem-se a garantir que os direitos nele enunciados serão exercidos sem discriminação alguma baseada em motivos de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou qualquer outra opinião, origem nacional ou social, fortuna, nascimento, qualquer outra situação”.

68 Cf. *i.a.* CtIDH. Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados, serie A no 18, 17 de setembro de 2003, p. 25. As normas de *jus cogens* são definidas pelo artigo 53 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados nos seguintes termos: “(...) uma norma imperativa de Direito Internacional geral é uma norma aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados como um todo, como norma da qual nenhuma derrogação é permitida e que só pode ser modificada por norma ulterior de Direito Internacional geral da mesma natureza”.

69 Cf. *i.a.* D.H. and Others v. the Czech Republic [GC], no. 57325/00, § 75, ECHR 2007-IV; Willis v. the United Kingdom, no. 36042/97, § 48, ECHR 2002-IV; Okpiz v. Germany, no. 59140/00, § 33, 25 October 2005; National & Provincial Building Society, Leeds Permanent Building Society and Yorkshire Building Society v. the United Kingdom, 23 October 1997, § 88, Reports of Judgments and Decisions 1997-VII; Timishev v. Russia, nos 55762/00 and 55974/00, § 56, ECHR 2005-XII; Nachova and Others v. Bulgaria [GC], nos 43577/98 and 43579/98, § 145, ECHR 2005-VII; Sejdi and Finci v. Bosnia and Herzegovina [GC], nos 27996/06 and 34836/06, § 42, ECHR 2009.

70 Cf. *i.a.* Kjeldsen, Busk Madsen, and Pedersen v. Denmark, 7 December 1976, § 56, Series A no. 23; Berezhovskiy v. Ukraine (dec.), no. 70908/01, 15 June 2004; Carson and Others v. the United Kingdom [GC], no. 42184/05, §§ 61, 70, ECHR 2010.

definindo que qualquer tratamento desigual não justificado equivale à discriminação, sendo desnecessária a análise das características das pessoas envolvidas (GERARDS, 2001, p. 104). Ainda, a Corte já constatou que pode ocorrer uma violação do artigo 14 na eventualidade de uma falha por parte do Estado em corrigir desigualdades factuais por meio de tratamento diferenciado,⁷¹ sendo um dever do governo adotar as chamadas “medidas especiais”.⁷² Por fim, o artigo 14 da CEDH também protege pessoas contra a denominada “discriminação indireta”, que ocorre quando o Estado promove políticas ou medidas aparentemente neutras, mas que causam efeitos desproporcionalmente prejudiciais para alguns indivíduos ou grupos protegidos (CONSELHO EUROPEU, 2000).

Apesar de sua grande abrangência no que tange a grupos protegidos, o artigo 14 não assegura o direito à não discriminação de forma plena, vinculando os Estados a assegurarem a igualdade apenas no que se refere “[a]o gozo dos direitos e liberdades reconhecidos na presente Convenção”. Assim, observa-se que tal artigo não possui existência independente (LOUKAIDES, 2006, p. 57), sendo sua aplicação condicionada à interferência com um dos outros direitos substantivos listados na CEDH (SCHABAS, 2015, p. 556-562). Nesse sentido, enquanto a discriminação em relação ao direito ao respeito à vida privada e familiar (artigo 8º da CEDH) pode se configurar como uma violação ao artigo 14, o mesmo não se verifica em relação ao direito à nacionalidade, pois este não se encontra previsto na Convenção (SCHABAS, 2015, p. 556). Apesar dessa peculiaridade, pode haver uma violação autônoma do artigo 14 na específica circunstância em que for constatada a discriminação em relação a uma interferência – mas não uma violação – de um dos artigos convencionais (SCHABAS, 2015, p. 563).

Considerando as lacunas deixadas pelo artigo 14, uma cláusula geral de não discriminação foi proposta por meio do Protocolo nº 12 da CEDH, especificamente em seu artigo 1º⁷³, que entrou em vigor em 2005. O propósito da

71 Cf. *i.a.* Case ‘relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium’ v. Belgium (merits), 23 July 1968, p. 34, § 10, Series A no. 6; Thlimmenos v. Greece [GC], no. 34369/97, § 44, ECHR 2000-IV; Religionsgemeinschaft der Zeugen Jehovas and Others v. Austria, no. 40825/98, § 96, 31 July 2008; Thlimmenos v. Greece [GC], no. 34369/97, § 44, ECHR 2000-IV.

72 Embora alguns autores se utilizem da denominação “discriminação positiva” ou “ação afirmativa”, o Comitê das Nações Unidas para a Eliminação de Discriminação Racial considera tais termos inapropriados. Cf. CERD (2009, §14).

73 O artigo 1º do Protocolo nº 12 apregoa: “1. O gozo de todo e qualquer direito previsto na lei deve ser garantido sem discriminação alguma em razão, nomeadamente, do sexo, raça, cor, língua, religião, convicções políticas ou outras, origem nacional ou social, pertença a uma minoria nacional, riqueza, nascimento ou outra situação. 2. Ninguém pode ser objecto de discriminação por parte de qualquer autoridade pública com base nomeadamente nas razões enunciadas no número 1 do presente artigo”.

adoção do Protocolo nº 12 era justamente a expansão do escopo de aplicação do Artigo 14 (ARNARDÓTTIR, 2013, p. 332). Contudo, devido à lenta ratificação do Protocolo, o artigo 14 continua sendo a principal fonte de proteção contra discriminação consagrado na CEDH.

3.1. DA ESTRUTURAÇÃO DE UM TESTE PARA IDENTIFICAR VIOLAÇÕES AO ARTIGO 14

Embora o artigo 14 estabeleça o primeiro passo para analisar sua violação, qual seja, a relação com algum direito convencional, ele falha em expor outros parâmetros de sua aplicação. Ele não contém o conceito de discriminação, o ônus de prova para avaliação de sua violação, nem o que pode ser uma justificativa objetiva e razoável para uma discriminação *prima facie*⁷⁴ (ARNARDÓTTIR, 2007, p. 14). Assim, a estrutura aberta do artigo 14 demanda a análise da jurisprudência da Corte sobre o assunto.

O teste desenvolvido no primeiro caso sobre o artigo 14, o caso *Belgian Linguistics* (1968),⁷⁵ ainda é instrumental para sua compreensão (ARNARDÓTTIR, 2007, p. 14). Na oportunidade, a Corte estabeleceu que o primeiro passo é determinar se há uma diferença de tratamento entre pessoas em situações relevantemente similares. Caso ela se verifique, procede-se a uma aplicação do teste da justificativa objetiva, que apregoa que há uma violação se a diferença de tratamento não possuir uma justificativa objetiva e razoável. Tal justificativa, por sua vez, existe apenas se a diferença de tratamento buscar um fim legítimo e se houver uma relação razoável de proporcionalidade entre os meios empregados e os fins perseguidos. A noção de proporcionalidade sempre foi fundamental para a análise do conceito de discriminação, tendo sido elaborada em casos posteriores. Para avaliá-la, pode ser feito recurso à indagação de se havia possibilidade de fins alternativos menos restritivos para se alcançar o mesmo fim.⁷⁶

Na jurisprudência desenvolvida a partir de 1968, foram adicionados e refinados os parâmetros estabelecidos em *Belgian Linguistics*. A CTEDH reiteradamente definiu discriminação como o tratamento diferenciado de pessoas

74 Discriminação *prima facie* é uma das expressões utilizadas para conceituar uma diferenciação entre grupos ou pessoas em situações análogas antes da constatação de que se trata ou não de uma diferenciação sem justificativa objetiva e razoável, ou seja, uma discriminação *proprio sensu*.

75 Case 'relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium' v. Belgium (merits), 23 July 1968, p. 34, § 10, Series A no. 6.

76 Cf. *Glor v. Switzerland*, no. 13444/04, § 94, 30 April 2009.

em situações análogas sem uma justificativa objetiva e razoável⁷⁷ e estabeleceu que, para fins dessa definição, “análogo” não significa pessoas em situações idênticas, mas sim, “relevantemente similares”.⁷⁸ Muitas vezes, a similaridade é patente, como no caso *Stec e Outros vs. Reino Unido*,⁷⁹ em que se questionava uma idade de aposentadoria diferente para homens e mulheres. Contudo, em outros casos, a definição de grupos com base em área em que se efetua pesca,⁸⁰ o ranking militar,⁸¹ o envio a missões militares específicas,⁸² o tamanho de sindicatos,⁸³ tipos de propaganda promovida⁸⁴ ou o cometimento de um crime específico⁸⁵ se mostraram mais difíceis – embora tenham sido aceitas pela Corte.

A especificação dos motivos pelos quais os Estados promovem diferenças entre as pessoas é importante pois a Corte os classifica em “motivos mais sensíveis” (também chamados de “suspeitos”) e “motivos menos sensíveis” (ARNARDÓTTIR, 2013, p. 345). Caso o motivo seja sensível ou suspeito, apenas “razões muito convincentes” (*very weighty reasons*) podem tornar a justificativa do Estado objetiva e razoável (ARNARDÓTTIR, 2013, p. 345). Alguns grupos “suspeitos” foram assim elencados com base em sua vulnerabilidade na sociedade, como grupos definidos por gênero, orientação sexual, raça, etnia e deficiência,⁸⁶ além de nacionalidade,⁸⁷ nascimento dentro ou fora do casamento⁸⁸ e religião.⁸⁹ A justificativa da Corte é que tais grupos foram “historicamente sujeitos a preconceito com consequências duradouras, resultando em sua exclusão social”.⁹⁰ Assim, quanto mais “sensível” ou “suspeito” o moti-

- 77 Cf. *i.a.* D.H. and Others v. the Czech Republic [GC], no. 57325/00, § 75, ECHR 2007-IV; *Willis v. the United Kingdom*, no. 36042/97, § 48, ECHR 2002-IV; *Okpizs v. Germany*, no. 59140/00, § 33, 25 October 2005; *National & Provincial Building Society, Leeds Permanent Building Society and Yorkshire Building Society v. the United Kingdom*, 23 October 1997, § 88, Reports of Judgments and Decisions 1997-VII; *Timishev v. Russia*, nos 55762/00 and 55974/00, § 56, ECHR 2005-XII; *Nachova and Others v. Bulgaria* [GC], nos 43577/98 and 43579/98, § 145, ECHR 2005-VII; *Sejdi and Finci v. Bosnia and Herzegovina* [GC], nos 27996/06 and 34836/06, § 42, ECHR 2009.
- 78 Cf. *Clift v. the United Kingdom*, no. 7205/07, § 66, 13 July 2010.
- 79 Cf. *Stec and Others v. the United Kingdom* [GC], nos 65731/01 and 65900/01.
- 80 Cf. *Alatulkkila and Others v. Finland*, no. 33538/96, 28 July 2005.
- 81 Cf. *Engel and Others v. the Netherlands* (Article 50), 23 November 1976, Series A no. 22.
- 82 Cf. *De Jong, Baljet and Van den Brink v. the Netherlands*, 22 May 1984, Series A no. 77.
- 83 Cf. *Swedish Engine Drivers' Union v. Sweden*, 6 February 1976, Series A no. 20; *National Union of Belgian Police v. Belgium*, 27 October 1975, Series A no. 19.
- 84 Cf. *VgT Verein gegen Tierfabriken v. Switzerland*, no. 24699/94, ECHR 2001-VI.
- 85 Cf. *Stubbings and Others v. the United Kingdom*, 22 October 1996, Reports of Judgments and Decisions 1996-IV.
- 86 Cf. *Kiyutin v. Russia*, no. 2700/10, § 63-4, ECHR 2011.
- 87 Com base, entre outros, no caso *Andrejeva v. Latvia* [GC], no. 55707/00, § 87, ECHR 2009.
- 88 Cf. *Sahin v. Germany* [GC], no. 30943/96, §94, ECHR 2003-VIII.
- 89 Ver Parte I (3.2.).
- 90 *Kiyutin v. Russia*, no. 2700/10, § 63, ECHR 2011; *D.H. and Others v. the Czech Republic*, no. 57325/00, § 182, 7 February 2006 *D.H. and Others v. the Czech Republic* [GC], no. 57325/00, § 182, ECHR 2007-IV.

vo para discriminação, maior o ônus de prova do Estado, e menor é sua margem de apreciação (ARNARDÓTTIR, 2007, p. 21).

Mesmo após caracterizado o grupo afetado, nem toda diferenciação constitui uma violação do artigo 14 – apenas as que não apresentarem uma justificativa objetiva e razoável. Tal justificativa deve ser analisada em relação a princípios que normalmente prevalecem numa sociedade democrática (SCHABAS, 2015, p. 564), que demandam a perseguição de um fim legítimo e uma “relação razoável de proporcionalidade entre os meios empregados e o fim pretendido”.⁹¹ Portanto, uma diferença de tratamento baseada em uma avaliação objetiva de circunstâncias factuais diferentes que atinge um balanço proporcional entre a proteção dos interesses da comunidade e o respeito pelos direitos e liberdades assegurados pela CEDH não é contrária ao artigo 14.⁹² A CtEDH também estabeleceu que não é necessário avaliar se houve a intenção de discriminar (SCHABAS, 2015, p. 556).⁹³

Em *Thlimmenos vs. Grécia*,⁹⁴ a Corte reiterou o teste do caso *Belgian Linguistics*, mas adicionou que ele não comporta todas as facetas do Artigo 14. A CtEDH afirmou que a proteção contra a discriminação também consagra uma obrigação positiva de acomodar diferentes situações e formulou um teste conhecido como “teste da discriminação passiva” (ARNARDÓTTIR, 2007, p. 15) a ser aplicado em tal contexto:

The right not to be discriminated against in the enjoyment of the rights guaranteed under the Convention is also violated when States without an objective and reasonable justification fail to treat differently persons whose situations are significantly different.

Um terceiro teste, também conhecido como “teste da discriminação indireta” (ARNARDÓTTIR, 2007, p. 15), foi adicionado ao rol do artigo 14 em *Hugh Jordan vs. Reino Unido*:⁹⁵

Where a general policy or measure has disproportionately prejudicial effects on a particular group, it is not excluded that this may be considered

91 Cf. *Petrovic v. Austria*, 27 March 1998, § 30, Reports of Judgments and Decisions 1998-II; *Lithgow and Others v. the United Kingdom*, 8 July 1986, § 177, Series A no. 102; *Sejdi and Finci v. Bosnia and Herzegovina* [GC], nos 27996/06 and 34836/06, § 42, ECHR 2009; *Rejeva v. Latvia* [GC], no. 55707/00, § 81, ECHR 2009; *Stec and Others v. the United Kingdom* [GC], nos 65731/01 and 65900/01, § 51, ECHR 2006-VI.

92 Cf. *Zarb Adami v. Malta*, no. 17209/02, § 73, ECHR 2006-VIII; *G.M.B. and K.M. v. Switzerland* (dec.), no. 36797/97, 27 September 2001.

93 Com base nos casos *D.H. and Others v. the Czech Republic* [GC], no. 57325/00, § 75, ECHR 2007-IV; *Hugh Jordan v. the United Kingdom*, no. 24746/94, § 154, ECHR 2001-III (extracts); *Hoogendijk v. the Netherlands* (dec.), no. 58461/00, 6 January 2005.

94 *Thlimmenos v. Greece* [GC], no. 34369/97, ECHR 2000-IV.

95 *Hugh Jordan v. the United Kingdom*, no. 24746/94, § 154, 4 May 2001.

as discriminatory, notwithstanding that it is not specifically aimed or directed at that group.

Ressalta-se que, para evidenciar discriminação indireta, é necessário não apenas estabelecer uma prática discriminatória, mas também uma “prática ou padrão estrutural” (*underlying practice or pattern*).⁹⁶ Contudo, a jurisprudência da Corte em que ela aplica os últimos dois testes é escassa, sendo o teste aplicado em *Belgian Linguistics* o parâmetro mais adotado para analisar violações ao artigo 14 (ARNARDÓTTIR, 2007, p. 15).

Considerando os parâmetros *supra*, é possível transformar tal teste em uma lista de critérios a serem analisados para se constatar violações ao artigo 14 na forma de discriminação direta: (1) Os fatos são abarcados por uma ou mais provisões substantivas da Convenção? (2) Houve diferença de tratamento? (3) Essa diferença envolveu indivíduos ou grupos de indivíduos em situações análogas? (4) A diferenciação carece de um fim legítimo? (5) Há uma relação de desproporcionalidade entre esse fim e os meios empregados para atingi-los? Se todas as perguntas forem respondidas afirmativamente, pode-se decretar uma violação ao artigo 14.

3.2. DA DISCRIMINAÇÃO EM RELAÇÃO À RELIGIÃO

A discriminação relacionada à religião figura de maneira proeminente na jurisprudência da CtEDH sobre o artigo 14 e guarda relevante correlação com o artigo 9º da CEDH, que versa sobre liberdade de pensamento, crença e religião (SCHABAS, 2015, p. 579). A importância de proteger pessoas contra tal forma de discriminação precede a redação da própria Convenção, visto que a criação do Conselho Europeu foi motivada, entre outros, pela perseguição de um grupo religioso e racial durante a Segunda Guerra Mundial (SCHABAS, 2015).

A necessidade de se proteger minorias religiosas justifica, por si só, a classificação de diferenciações com base em religião como “suspeitas”⁹⁷ e a exigência de razões muito convincentes do Estado para justificá-las. Tal conclusão também pode ser derivada da jurisprudência da CtEDH, que qualificou qualquer diferenciação com base em religião como “não aceitável” no caso *Hoffmann vs. Áustria*⁹⁸ e exigiu um “escrutínio estrito” em sua análise no caso *Thlimmenos vs. Grécia*.⁹⁹ Ainda, considerando que grupos suspeitos são aqueles “historicamente sujeitos a preconceito com consequências duradouras, resultando em

96 Hugh Jordan v. the United Kingdom, no. 24746/94, § 154, 4 May 2001; Shanaghan v. the United Kingdom, no. 37715/97, § 127, 4 May 2001.

97 Conforme a conceitualização apontada na Parte I (3.1.).

98 Hoffmann v. Austria, 23 June 1993, § 36, Series A no. 255-C.

99 Thlimmenos v. Greece [GC], no. 34369/97, ECHR 2000-IV.

sua exclusão social”,¹⁰⁰ e que a maioria dos casos relativos aos artigos 9º e 14 da CEDH tratam de minorias religiosas em países predominantemente católicos (SCHABAS, 2015, p. 579), tem-se que minorias religiosas são grupos suspeitos.¹⁰¹

Quando o artigo 14 é invocado em conjunto com o artigo 9º da CEDH, a Corte geralmente analisa primeiro se houve uma violação ao artigo 9º e, caso essa se verifique, considera desnecessário analisar o mérito da violação de tal artigo considerando sua natureza subsidiária (SCHABAS, 2015).¹⁰² Em alguns casos, contudo, a Corte notou que uma questão diferente surgia em relação ao artigo 14 e analisou tal artigo separadamente.¹⁰³ Em casos mais recentes, tal lógica parece ter se invertido, visto que a Corte optou por considerar primeiramente a violação do artigo 9º em conjunção com o artigo 14, e, apenas se esta não se verificar, o artigo 9º é analisado separadamente.¹⁰⁴

A interação entre o artigo 9º e o artigo 14 é especialmente relevante em casos de exibição de simbologia religiosa no espaço público. Dos 21 casos que versam sobre a temática na jurisprudência da Corte, o artigo 14 foi solicitado em conjunção com o artigo 9º em 15 deles, conforme será apresentado na parte seguinte do presente trabalho.

PARTE II – ANÁLISE QUANTITATIVA EMPÍRICA DA JURISPRUDÊNCIA DA CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS SOBRE A EXIBIÇÃO PÚBLICA DE SÍMBOLOS RELIGIOSOS

1. METODOLOGIA DA PESQUISA EMPÍRICA REALIZADA

Foi realizada pesquisa empírica envolvendo todas as decisões da Corte Europeia sobre a exibição pública de simbologia religiosa visando a averiguar se há tratamento diferenciado de requerentes em situações similares pela CtEDH,

100 Kiyutin v. Russia, no. 2700/10, § 63, ECHR 2011; D.H. and Others v. the Czech Republic, no. 57325/00, § 182, 7 February 2006 D.H. and Others v. the Czech Republic [GC], no. 57325/00, § 182, ECHR 2007-IV.

101 No mesmo sentido, Bayefsky (1990, p. 19).

102 Cf. e.g. Ivanova v. Bulgária, no. 52435/99, § 92, 12 April 2007; Jakóbski v. Poland, no. 18429/06, § 59, 7 December 2010; Metropolitan Church of Bessarabia and Others v. Moldova, no. 45701/99, § 134, ECHR 2001- XII; Sidiropoulos and Others v. Greece, 10 July 1998, § 52, Reports of Judgments and Decisions 1998-IV; Nolan and K. v. Russia, no. 2512/04, § 79, 12 February 2009; Lautsi and Others v. Italy [GC], no. 30814/06, § 81, ECHR 2011 (extracts).

103 Cf. e.g. Religionsgemeinschaft der Zeugen Jehovas and Others v. Austria, no. 40825/98, § 92, 31 July 2008.

104 Cf. e.g. Cumhuriyetçi Eğitim Ve Kültür Merkezi Vakfı v. Turkey, no. 32093/10, §§ 53-54, 2 December 2014.

permitindo constatar não apenas se há diferenciação, mas também em quais casos ela se manifesta. Conforme apontado na Introdução, tal análise é parte fundamental do processo de elucidação do questionamento que motiva o presente trabalho, qual seja: *A aplicação generalizada e ilimitada da doutrina da margem de apreciação pela CtEDH pode ter efeitos discriminatórios em minorias religiosas?* Subsidiariamente, buscou-se analisar o padrão de decisão geral da Corte em casos referentes à exibição pública de simbologia religiosa.

A pesquisa empírica jurisprudencial demanda a definição dos instrumentos de pesquisa, os quais incluem: o recorte jurisprudencial (1.1), a composição da amostra (1.2) e as variáveis de pesquisa (1.3) (QUEIROZ e FEFERBAUM, 2014, p. 143). Tais instrumentos serão analisados a seguir.

1.1. RECORTE JURISPRUDENCIAL

O recorte jurisprudencial se refere à delimitação do tema, *inter alia*, por recortes institucionais, temáticos, temporais e processuais (QUEIROZ e FEFERBAUM, 2014, p. 144).

O recorte institucional da presente pesquisa engloba todas as Seções da CtEDH e o Tribunal Pleno. Cumpre ressaltar que, em casos que foram levados ao Tribunal Pleno, não foi analisado o respectivo caso da seção da Corte, para evitar que o mesmo caso fosse contado duas vezes no transcorrer da pesquisa quantitativa.¹⁰⁵

O recorte temático foi a jurisprudência da CtEDH referente à exibição pública de simbologia religiosa.

O recorte temporal compreendeu 59 anos, iniciando no ano de 1959 – quando da instauração da Corte Europeia de Direitos Humanos – e terminando em 24 de agosto de 2018. Assim, a pesquisa abrangeu todos os casos sobre restrição de simbologia religiosa no espaço público da história da Corte até o fechamento do presente trabalho. Contudo, cumpre ressaltar que o primeiro caso que se enquadrou nos padrões de pesquisa foi decidido no ano de 2001.¹⁰⁶

Por fim, o recorte processual incluiu tanto os casos submetidos por Estados como os submetidos por indivíduos, não havendo, assim, qualquer restrição processual na amostra. Ressalta-se, entretanto, que só foram encontrados casos submetidos por indivíduos que respeitassem os outros parâmetros de pesquisa.

105 Tal medida foi adotada em relação aos seguintes casos: *Leyla Sahin vs. Turquia* (Leyla ahin v. Turkey, no. 44774/98, 29 June 2004 e Leyla ahin v. Turkey [GC], no. 44774/98, ECHR 2005-XI), *Lautsi vs. Itália* (Lautsi v. Italy, no. 30814/06, 3 November 2009 e Lautsi and Others v. Italy [GC], no. 30814/06, ECHR 2011) e *S.A.S. vs. França* (S.A.S. v. France [GC], no. 43835/11, ECHR 2014).

106 Trata-se do caso *Dahlab vs. Suíça* (Dahlab v. Switzerland (dec.), no. 42393/98, ECHR 2001-V).

1.2. COMPOSIÇÃO DA AMOSTRA

Compõem a amostra¹⁰⁷ 21 casos da CtEDH, classificados em ordem cronológica no Anexo C. Tais casos foram coletados no dia 12 de dezembro de 2017 na principal base de dados de decisões da CtEDH, o *Human Rights Documentation Center* (“HUDOC”). Primeiramente, foi feita uma busca com a utilização das seguintes palavras chave: “symbol” e “symbols” (assim como suas traduções para o francês “symbole” e “symboles”),¹⁰⁸ separadas pelo operador booleano “OR” e com o filtro referente ao artigo 9º da CEDH ativado. Também foram ativados os filtros que se referem a julgamentos e decisões do Tribunal Pleno, das Seções e dos Comitês. Foram selecionados apenas casos em inglês ou francês, pois casos em outras línguas seriam necessariamente traduções e, portanto, repetitivos. Foram geradas 70 ocorrências. Tendo em vista a dificuldade de se abranger uma quantidade maior de casos sobre simbologia religiosa por meio dessa metodologia, foram adicionadas as palavras chave “burqa”, “cross”, “crucifix”, “religious garment”, “headscarf”, “niqab”, “skullcap”, “turban” e “veil”¹⁰⁹, assim como suas versões em francês¹¹⁰ – também separadas pelo marcador booleano “OR”. Foram geradas 164 ocorrências.

Os casos gerados foram analisados e, a partir desta análise, foram excluídos (i) as traduções de casos já analisados que surgiram na busca; (ii) os casos em que a restrição da exibição pública de simbologia religiosa não foi o motivo da denúncia; (iii) os casos que versavam sobre uma proibição temporária na exibição de simbologia religiosa; e (iv) os casos sem análise de mérito em relação aos artigos analisados.¹¹¹ Optou-se pela exclusão desses últimos por entender-se que não contribuiriam para a análise dos parâmetros que a Corte utiliza para analisar restrições à exibição de simbologia religiosa no espaço público. Ressalta-se que foram analisados os casos rejeitados na fase de admissibilidade por serem considerados manifestamente mal fundados nos termos do §3a do artigo 35 da CEDH,¹¹² pois, apesar de tal análise ser uma análise de admissibilidade, elementos de mérito já são considerados (SCHABAS, 2015, p. 779). Inclusive, a

107 Queiroz e Feferbaum (2014, p. 147) definem amostra como “o total de julgados a ser analisado”.

108 O uso das palavras em inglês e em francês se justifica no fato que todos os casos da Corte estão em pelo menos uma dessas línguas, que são seus idiomas oficiais.

109 A escolha de tais palavras se baseou numa análise preliminar dos casos gerados apenas com a utilização de “symbol” e “symbols” como palavras chave, que revelou outras palavras por meio das quais a CtEDH se refere a diferentes símbolos religiosos. Também foram selecionadas como palavras chave as palavras utilizadas pela CtEDH em todos os casos presentes em sua *factsheet* (compilado de jurisprudência feito pela unidade de imprensa da Corte) sobre simbologia religiosa. Cf. ECHR Press Unit (2017).

110 “burqa”, “croix”, “crucifix”, “vêtement religieux”, “foulard”, “niqab”, “calotte”, “turban” e “voile”.

111 Conforme será elucidado, os artigos analisados na presente pesquisa são os artigos 8º, 9º, 10 e 14 da CEDH e 2º do Protocolo nº 1.

112 Cf. Parte I (1.3).

classificação da Corte de casos como manifestamente mal fundados é um importante indicativo de seu entendimento sobre o assunto, vez que tal consideração indica, conforme apontado *supra*, que a Corte entendeu que não havia qualquer probabilidade do direito analisado ter sido violado (SCHABAS, 2015, p. 779). Os 164 casos, assim como sua classificação entre “aceitos”, “traduções” e “excluídos” e a justificativa para cada eventual exclusão, constam no Anexo A.

Os casos não foram filtrados por tempo, sendo, assim, a representatividade da amostra de 100% em relação a casos sobre simbologia religiosa que atendem aos parâmetros especificados nesta seção. Para garantir a abrangência de todos os casos relevantes, a busca foi refeita no dia 11 de maio de 2018. Ainda, foi realizada, em 24 de agosto de 2018, pesquisa complementar para abranger o maior período possível até a data do fechamento do presente trabalho, mas novos casos não foram encontrados.

1.3. VARIÁVEIS DE PESQUISA

A pesquisa quantitativa utilizou 19 parâmetros, sendo as variáveis escolhidas: número do caso, nome do caso, requerente(s), número de requerentes, país requerido, data do pedido, data da decisão, órgão julgador, ocupação do portador do símbolo, gênero do portador do símbolo, religião, símbolo, local de exibição do símbolo, resultado (em relação ao símbolo), decisão (em relação aos artigos analisados), menção à doutrina da margem de apreciação na decisão, pedido e violação dos artigos analisados, caráter da discriminação em casos de alegação de violação do artigo 14 e outros artigos demandados.

Assim, observa-se a presença dos parâmetros tipicamente analisados em pesquisa jurisprudencial (QUEIROZ e FEFERBAUM, 2014, p. 306), acompanhados por outros direcionados às necessidades específicas do presente trabalho. Considerando que a pesquisa busca avaliar a presença de tratamento diferenciado em relação à religião, não apenas é importante destacar a religião em questão, mas filtrar outros critérios que poderiam justificar o tratamento diferenciado, como ocupação do portador do símbolo e local da exibição. Paralelamente, buscou-se averiguar se há um recorte de gênero nos casos analisados, o que justifica a presença do marcador gênero do portador do símbolo.

Alguns aspectos em relação às variáveis selecionadas (1.3.1) e aos casos analisados (1.3.2) merecem elucidação.

1.3.1. ESCLARECIMENTOS EM RELAÇÃO ÀS VARIÁVEIS SELECIONADAS

Ao se quantificar o número de requerentes, considerou-se o número de requerentes que entraram com pedidos em relação à exibição pública de simbologia

religiosa.¹¹³ Para o estabelecimento da data do pedido, considerou-se o momento da entrada do caso no Sistema Europeu. Em casos que foram combinados posteriormente, optou-se pela primeira data de entrada.¹¹⁴ Quanto à data da decisão, considerou-se a última decisão que continha análise dos artigos analisados, o que não coincidiu com a data da decisão final sobre o caso em algumas instâncias.¹¹⁵

Em relação à ocupação do portador do símbolo, ao gênero do portador do símbolo e à religião, ressalta-se que essas nem sempre coincidiram com a ocupação, o gênero ou a religião do(s) requerente(s). O portador do símbolo pode estar sendo representado por outrem, como os pais em casos envolvendo menores de idade. No que tange ao marcador ocupação, tem-se que foi adotada a sigla “NA” quando sua análise não é aplicável,¹¹⁶ e “NR” quando ela não foi relevante para o resultado do caso.¹¹⁷ Considerando que, ao final da pesquisa empírica, havia apenas dois casos¹¹⁸ cuja ocupação do portador do símbolo não pudessem ser enquadrada em “aluno(a)”, “professor(a)”, “NA” ou “NR”, foi utilizada a opção “outro” para classificá-los. Para o marcador gênero do portador do símbolo, também foi adotada a sigla “NA” quando sua análise não era aplicável.¹¹⁹

No que tange ao símbolo, algumas generalizações foram necessárias por falta de dados disponibilizados nas decisões da Corte¹²⁰ e para preservar o caráter quantitativo da pesquisa. Assim, o termo “cobertura” engloba véus, lenços e turbantes, que podem ser especificados com a utilização conjunta da variá-

113 Ressalta-se que só houve uma instância de diferença entre o número real de requerentes e o número de requerentes com pedidos em relação à exibição pública de simbologia religiosa: no caso *Eweida e outros vs. Reino Unido* (Eweida and Others v. the United Kingdom, nos. 48420/10 and 3 others, ECHR 2013).

114 Tal situação também se verificou apenas no caso *Eweida e outros vs. Reino Unido* (Eweida and Others v. the United Kingdom, nos. 48420/10 and 3 others, ECHR 2013).

115 Trata-se dos casos *Karaduman vs. Turquia* e *Tandogan vs. Turquia* (Karaduman and Tandoan v. Turkey, nos. 41296/04 and 41298/04, 3 June 2008) e *Yilmaz vs. Turquia* (Yılmaz v. Turkey, no. 29286/95, 25 September 2001).

116 A análise da ocupação do portador do símbolo não é aplicável no caso *Lautsi vs. Itália* (Lautsi v. Italy, no. 30814/06, 3 November 2009 e Lautsi and Others v. Italy [GC], no. 30814/06, ECHR 2011), pois o símbolo não era exibido por uma pessoa, mas sim, em salas de aula.

117 Tal escolha foi feita nos casos em que a exibição foi feita em ambientes como praças e vias públicas (*S.A.S. vs. França*, *Belcaemi e Oussar vs. Bélgica* e *Dakir vs. Bélgica*), o que tornou a ocupação da pessoa em questão irrelevante para a análise da Corte.

118 Nos casos *Eweida e outros vs. Reino Unido* (Eweida and Others v. the United Kingdom, nos. 48420/10 and 3 others, ECHR 2013) em que a Sra. Eweida era funcionária de companhia aérea e a Sra. Chaplin era enfermeira e *Ebrahimian vs. França* (Ebrahimian v. France, no. 64846/11, ECHR 2015) em que a petionária era assistente social de hospital público.

119 A análise do gênero não é aplicável em *Lautsi vs. Itália* (Lautsi v. Italy, no. 30814/06, 3 November 2009 e Lautsi and Others v. Italy [GC], no. 30814/06, ECHR 2011) pelos motivos apontados na NR nº 116.

120 A CtEDH utiliza sem distinção os termos “veil”/“voile” e “headscarf”/“foulard” e raramente especifica se a cobertura em questão era um *hijab* ou um *niqab*, nomenclaturas mais precisas para especificar os tipos predominantes de cobertura islâmica na Europa.

vel “religião”. Em relação ao local da exibição, tem-se que foram consideradas como “escolas primárias” as denominadas “*primary schools*” nos casos em inglês, e “*collèges*” nos casos em francês. Já as “escolas secundárias” são as denominadas “*secondary schools*” nos casos em inglês, e “*lycées*”, nos casos em francês.

Na análise do resultado, optou-se por classificar as decisões como favoráveis ou desfavoráveis à exibição da simbologia religiosa em questão. Tal escolha baseou-se no fato de que alguns casos possuem como vítima uma pessoa que se sentia lesada devido à exibição de um símbolo, enquanto outros possuem como vítima o portador do símbolo. Assim, classificar as decisões como de procedência ou improcedência não refletiria a decisão da Corte no que tange à possibilidade de exibição de simbologia religiosa. Conquanto, também foi analisada a decisão da Corte em relação aos artigos analisados.

Em relação ao pedido e violação dos artigos analisados, foram analisados os artigos 8º (direito ao respeito pela vida privada e familiar), 9º (liberdade de pensamento, de consciência e de religião), 10 (liberdade de expressão) e 14 (proibição de discriminação) da CEDH e o artigo 2º do Protocolo nº 1 (direito à educação religiosamente neutra). Não obstante, foi disponibilizado um campo para outros artigos demandados. Quando do preenchimento da tabela, optou-se pela utilização da expressão “inadmissível (MIF)” para casos em que a inadmissibilidade se deu pelas considerações de “*manifestly ill-foundedness*” elucidadas acima. Ainda, foram utilizadas as expressões “não analisado”, “não requisitado”, “violado” e “não violado”. Sempre que a CtEDH decidiu que “não surge nenhuma questão separada” (*no separate issue arises*) em relação a um artigo, considerou-se o mesmo resultado do artigo anteriormente analisado. Na ocasião em que foram verificados resultados distintos para requerentes diferentes no mesmo caso, foi adotada a expressão “diverso”.¹²¹

1.3.2. ESCLARECIMENTOS EM RELAÇÃO A ALGUNS CASOS ANALISADOS

1.3.2.1. EWEIDA E OUTROS VS. REINO UNIDO (2013)

O caso *Erweida e outros vs. Reino Unido*¹²² é peculiar pois surgiu da junção de quatro petições contra o Reino Unido feitas separadamente por Nadia Eweida, Shirley Chaplin, Lillian Ladele and Gary McFarlane, combinadas em duas etapas. Em 12 de abril de 2011, a petição da Sra. Eweida foi com-

121 A única ocorrência é no caso *Eweida e outros vs. Reino Unido* (Eweida and Others v. the United Kingdom, nos. 48420/10 and 3 others, ECHR 2013), no qual o artigo 9º foi considerado como violado em relação à Sra. Eweida mas não à Sra. Chaplin. Já o artigo 14 não foi analisado em relação à Sra. Eweida e foi considerado inadmissível por falta de exaustão dos recursos internos em relação à Sra. Chaplin.

122 *Eweida and Others v. the United Kingdom*, nos. 48420/10 and 3 others, ECHR 2013.

binada com a da Sra. Chaplin, pois ambos os casos versavam sobre a exibição no trabalho de simbologia religiosa. Na mesma data, a petição da Sra. Ladele foi combinada com a do Sr. McFarlane, pois ambas versavam sobre recusa de prestar serviços contrários às suas religiões.

Assim, observa-se que o caso apenas se refere parcialmente à temática da exibição de simbologia religiosa. Portanto, quando da quantificação dos dados do caso, foram considerados apenas os dados referentes às Sras. Eweida e Chaplin.

1.3.2.2. KARADUMAN VS. TURQUIA (2007) E TANDOGAN VS. TURQUIA (2007)

Os casos *Karaduman vs. Turquia* e *Tandogan vs. Turquia* foram apresentados separadamente no dia 17 de setembro de 2004. A CtEDH considerou ambos os casos parcialmente inadmissíveis, tendo dado continuidade e proferido decisão no mérito apenas sobre as demandas referentes ao §1 do artigo 6º da CEDH. Após a decisão sobre a admissibilidade dos casos, ambos foram combinados e analisados conjuntamente em decisão proferida em 3 de junho de 2008.¹²³

Considerando que os artigos analisados só foram tratados pela Corte na decisão referente à admissibilidade, e que os artigos 9º e 14 foram considerados manifestamente mal fundados, serão as decisões sobre admissibilidade as consideradas no presente trabalho.

2. RESULTADOS DA PESQUISA EMPÍRICA

A seguir, encontra-se a descrição dos resultados encontrados, que podem ser confrontados com a análise quantitativa completa presente no Anexo B. Primeiramente, será feita uma análise geral das decisões da CtEDH em relação à exibição pública de simbologia religiosa (2.1) e, após, será feita a análise do tratamento da CtEDH a diferentes religiões e a seleção dos casos para análise comparativa (2.2).

2.1. ANÁLISE GERAL DAS DECISÕES DA CTEDH EM RELAÇÃO AO USO PÚBLICO DE SIMBOLOGIA RELIGIOSA

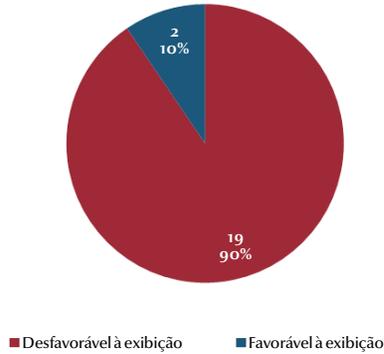
2.1.1. DAS DECISÕES

O Gráfico 1 apresenta, sem discernimento por nenhum marcador, a quantidade e a porcentagem¹²⁴ de casos favoráveis e desfavoráveis à exposição de simbologia religiosa no espaço público.

123 Karaduman and Tando an v. Turkey, nos. 41296/04 and 41298/04, 3 June 2008.

124 Todas as porcentagens na presente seção serão apresentadas de forma arredondada.

Gráfico 1 – Decisões favoráveis e desfavoráveis



Assim, observa-se que a maioria dos casos (cerca de 90%) obteve decisão desfavorável à exibição do símbolo em questão.

2.1.2. DAS DECISÕES AO LONGO DO TEMPO

Os Gráficos 2 e 3 expõem o número de casos sobre simbologia religiosa que chegaram à CtEDH e foram decididos ao longo do tempo.

Gráfico 2 – Casos recebidos ao longo do tempo

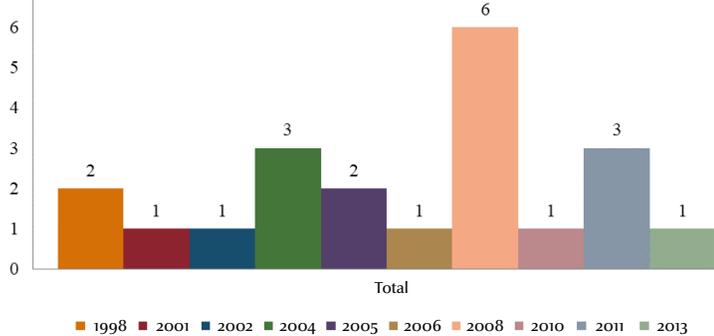
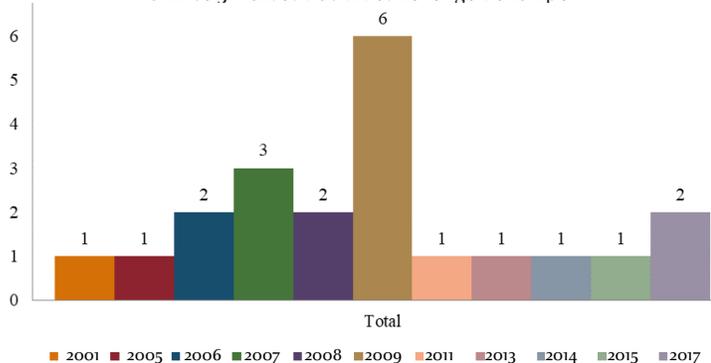


Gráfico 3 – Casos decididos ao longo do tempo



Assim, observa-se que, por mais que a Corte tenha sido instituída em 1959 e seu primeiro caso decidido em 1960,¹²⁵ o primeiro caso sobre a temática do uso público da simbologia religiosa chegou à Corte apenas em 1998 e foi decidido em 2001 (*Dahlab vs. Suíça*). Ainda, tem-se que o ano com mais submissão de casos foi 2008, e, aquele com uma quantidade maior de decisões proferidas, 2009.

2.1.3. DOS ESTADOS REQUERIDOS

O Gráfico 4 apresenta o número e percentagem de casos apresentados por país requerido, enquanto o Gráfico 5 apresenta o número e percentagem de requerentes pelo mesmo critério.

Gráfico 4 – Casos por país requerido

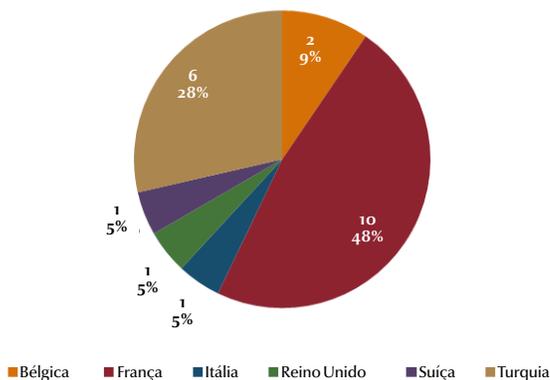
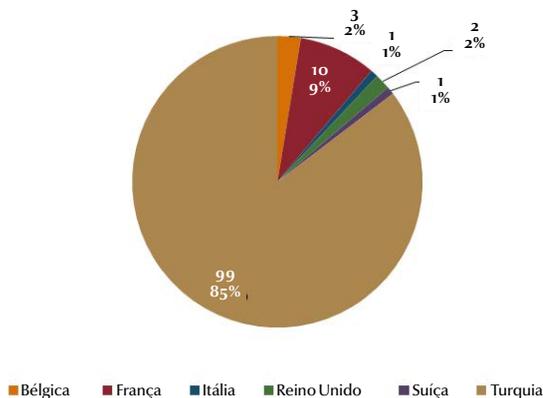


Gráfico 5 – Requerentes por país requerido



Assim, observa-se que a França é o país com mais casos referentes à exibição de simbologia religiosa, com cerca de 48% do total, mas a Turquia é o país com o maior número de requerentes (cerca de 85%).

2.1.4. DO PERFIL DOS SÍMBOLOS E DE SEUS PORTADORES

O Gráfico 6 apresenta a quantidade e a porcentagem de casos em relação à simbologia e à religião correspondente, enquanto o Gráfico 7 apresenta a quantidade e a porcentagem de requerentes em relação aos mesmos parâmetros.

Gráfico 6 – Casos por simbologia e religião

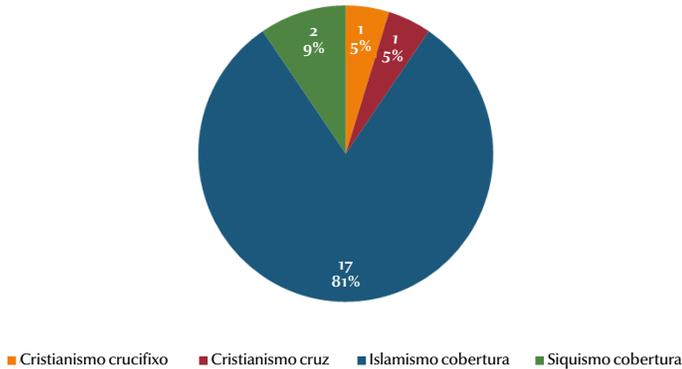
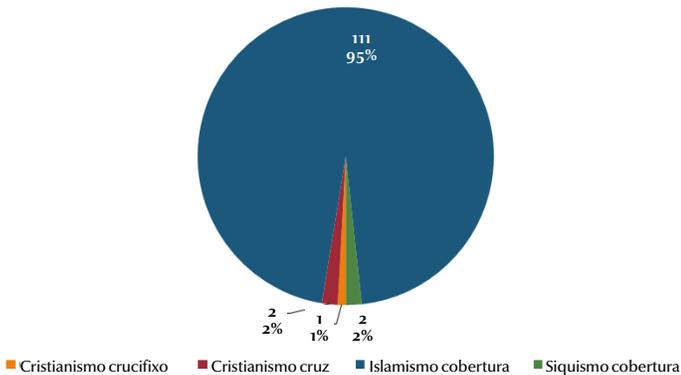


Gráfico 7 – Requerentes por simbologia e religião



Portanto, pode-se observar que casos referentes a coberturas islâmicas (como véus, lenços, *hijabs* e *niqabs*) são a maioria, tanto no que tange ao número de casos (81%) como ao número de requerentes (95%).

Os Gráficos 8 e 9 colocam, respectivamente, a quantidade e a porcentagem de casos e de requerentes em relação ao gênero do portador do símbolo.

Gráfico 8 - Casos por gênero

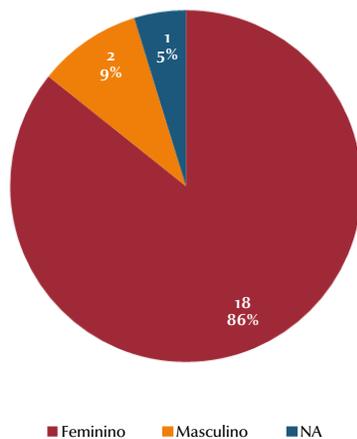
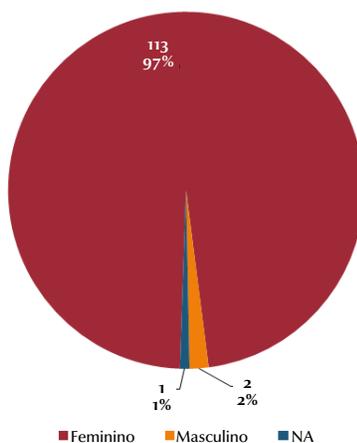


Gráfico 9 - Requerentes por gênero



Os gráficos possibilitam observar que a grande maioria dos casos trata de uma exibição de simbologia religiosa por parte de mulheres (86%). O mesmo se verifica em relação ao número de requerentes (97%). Assim, fica evidente que a questão da exibição pública de simbologia religiosa não é apenas uma questão religiosa, mas também de gênero.

O Gráfico 10 apresenta a quantidade e a porcentagem de casos com petionárias mulheres islâmicas em comparação com qualquer outro perfil de petionário encontrado na amostra, enquanto o Gráfico 11 proporciona a mesma análise em relação aos requerentes.

Gráfico 10 - Casos sobre mulheres islâmicas

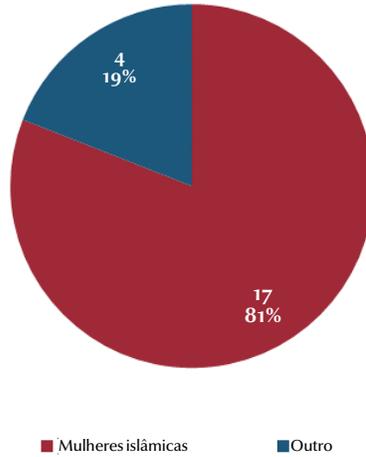
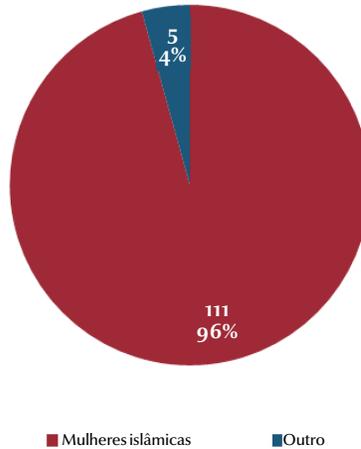


Gráfico 11 - Casos com requerentes mulheres islâmicas



A combinação do marcador “gênero” com o marcador “religião” tornou possível observar que os casos que se referem a mulheres islâmicas são a grande maioria dos julgados, especificamente, 81%. Em relação ao número de requerentes, a representatividade de qualquer outro perfil é de apenas 4%.

Ainda, os Gráficos 12 e 13 possibilitam, respectivamente, a análise da quantidade e porcentagem de casos e requerentes em relação à ocupação do portador do símbolo.¹²⁶

126 Conforme apontado acima, o marcador “Outro” se refere aos casos *Eweida e outros vs. Reino Unido* (Eweida and Others v. the United Kingdom, nos. 48420/10 and 3 others, ECHR 2013) em que a Sra. Eweida era funcionária de companhia aérea e a Sra. Chaplin era enfermeira e

Gráfico 12 - Casos por ocupação do portador do símbolo

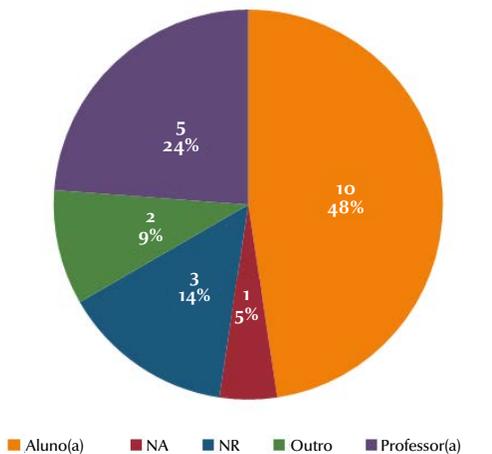
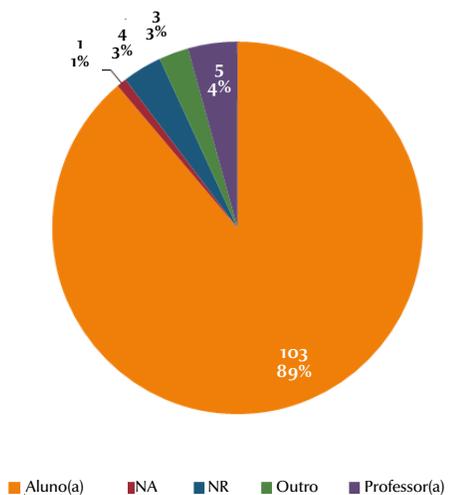


Gráfico 13 - Requerentes por ocupação do portador do símbolo



Os Gráficos 12 e 13 demonstraram que a maioria dos casos tem como portadores do símbolo os alunos (48%), grupo que também representa a maioria dos requerentes (89%).

Por fim, destaca-se nos Gráficos 14 e 15, respectivamente, a quantidade e porcentagem de casos e requerentes em relação ao local de exibição do símbolo.

Ebrahimian vs. França (Ebrahimian v. France, no. 64846/11, ECHR 2015) em que a petionária era assistente social de hospital público.

Gráfico 14 - Casos por local de exibição do símbolo

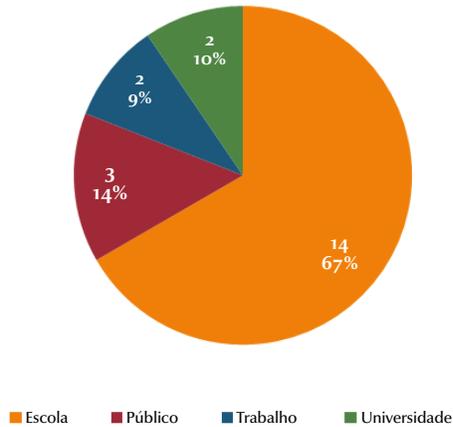
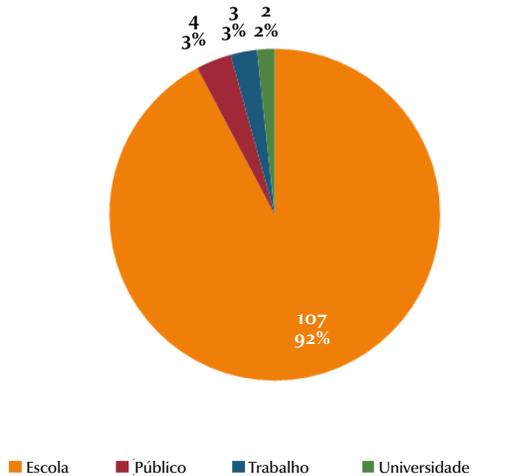


Gráfico 15 - Requerentes por local de exibição do símbolo



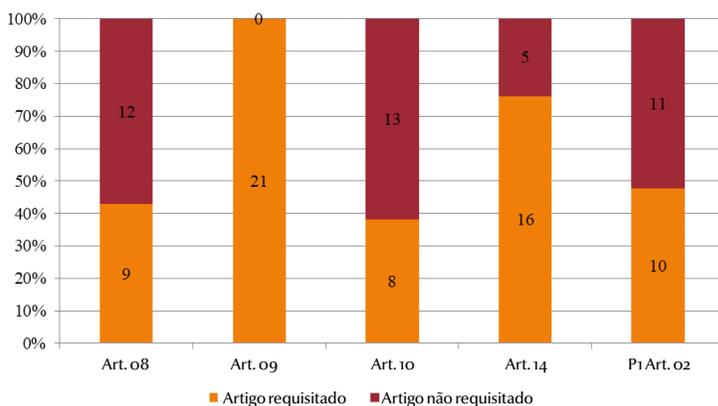
Assim, observa-se que tanto em relação ao número de casos (67%) como em número de requerentes (92%), a maioria das exibições se deu em escolas.

2.1.5. DOS ARTIGOS REQUERIDOS

Evidentemente, todos os peticionários que questionaram uma ação estatal referente à exibição pública de simbologia religiosa demandaram a análise do caso à luz do artigo 9º da CEDH, que versa sobre liberdade de pensamen-

to, de consciência e de religião. Contudo, muitos peticionários também requisitaram a análise dos outros artigos analisados no presente trabalho: os artigos 8º (direito ao respeito pela vida privada e familiar), 10 (liberdade de expressão) e 14 (proibição de discriminação) da CEDH, assim como o artigo 2º do Protocolo Adicional 1 (direito à educação religiosamente neutra). Portanto, o Gráfico 16 apresenta a quantidade de casos em que cada um dos artigos analisados foi requisitado.

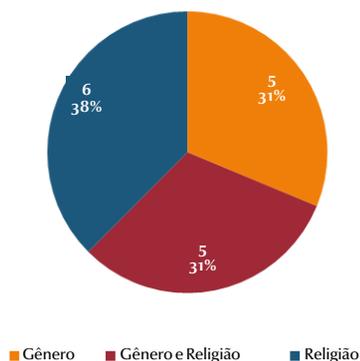
Gráfico 16 - Casos por artigos requeridos



Assim, observa-se que, desconsiderando-se o artigo 9º, o artigo mais requisitado é o artigo 14 da CEDH, seguido do artigo 2º do Protocolo nº 1.

Quanto ao artigo 14, foi analisado também se os peticionários alegaram violação do direito à não discriminação em relação a gênero ou religião. Os resultados podem ser encontrados no Gráfico 17.

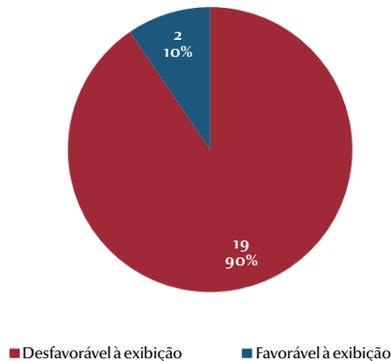
Gráfico 17 - Alegações referentes ao artigo 14 da CEDH



Portanto, tem-se que, das instâncias de alegação de violação do artigo 14, 31% alegaram discriminação em relação ao gênero, 38% à religião e 31% a ambos. Tal cenário confirma a necessidade já apontada pela doutrina de tratar o véu islâmico como uma pauta interseccional,¹²⁷ em que os marcadores sociais de gênero e religião se reforçam e geram cenários graves de discriminação cumulativa (BREMS, 2001, p. 205).

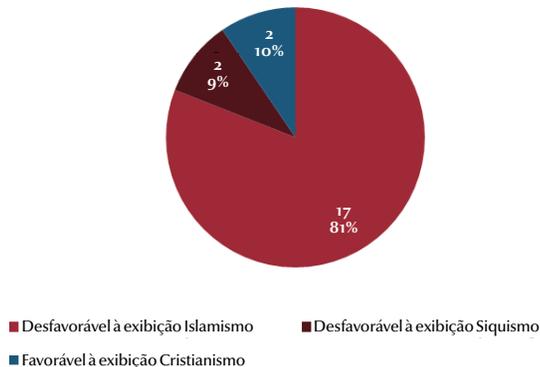
2.2. ANÁLISE DO TRATAMENTO DA CTEDH EM RELAÇÃO A DIFERENTES RELIGIÕES E SELEÇÃO DE CASOS PARA ANÁLISE COMPARATIVA

Retomemos o Gráfico 1, o qual expôs, sem discernimento por qualquer marcador, os casos favoráveis e desfavoráveis à exposição de simbologia religiosa no espaço público.



O Gráfico 18 apresenta, agora, os casos favoráveis e desfavoráveis à exposição de simbologia religiosa no espaço público em relação ao marcador “religião”.

Gráfico 18 - Decisões favoráveis e desfavoráveis por religião



127

Para McCall (2005, p. 1771), interseccionalidade é uma metodologia que estuda “as relações entre múltiplas dimensões e modalidades de relações sociais e formações subjetivas”.

Observa-se que o número de casos favoráveis em geral é o mesmo que o número de casos favoráveis à religião Cristã. Ainda, pode-se verificar que não há casos desfavoráveis à religião Cristã.

Os dois casos da amostra que versam sobre a religião Cristã, que também são os dois casos com resultados favoráveis à exibição da simbologia religiosa, são *Lautsi vs. Itália*¹²⁸ e *Eweida e outros vs. Reino Unido*.¹²⁹ Assim, utilizar-se-á os dados coletados na pesquisa quantitativa para se encontrar casos similares para comparação.

O caso *Lautsi vs. Itália*¹³⁰ versa sobre a exibição de simbologia religiosa cristã em escolas. Não é possível identificar a ocupação do portador do símbolo em questão, visto que esse fora afixado nas paredes de salas de aula e, assim, exposto aos alunos. Assim, comparar-se-á tal caso com outros em que símbolos religiosos foram expostos em salas de aula aos alunos e não pelos alunos, quais sejam: *Dahlab vs. Suíça*,¹³¹ *Karaduman vs. Turquia*,¹³² *Tandogan vs. Turquia*¹³³ e *Yilmaz vs. Turquia*.¹³⁴ Todos estes casos tratam da exibição de simbologia religiosa por professoras islâmicas.

O caso *Eweida e outros vs. Reino Unido*,¹³⁵ por sua vez, versa sobre a exibição de simbologia religiosa cristã no ambiente de trabalho por uma funcionária de companhia aérea (Sra. Eweida) e uma enfermeira de hospital público (Sra. Chaplin). Embora não existam casos sobre a exibição de simbologia religiosa similares ao da Sra. Eweida, o caso da Sra. Chaplin pode ser comparado com o caso *Ebrahimian vs. França*, em que a petionária era assistente social em um hospital público.

Assim, a pesquisa empírica não apenas proporcionou uma análise geral das decisões da CtEDH em relação à exibição da simbologia religiosa, mas também possibilitou a identificação de casos com resultados diferentes, mas com marcadores similares, com exceção do marcador “religião”. Considerando a representatividade superior de incidências comparáveis ao caso *Lautsi*, bem como sua caracterização como um dos casos mais importantes já decididos pela Corte (KOLTAY, 2012, p. 355), o grupo de julgados referente à exibição

128 Lautsi v. Italy, no. 30814/06, 3 November 2009 e Lautsi and Others v. Italy [GC], no. 30814/06, ECHR 2011.

129 Eweida and Others v. the United Kingdom, nos. 48420/10 and 3 others, ECHR 2013.

130 Lautsi v. Italy, no. 30814/06, 3 November 2009 e Lautsi and Others v. Italy [GC], no. 30814/06, ECHR 2011.

131 Dahlab v. Switzerland (dec.), no. 42393/98, ECHR 2001-V.

132 Karaduman and Tando an v. Turkey, nos. 41296/04 and 41298/04, 3 June 2008.

133 Karaduman and Tando an v. Turkey, nos. 41296/04 and 41298/04, 3 June 2008.

134 Yilmaz v. Turkey, no. 29286/95, 25 September 2001.

135 Eweida and Others v. the United Kingdom, nos. 48420/10 and 3 others, ECHR 2013.

de simbologia religiosa em escolas será o eleito para a próxima fase da pesquisa. Assim, poderá se verificar se há justificativa para tal diferenciação no provimento dos casos ou se houve discriminação.

PARTE III – ANÁLISE DOS CASOS SELECIONADOS À LUZ DO DIREITO À NÃO DISCRIMINAÇÃO

1. O TESTE ADOTADO PARA IDENTIFICAR VIOLAÇÕES AO ARTIGO 14 APLICADO AOS CASOS REFERENTES À SIMBOLOGIA RELIGIOSA

Procede-se à próxima fase para responder à pergunta que motiva o presente trabalho: *A aplicação generalizada e ilimitada da doutrina da margem de apreciação pela CtEDH pode ter efeitos discriminatórios em minorias religiosas?* Na Parte II, foi realizada pesquisa empírica jurisprudencial quantitativa envolvendo todas as decisões da Corte Europeia sobre a exibição pública de simbologia religiosa para que se pudesse estabelecer, primeiramente, se há tratamento diferenciado de religiões pela CtEDH. Foi constatada não apenas que há diferenciação, mas os casos específicos em que ela se manifesta. Assim, a presente seção aplicará o teste para a verificação de conduta discriminatória aos casos selecionados.

Na Parte I (3.1), foi formulado o seguinte teste para analisar violações ao artigo 14 na forma de discriminação direta:

- (1) Os fatos são abarcados por uma ou mais provisões substantivas da Convenção?
- (2) Houve diferença de tratamento?
- (3) Essa diferença envolveu indivíduos ou grupos de indivíduos em situações análogas?
- (4) A diferença carece de um fim legítimo?
- (5) Há uma relação de desproporcionalidade entre esse fim e os meios empregados para atingi-lo?

Conforme estabelecido, caso todas as perguntas sejam respondidas afirmativamente, pode-se constatar uma violação ao artigo 14. Tal teste pode ser aplicado a casos relativos à liberdade religiosa, e, devido à classificação da discriminação por motivos relativos à religião como “suspeita”, a adequação da ação aos parâmetros estabelecidos deve ser feita de forma estrita e rigorosa.¹³⁶

136 Conforme concluído na Parte I (3.2).

A Pergunta 1 é facilmente respondida, visto que o artigo 9º protege a liberdade religiosa, e, portanto, os fatos são necessariamente abarcados por uma provisão convencional. A diferença de tratamento demandada na Pergunta 2 foi demonstrada na Parte III (2.2), visto que foi constatado que todos os casos favoráveis à exibição pública de simbologia religiosa são relativos à simbologia cristã, enquanto todos os casos de simbologia islâmica foram decididos de forma desfavorável às requerentes. Não obstante, as peculiaridades da diferenciação serão analisadas em (1.3.1). A Pergunta 3 também foi preliminarmente respondida na Parte III, pois os casos selecionados possuíam apenas o marcador “religião” como diferença e, portanto, as situações são relevantemente similares, não podendo tal marcador sozinho justificar uma diferença de tratamento.¹³⁷ Conquanto, será feita uma análise mais aprofundada das similaridades entre os casos em 1.3.1.

Ainda, serão respondidas as Perguntas 4 e 5, de forma a avaliar se a diferenciação detectada possui um fim legítimo e se há uma relação de proporcionalidade entre esse fim e os meios empregados para atingi-lo. Para isso, é necessária uma avaliação mais aprofundada dos casos selecionados, que será feita a seguir. Após, serão abordadas as perguntas restantes em 1.3.3 e 1.3.4.

2. CASOS DE EXIBIÇÃO DE SIMBOLOGIA RELIGIOSA EM ESCOLAS

Conforme apontado *supra*, serão analisados de forma aprofundada os casos *Dahlab vs. Suíça* (“*Dahlab*”), *Karaduman vs. Turquia* (“*Karaduman*”), *Tandogan vs. Turquia* (“*Tandogan*”), *Yilmaz vs. Turquia* (“*Yilmaz*”) e *Lautsi vs. Itália* (“*Lautsi*”).

2.1. DAHLAB VS. SUÍÇA (2001)

O primeiro caso decidido pela CtEDH sobre a exibição de simbologia religiosa em escolas foi submetido pela Sra. Lucia Dahlab, que era, à época dos fatos, uma professora de escola primária na Suíça, tendo começado a lecionar em 1989. Em 1990, ela converteu-se ao islã, passando a portar o véu islâmico – inclusive em sala de aula. Cinco anos depois, o inspetor escolar do seu distrito informou à Direção-Geral da Educação Primária do Cantão de Genebra que a professora portava o véu ao lecionar, mas especificando que nunca foram registrados ou recebidos quaisquer reclamações ou comentários por parte dos pais dos alunos sobre a conduta.

137

“(…) notwithstanding any possible argument to the contrary, a distinction based essentially on a difference in religion alone is not acceptable”. Cf. *Hoffmann v. Austria*, 23 June 1993, § 36, Series A no. 255-C.

Em 1996, a Diretora-Geral publicou uma carta e, posteriormente, uma decisão formal ordenando que a Sra. Dahlab parasse de utilizar o véu em suas aulas, pois tal conduta seria contrária à Seção 6 da Lei de Educação Pública.¹³⁸ A requerente apelou tal decisão para o Governo do Cantão de Genebra, que rejeitou seu apelo com base no princípio da neutralidade estatal. Assim, a Sra. Dahlab impetrou recurso perante a Corte Federal da Suíça, que decidiu de forma contrária ao seu pedido. Assim, a postulante levou o caso ao Sistema Europeu, alegando violações aos artigos 9º e 14 da CEDH.

A Segunda Seção da CtEDH decidiu, em fevereiro de 2001, sobre a admissibilidade do caso, focando na compatibilidade da petição com os requerimentos do §3a do artigo 35 da CEDH. Conforme já apontado,¹³⁹ tal artigo demanda, entre outros, que a petição não seja manifestamente mal fundamentada.

Em relação ao artigo 9º, a Corte iniciou sua análise constatando a presença de uma interferência com o direito da liberdade religiosa da Sra. Dahlab, especificamente em relação ao direito a manifestar crenças pessoais. Contudo, visto que o §2 do artigo 9º permite restrições para assegurar, *i. a.*, que as crenças de todos sejam respeitadas, a Corte procedeu à aplicação do teste tripartite sobre a violação de direitos (“*three step test on the violation of rights*”)¹⁴⁰ para verificar se a restrição aos direitos da Sra. Dahlab foi uma interferência ou constituiu uma violação.

Na primeira etapa do teste, a Corte analisou se a restrição feita pelo Estado possuía uma base legal, decidindo que as Seções 5 e 120(2) do Ato Cantonal de 6 de Novembro de 1940 eram suficientemente precisas para fins do primeiro passo do teste. Assim, a restrição foi tida como adequadamente prescrita em lei. Seguindo para a segunda etapa, a Corte analisou se a restrição aos direitos da Sra. Dahlab buscava um fim legítimo, constatando que os fins alegados pelo Estado, quais sejam, a proteção dos direitos e das liberdades dos outros, segurança pública e ordem pública, eram legítimos por estarem previstos no §2 do artigo 9º.

138 A Seção 6 da Lei de Educação Pública lê: “The public education system shall ensure that the political and religious beliefs of pupils and parents are respected”.

139 Cf. Parte I (1.3).

140 Teste amplamente utilizado pela CtEDH e outras cortes internacionais para verificar se uma interferência com direitos passíveis de limitações se configura como uma violação. O teste possui três fases, quais sejam (i) análise da prescrição legal, (ii) análise da legitimidade da finalidade da restrição e (iii) a análise da necessidade em uma sociedade democrática de tal restrição. Tal teste foi consagrado pela CtEDH no caso *Handyside vs. Reino Unido* (*Handyside v. the United Kingdom*, 7 December 1976, Series A no. 24), de forma que é por vezes referenciado como “o teste Handyside”. Para uma elucidação referente à aplicação do teste aos artigos 8º a 11 da CEDH, cf. Villiger (2020).

Por fim, a Corte procedeu à terceira etapa e verificou se a medida fora necessária em uma sociedade democrática, análise que concentrou os pontos mais contenciosos da disputa. Primeiramente, a Corte reiterou que os Estados possuem uma margem de apreciação para verificar a necessidade de uma interferência, mas que esta margem está sujeita à supervisão europeia. Assim, definiu seu papel nessa supervisão como:

to determine whether the measures taken at national level were justified in principle – that is, whether the reasons adduced to justify them appear “relevant and sufficient” and are proportionate to the legitimate aim pursued¹⁴¹

Tomando tais parâmetros como base, a CtEDH passou a analisar a decisão da Corte Federal Suíça, constatando que as crenças da Sra. Dahlab haviam sido levadas em consideração e devidamente sopesadas com o objetivo de proteger os direitos e liberdades dos outros, a ordem pública e a segurança. A Corte também averiguou que a decisão fora baseada em tais propósitos e não nas crenças da petionária.

Ao analisar o impacto concreto que o véu da postulante poderia ter tido nos alunos, a Corte reconheceu que, em todos os anos em que a Sra. Dahlab havia lecionado, não houve quaisquer reclamações por parte dos alunos, pais, outros professores ou o inspetor escolar. Contudo, a Corte derivou de tal silêncio o seguinte entendimento:

The Court accepts that it is very difficult to assess the impact that a powerful external symbol such as the wearing of a headscarf may have on the freedom of conscience and religion of very young children. The applicant’s pupils were aged between four and eight, an age at which children wonder about many things and are also more easily influenced than older pupils. In those circumstances, it cannot be denied outright that the wearing of a headscarf might have some kind of proselytising effect, seeing that it appears to be imposed on women by a precept which is laid down in the Koran and which, as the Federal Court noted, is hard to square with the principle of gender equality. It therefore appears difficult to reconcile the wearing of an Islamic headscarf with the message of tolerance, respect for others and, above all, equality and non-discrimination that all teachers in a democratic society must convey to their pupils.¹⁴²

141 The Sunday Times v. the United Kingdom (no. 1), 26 April 1979, § 50, Series A no. 30
142 Dahlab v. Switzerland (dec.), no. 42393/98, ECHR 2001-V (grifo nosso).

Cabe discriminar todos os entendimentos que a Corte expressou nesse parágrafo. Em primeiro lugar, apontou que o véu seria um “poderoso símbolo externo” que poderia ter algum tipo de efeito proselitizante. Depois, constatou uma dificuldade de se avaliar seu impacto nos alunos, mas presumiu que tal impacto existe. Por fim, constatou uma incompatibilidade do véu islâmico com a igualdade de gênero,¹⁴³ tolerância, respeito ao próximo, igualdade e não discriminação. Com isso, a Corte concluiu que a Suíça não havia excedido sua margem de apreciação e que, portanto, a medida havia sido necessária em uma sociedade democrática.

Em relação ao artigo 14, a Sra. Dahlab alegou discriminação em relação ao gênero, visto que homens adeptos da religião islâmica não seriam impactados da mesma forma pela restrição imposta. A Corte decidiu que, apesar de discriminação por gênero ser também um “motivo suspeito”, a medida não havia sido motivada pelo gênero da Sra. Dahlab, mas pela consideração da importância da neutralidade do sistema de educação pública, e que homens que portassem vestimentas similares estariam sujeitos à mesma restrição.

Assim, a CtEDH deliberou que ambas as demandas da requerente eram “manifestamente mal fundamentadas”, ou seja, que não havia sequer suspeita de violação de seus direitos, de forma que a petição foi declarada inadmissível.

2.2. KARADUMAN VS. TURQUIA (2007) E TANDOGAN VS. TURQUIA (2007)

As Sras. Fatma Karaduman e Sevil Tandogan eram, à época dos fatos, professoras de religião e química,¹⁴⁴ respectivamente, em um *lycée* na Turquia, e compareciam às aulas portando o véu islâmico. Em 2001, o Alto Conselho de Disciplina do Ministério da Educação Nacional decidiu demiti-las por violação da regulamentação indumentária aplicável a pessoas trabalhando em estabelecimentos públicos na Turquia, em vigor desde 1982. Tal regulamentação prevê, entre outros, que “nenhuma cobertura para a cabeça deve ser portada no ambiente de trabalho”. As professoras apelaram para o Tribunal Administrativo de Sakarya e, ao verem seus apelos negados, ao Conselho do Estado, que confirmou a decisão anterior. Assim, a Sra. Karaduman e a Sra. Tandogan encaminharam, separadamente, seus casos para o Sistema Europeu.¹⁴⁵

143 Tal constatação é feita de forma muito similar à realizada pela Suprema Corte da Suíça no excerto da decisão mencionada no julgamento.

144 Ressalta-se que não foi feita pela CtEDH qualquer diferenciação entre os casos pelo fato de que uma professora lecionava religião e, a outra, química.

145 Para demais esclarecimentos processuais sobre o caso analisado, cf. Parte II (3.2.1).

Perante a CtEDH, a Sras. Karaduman e Tandogan alegaram, além da violação de sua liberdade religiosa (artigo 9º da CEDH), a violação do direito à não discriminação (artigo 14 da CEDH), falta de independência e imparcialidade dos tribunais e violação de garantias processuais (artigo 6º da CEDH), a violação do princípio da legalidade das penas (artigo 7º da CEDH) e a violação ao direito ao respeito aos seus bens e propriedades (artigo 1º do Protocolo nº 1).

A Segunda Seção da Corte decidiu, em abril de 2007, sobre a admissibilidade do caso, também focando na compatibilidade da petição com os requerimentos do §3a do artigo 35 da CEDH. A Corte analisou primeiramente as demandas relacionadas ao artigo 6º, solicitando mais esclarecimentos ao Estado, mas adiantando que a queixa em relação à falta de independência e imparcialidade era manifestamente mal fundamentada. Em seguida, passou a analisar o artigo 9º em conjunto com o artigo 14 e o artigo 1º do Protocolo nº 1 e concluiu que, considerando a importância do respeito à neutralidade do ensino público e a margem de apreciação concedida aos Estados, não haveria motivo para adotar uma posição diferente da adotada pela Corte em *Dablab vs. Suíça* e *Kurtulmus vs. Turquia*. Assim, decidiu após breve análise que a queixa em relação a tais artigos também era manifestamente mal fundamentada. Por fim, a Corte afirmou, também brevemente, que o artigo 7º não é aplicável a sanções disciplinares, apenas à seara do Direito Penal, concluindo que a última demanda das Sras. Karaduman e Tandogan era incompatível *ratione materiae*.

Assim, a CtEDH considerou ambos os casos parcialmente inadmissíveis, tendo dado continuidade e proferido decisão no mérito apenas sobre as demandas referentes ao §1º do artigo 6º da CEDH. Após a decisão sobre a admissibilidade dos casos, ambos foram combinados e analisados conjuntamente¹⁴⁶ em decisão proferida em 3 de junho de 2008, que versou apenas sobre o §1º do artigo 6º e não tratou da questão da exposição de simbologia religiosa em escolas.

2.3. YILMAZ VS. TURQUIA (2007)

A Sra. Melek Sima Yilmaz era, à época dos fatos, professora de literatura e língua turca em *lyceés* em Erzurum e Anadolu (Turquia) e sempre comparecia à escola portando o véu islâmico. Em 2000, foi demitida de seu cargo mediante decisão do Alto Conselho de Disciplina do Ministério da Educação Nacional devido a violações do mesmo código indumentário para funcionários públicos em relação ao qual as Sras. Karaduman e Tandogan foram sancionadas. Ela apelou para o Tribunal Administrativo de Erzurum, alegando violação do direito ao devido processo legal, e obteve provimento positivo.

146 Conforme previsto na Regra 42 do RCtEDH.

Contudo, tal decisão foi revertida pelo mesmo Tribunal mediante apelo do Ministério da Educação. Posteriormente, o mesmo Tribunal decidiu novamente em favor da Sra. Yilmaz, decisão esta que também foi revertida após apelo do Ministério. Por fim, a requerente apelou ao Conselho do Estado, que confirmou a decisão favorável ao Ministério da Educação. Assim, seu caso foi levado ao Sistema Europeu.

As queixas da Sra. Yilmaz foram as mesmas que haviam sido apresentadas pelas Sras. Karaduman e Tandogan em relação aos artigos 6º, 7º, 9º e 14 da CEDH e ao artigo 1º do Protocolo nº 1. Adicionalmente, a professora alegou violações ao artigo 1º do Protocolo nº 12 e 3º do Protocolo nº 7.

A Segunda Seção da Corte decidiu, no mesmo dia em que decidiu os casos das Sras. Karaduman e Tandogan, de forma similar, solicitando maiores esclarecimentos ao Estado em relação a parte dos argumentos relacionados ao artigo 6º e descartando outras demandas em relação a tal artigo. Ainda, decidiu que, pelos mesmos motivos levantados em *Dahlab vs. Suíça* e *Kurtulmus vs. Turquia* e considerando a importância da neutralidade do ensino público e a margem de apreciação dos Estados, as queixas relacionadas aos artigos 9º e 14 da CEDH, assim como ao artigo 1º do Protocolo nº 1, também eram manifestamente mal fundamentadas. Por fim, rejeitou a queixa relacionada ao artigo 7º da CEDH por falta de competência *ratione materiae* e, em relação ao artigo 1º do Protocolo nº 12 e 3º do Protocolo nº 7, por falta de competência *ratione personae*, visto que a Turquia não havia ratificado tais protocolos.

2.4. LAUTSI VS. ITÁLIA (2009/2011)

Diferentemente dos casos *supra*, o caso *Lautsi vs. Itália* foi decidido tanto por uma Seção da Corte como pelo Tribunal Pleno, demandando, portanto, análise detalhada de ambos os julgamentos.

2.4.1. DOS FATOS E DA LEI ITALIANA

Daitaico e Sami Albertin eram alunos de uma escola pública na Itália e, à época dos fatos, tinham, respectivamente, 11 e 13 anos. Em sua escola – assim como em todas as outras escolas públicas italianas – eram exibidos crucifixos nas salas de aula, o que, de acordo com sua mãe, a Sra. Soile Lautsi, também requerente no caso, era uma interferência indevida com a liberdade religiosa dela e de seus filhos, assim como uma violação ao direito de educar os filhos de acordo com suas convicções filosófico-religiosas assegurado pelo artigo 2º do Protocolo nº 1. Suas convicções eram guiadas pelo princípio do secularismo, segundo o qual ela gostaria de orientar a educação de suas crianças.

A Sra. Lautsi questionou primeiramente a presença dos crucifixos em uma reunião na escola, mas a diretoria decidiu mantê-los. A postulante questionou tal decisão na Corte Regional Administrativa de Veneto em 2002, que remeteu o caso à Corte Constitucional Italiana em 2004 por entender que se tratava de matéria constitucional. A Corte Constitucional devolveu o caso à Corte Administrativa sob o argumento de que não estava sendo questionada a legislação, mas regulamentos específicos que careciam de força de lei. A Corte Administrativa, assim, proferiu decisão de mérito no caso e negou provimento à ação da Sra. Lautsi, argumentando que o crucifixo seria um símbolo da história, da cultura e da identidade italianas, representando os princípios da igualdade, liberdade e tolerância, assim como a base secular do Estado. A Sra. Lautsi apelou para o *Consiglio di Stato*, tendo obtido decisão desfavorável pelos mesmos motivos.

Paralelamente, em outubro de 2002,¹⁴⁷ o Ministério da Educação Italiano adotou a Diretiva nº 2666, que prescreveu a exibição de crucifixos em escolas com base em decretos de 1924¹⁴⁸ e 1928,¹⁴⁹ que foram adotadas à época do fascismo italiano e precedem a própria Constituição Italiana. A obrigação de exibir crucifixos em salas de aula, por sua vez, precede até mesmo a unificação italiana, tendo sido iniciada com o Decreto Real n. 4336 de 1860 do Reino de Piemonte-Sardenha. Em 1861, quando da unificação Italiana, a Constituição do Reino tornou-se a primeira Constituição Italiana, apregoando que a religião católica era a única religião do Estado Italiano, sendo outras religiões apenas “toleradas”.

Em 1948, a Itália adotou sua atual constituição democrática, que determina a igualdade entre todos os cidadãos independentemente de religião (artigo 3º), igualdade de todas as religiões perante a lei (artigo 8º) e a independência entre o Estado e a Igreja Católica. Contudo, a separação entre a Igreja e o Estado foi somente concluída com a Lei nº 121 de 1985, que preconizou que o princípio de que a religião católica seria a única religião do Estado italiano, originalmente consagrado nos Pactos de Latrão, não se encontrava mais em vigor. A Corte Constitucional Italiana,¹⁵⁰ ao interpretar o ordenamento jurídico do Estado, consagrou que a Constituição demanda que a atitude do Estado em relação às religiões deva ser marcada pela equidistância e imparcialidade,

147 Na decisão, lê-se 2007 (cf. §10), mas a decisão do Tribunal Pleno retificou a data.

148 Especificamente, em seu artigo 118: “Each school must have the national flag and each classroom a crucifix and the King’s portrait”.

149 O artigo 119 do Decreto lista “crucifix” como “necessary equipment and material in school classrooms”.

150 Cf. Julgamento no 508 de 20 de novembro de 2000.

independentemente do número de aderentes de cada religião ou o impacto social de violações dos direitos de uma religião ou de outra, o que não entraria em contradição com uma prerrogativa de regular as relações entre o Estado e as diversas religiões. Ainda, a Corte determinou que:

Such a position of equidistance and impartiality reflects the principle of secularism which the Constitutional Court derived from the provisions of the Constitution and which has the character of a “supreme principle” (...), defining the State as a pluralist entity. The various beliefs, cultures and traditions must coexist in equality and freedom (...)¹⁵¹

Com base nos fatos citados e no ordenamento jurídico descrito, a Sra. Lautsi denunciou a Itália perante o Sistema Europeu alegando violação do direito de educar os filhos de acordo com suas crenças (artigo 2º do Protocolo nº 1), da liberdade religiosa (artigo 9º da CEDH) e do direito à não discriminação (artigo 14 da CEDH).

2.4.2. DO CASO PERANTE A SEÇÃO

O caso foi designado à Segunda Seção da CtEDH, que proferiu decisão em novembro de 2009. Em relação à liberdade religiosa (artigo 9º da CEDH) e ao direito de educar os filhos de acordo com suas crenças (artigo 2º do Protocolo nº 1), a Corte reiterou os seguintes princípios gerais:¹⁵² que o artigo 2º do Protocolo nº 1 demanda um ambiente escolar aberto que encoraje a inclusão de todos, independentemente de religião e crenças pessoais; que os Estados se encontram proibidos de buscar a doutrinação dos alunos; que o artigo 9º protege também o direito de não crer em qualquer religião e que, no contexto do ensino, deve haver neutralidade para que se assegure o pluralismo.

Aplicando os princípios ao caso concreto, a Corte afirmou que a Itália tem o dever de não impor quaisquer crenças aos seus cidadãos, nem mesmo de forma indireta e especialmente em lugares em que as pessoas são particularmente vulneráveis. Esse é o caso das escolas, pois a presença dos alunos é compulsória e as crianças se encontram em fase de desenvolvimento, carecendo de plena

151 *Ibid.* (grifo nosso). A Corte Constitucional Italiana também reafirmou que a Constituição consagra o princípio do secularismo em outros julgamentos, listados no Julgamento no 302 de 1989.

152 Com base nos casos Kjeldsen, Busk Madsen and Pedersen v. Denmark, judgment of 7 December 1976, Series A no. 23, pp. 24-28, §§ 50-54; Campbell and Cosans v. the United Kingdom, judgment of 25 February 1982, Series A no. 48, pp. 16-18, §§ 36-37; Valsamis v. Greece, judgment of 18 December 1996, Reports of Judgments and Decisions 1996-VI, pp. 2323-2324, §§ 25-28; and Folgerø and Others v. Norway [GC], 15472/02, ECHR 2007-VIII, § 84.

capacidade crítica.¹⁵³ Assim, deve-se analisar a natureza do símbolo e o impacto dele nas crianças para que se possa avaliar a legalidade da medida estatal.

Em relação à natureza do símbolo, a Seção afirmou que “o crucifixo tem vários significados, dentre os quais predomina o religioso” e que este é o significado que deveria ser levado em consideração,¹⁵⁴ em resposta ao argumento Italiano de que o crucifixo seria um símbolo histórico e de identidade nacional. A Corte, ainda, afirmou que as convicções da Sra. Lautsi eram suficientemente sérias e consistentes, de forma que a presença mandatória do crucifixo era capaz de ser vista como incompatível com suas crenças, especialmente considerando que ela denota que o Estado “toma o lado” (sic) do catolicismo.

No que tange ao impacto do símbolo nas crianças, a Seção retomou o entendimento estabelecido em *Dahlab* e reiterado, *inter alia*, em *Karaduman, Tandogan e Yilmaz* de que o símbolo religioso seria um “símbolo externo poderoso” nas seguintes palavras:

The Court acknowledges that, as submitted, it is impossible not to notice crucifixes in the classrooms. In the context of public education they are necessarily perceived as an integral part of the school environment and may therefore be considered “powerful external symbols”¹⁵⁵

Tal símbolo religioso teria um efeito “perturbador” nos alunos, especialmente considerando sua idade – situação que se agravaria em relação a membros de minorias religiosas. A Seção apresentou ainda um agravante em relação ao caso *Dahlab*, afirmando que o direito de não ser perturbado em suas crenças “merece proteção especial caso seja o Estado que esteja expressando uma crença e se os divergentes estejam colocados em uma situação da qual eles não podem se extrair sem esforços desproporcionais e atos de sacrifício”.¹⁵⁶

Por fim, a Corte ressaltou que o argumento trazido pela Itália sobre a necessidade de se agradar partidos políticos carece de qualquer fundamento e que a própria jurisprudência da Corte Constitucional Italiana era coerente com o entendimento europeu sobre a neutralidade e o pluralismo no sistema educacional. Assim, decidiu que a medida não fora necessária em uma sociedade democrática e, portanto, a Itália havia violado o artigo 9º da CEDH e o arti-

153 Uma análise semelhante é feita no caso do proselitismo, conforme apontado em obra específica. Cf. Haertel (2017).

154 Foi apresentado, ainda, um precedente para afirmar que o fato de que um ato tem natureza de tradição não o depriva de seu caráter religioso (*Buscarini and Others v. San Marino [GC]*, no. 24645/94, ECHR 1999-I). Ressalta-se que a própria igreja católica em diversas manifestações assume o significado majoritariamente religioso do crucifixo.

155 *Lautsi v. Italy*, no. 30814/06, 3 November 2009, §54.

156 *Ibid.*, §55 (tradução nossa).

go 2º do Protocolo nº 1. Ainda, decidiu que não haveria necessidade de analisar o artigo 14 separadamente.

2.4.3. DO CASO PERANTE O TRIBUNAL PLENO

O Governo Italiano, inconformado com a decisão da Segunda Seção, solicitou que o caso fosse submetido ao Tribunal Pleno com base no artigo 43 da CEDH. Em março de 2010, um painel do Tribunal Pleno aprovou o requerimento Italiano, sob grande pressão por parte de governos e da sociedade civil.

Submeteram intervenções favoráveis à postulante a ONG *Greek Helsinki Monitor*, a ONG *Associazione nazionale del libero Pensiero*, a ONG *Eurojuris*, e as ONGs *International Commission of Jurists*, *Interights* e *Human Rights Watch* (conjuntamente). A favor do Estado, intervieram os Governos da Bulgária, do Chipre, da Rússia, da Grécia, da Lituânia, de Malta e de San Marino (conjuntamente), o Governo de Mônaco, o Governo da Romênia, a ONG *European Centre for Law and Justice*, as ONGs *Zentralkomitee der deutschen katholiken*, *Semaines sociales de France* e *Associazioni cristiane lavoratori italiani* (conjuntamente) e 33 membros do Parlamento Europeu.

O Tribunal Pleno iniciou sua decisão com uma avaliação da lei e da prática referente à exibição de simbologia religiosa nas salas de aula nos países do Conselho Europeu. Foi levantado que, na maioria, a presença de símbolos em salas de aula não é sequer regulada. Em um pequeno número de países (Macedônia, França¹⁵⁷ e Geórgia), a presença dos símbolos religiosos é proibida em tais ambientes, enquanto em outros (Itália, Áustria, Polônia e algumas regiões administrativas da Alemanha e da Suíça) era obrigatória. Ainda, foi constatado que, em países como Espanha, Grécia, Irlanda, Malta, San Marino e Romênia, os crucifixos estão presentes em salas de aula, mas sem determinação estatal.

A Corte prosseguiu a uma análise das decisões das Supremas Cortes de alguns países membros sobre o assunto. Para a Corte da Suíça, a obrigação de exibir crucifixos em salas de aula é incompatível com a neutralidade do Estado,¹⁵⁸ sendo que decisão similar também foi proferida pela Corte Alemã.¹⁵⁹ Na Polônia, um regulamento que permitia (mas não demandava) a exibição de crucifixos em salas de aula foi tido como constitucional pela exibição não ser

157 Com exceção da Alsácia e o *département* de Moselle.

158 Cf. Corte Federal da Suíça, Julgamento de 26 de setembro de 1990 (ATF 116 1a 252).

159 Cf. Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, Julgamento de 16 de maio de 1995 (2 BvR 1436/02). Ressalva-se que a decisão não resultou na ausência de crucifixos em escolas, mas sim na possibilidade deles serem retirados em caso de queixas por parte de alunos ou pais.

obrigatória,¹⁶⁰ e, na Romênia, a Corte Superior decidiu que cada comunidade deveria decidir sobre a exibição de crucifixos em salas de aula. Por fim, a Corte Espanhola determinou que as escolas devem remover os crucifixos presentes em salas de aula se qualquer pai, mãe ou aluno assim requisitar.¹⁶¹

Procedendo à análise do caso concreto à luz do artigo 9º da CEDH e 2º do Protocolo nº 1, a Corte iniciou suas ponderações delimitando o escopo da disputa, afirmando que não se pronunciaria sobre a exibição de crucifixos em lugares que não a sala de aula, e, tampouco, sobre se seriam crucifixos compatíveis com a legislação italiana, estabelecendo o foco de sua análise somente na questão da compatibilidade de crucifixos em escolas com a CEDH. Em sede preliminar, também reiterou que o secularismo é uma convicção válida para fins de proteção convencional.

Ao estabelecer os princípios gerais que regem a aplicação dos artigos demandados, a Corte afirmou que estes impõem um dever de neutralidade e imparcialidade por parte do Estado.¹⁶² Contudo, considerando a grande diversidade europeia na abordagem do assunto, os Estados ainda possuem grande margem de apreciação ao efetuarem restrições. Em seguida, foi feita uma comparação do caso concreto com a jurisprudência relacionada ao estabelecimento do currículo escolar.¹⁶³ Nesse sentido, a Corte ressaltou que já havia determinado que este é de competência do Estado, “pois as abordagens variam de acordo com o país e a era” e que o artigo 2º do Protocolo nº 1:

(...) does not prevent States from imparting through teaching or education information or knowledge of a directly or indirectly religious or philosophical kind. It does not even permit parents to object to the integration of such teaching or education in the school curriculum.¹⁶⁴

Não obstante, a Corte ressaltou que o Estado deve se certificar de que o currículo escolar é transmitido de forma objetiva, crítica e plural, permitindo a formação de pensamento crítico em uma atmosfera calma e livre de proselitismo. Assim, reiterou o entendimento adotado pela própria Segunda Seção de que o Estado é proibido de buscar a doutrinação dos alunos, e que esse é o limite do qual os Estados não podem passar em suas regulamentações.¹⁶⁵

160 Cf. Suprema Corte da Polônia, Julgamento de 20 de abril de 1993 (no. U 12/32).

161 Cf. Suprema Corte da Espanha, Julgamento de 14 de dezembro de 2009 (no. 3250).

162 Com base, *i.a.* em Folgerø and Others v. Norway [GC], no. 15472/02, ECHR 2007-III.

163 Essencialmente, os casos Kjeldsen, Busk Madsen and Pedersen v. Denmark, 7 December 1976, §§50-3, Series A no. 23; Folgerø and Others v. Norway [GC], no. 15472/02, §84, ECHR 2007-III; Hasan and Eylem Zengin v. Turkey, no. 1448/04, §§51-2, 9 October 2007.

164 Lautsi and Others v. Italy [GC], no. 30814/06, ECHR 2011, §62.

165 Referindo-se também aos julgamentos em Kjeldsen, Busk Madsen and Pedersen v. Denmark, 7 December 1976, §53, Series A no. 23; Folgerø and Others v. Norway [GC], no. 15472/02, §84(h),

Aplicando os princípios gerais ao caso concreto, a Corte rejeitou diretamente o argumento italiano de que o crucifixo não seria um símbolo religioso e afirmou que o fato de que ele pode eventualmente ter outros significados não é relevante. Passando à discussão do efeito do símbolo nos alunos, a Corte determinou que:

There is no evidence before the Court that the display of a religious symbol on classroom walls may have an influence on pupils and so it cannot reasonably be asserted that it does or does not have an effect on young persons whose convictions are still in the process of being formed. However, it is understandable that the first applicant might see in the display of crucifixes in the classrooms of the State school formerly attended by her children a lack of respect on the State's part for her right to ensure their education and teaching in conformity with her own philosophical convictions. Be that as it may, the applicant's subjective perception is not in itself sufficient to establish a breach of Article 2 of Protocol No. 1.¹⁶⁶

Em seguida, a Corte reconheceu a presença do crucifixo em salas de aula como uma tradição italiana e que “a decisão sobre se uma tradição deve ser perpetuada encontra-se no âmbito da margem de apreciação do Estado”. Contudo, “a referência a uma tradição não deve atenuar a obrigação de um Estado parte de respeitar os direitos e liberdades consagrados na Convenção e em seus protocolos”.¹⁶⁷

Considerando que a questão do crucifixo entraria na margem de apreciação dos Estados, caberia à Corte efetuar a supervisão europeia e verificar se a margem haveria sido excedida. Nesse sentido, a CtEDH constatou que o crucifixo *en fait* dá uma visibilidade preponderante para o cristianismo no ambiente escolar, mas que isso não é razão suficiente para denotar um processo de doutrinação. Ao contrário da Segunda Seção, que classificou o crucifixo como um “símbolo externo poderoso” semelhante ao véu em *Dahlab*, *Karaduman*, *Tandogan* e *Yilmaz*, o Tribunal Pleno afirmou que:

a crucifix on a wall is an essentially passive symbol and this point is of importance in the Court's view, particularly having regard to the principle of neutrality.¹⁶⁸

Sendo um símbolo passivo, o crucifixo não teria uma influência em pupilos comparável ao discurso didático ou à participação em atividades religio-

ECHR 2007-III; Hasan and Eylem Zengin v. Turkey, no. 1448/04, §52, 9 October 2007.

166 Lautsi and Others v. Italy [GC], no. 30814/06, ECHR 2011, §66 (grifo nosso).

167 *Ibid.*, §68.

168 *Ibid.*, §72 (grifo nosso).

sas.¹⁶⁹ A Corte aparenta perceber a contradição *prima facie* de seu julgado com o entendimento expressado em *Dahlab*, de forma a argumentar que os casos são “inteiramente diferentes” pelos seguintes motivos:

the case of Dahlab concerned the measure prohibiting the applicant from wearing the Islamic headscarf while teaching, which was intended to protect the religious beliefs of the pupils and their parents and to apply the principle of denominational neutrality in schools enshrined in domestic law. After observing that the authorities had duly weighed the competing interests involved, the Court held, having regard above all to the tender age of the children for whom the applicant was responsible, that the authorities had not exceeded their margin of appreciation.¹⁷⁰

Após essa breve diferenciação, o Tribunal Pleno afirmou que a presença do crucifixo em sala de aula deve ser colocada em perspectiva com alguns elementos, quais sejam, a ausência de educação católica obrigatória e o fato da Itália ser “tolerante” com a presença de simbologia de outras religiões no ambiente escolar, permitindo, inclusive, a utilização de véu por parte das alunas.¹⁷¹ Colocou, ainda, que os requerentes não haviam alegado que a presença do crucifixo levava os professores a ensinarem de forma prosélita, e que a Sra. Lautsi era capaz de manter plenamente sua capacidade como mãe de esclarecer e aconselhar suas crianças religiosa e espiritualmente. Por todos os motivos elencados, o Tribunal Pleno concluiu que o Estado agiu dentro dos limites de sua margem de apreciação e não violou os direitos da Sra. Lautsi.

Ao analisar o caso do segundo e do terceiro requerente, Daitaico e Sami Albertin, a Corte apontou que não haveria necessidade de analisar os argumentos separadamente e que os pedidos relacionados aos artigos 9º da CEDH e 2º do Protocolo nº 1 eram todos improcedentes. O Tribunal Pleno também considerou que não seria necessário analisar em separado os argumentos dos petionários em relação ao artigo 14, que imputavam à Itália tratamento discriminatório em detrimento dos não católicos. Assim, o Tribunal Pleno concluiu que os direitos da Sra. Lautsi e seus filhos não haviam sido violados.

Alguns juízes apresentaram votos concorrentes e dissidentes à decisão. Os Juízes Rozakis e Vajic apresentaram um voto concorrente conjunto, ressaltando, *inter alia*, a importância da margem de apreciação em face da ausência de consenso europeu. Também em votos concorrentes, o Juiz Bonello criticou

169 Como ocorrera nos casos *Folgerø and Others v. Norway* [GC], no. 15472/02, ECHR 2007-III e *Hasan and Eylem Zengin v. Turkey*, no. 1448/04, 9 October 2007.

170 *Lautsi and Others v. Italy* [GC], no. 30814/06, ECHR 2011, §73 (grifo nosso).

171 Não foi feito qualquer comentário em relação à utilização de véu por parte de professoras.

fortemente a decisão da Segunda Seção, enquanto o Juiz Power propôs “correções” a tal decisão.

O único voto dissidente foi proferido pelo Juíz Malinverni acompanhado pela Juíza Kalaydjieva, com enfoque na doutrina da margem de apreciação. Em referência à própria jurisprudência da Corte, ambos apontam que a doutrina é uma “ferramenta que deve ser manejada com cuidado”, visto que sua aplicabilidade depende de uma série de fatores. Nesse sentido, argumentam não ser possível estabelecer uma ausência de consenso europeu, especialmente considerando que poucos Estados demandam a presença de crucifixos nas escolas e que as supremas cortes, em geral, não permitem esse tipo de regulamento, postura adotada até mesmo pela Corte de Cassação Italiana. Os juízes dissidentes também propuseram uma teoria de que, em caso de obrigações positivas por parte do Estado, a margem de apreciação é reduzida. Em todo caso, a aplicabilidade da margem de apreciação não exime a Corte de analisar se houve tratamento coerente com a Convenção Europeia, análise esta não efetuada pelo Tribunal em *Lautsi* na visão dos dissidentes. Eles também criticaram o fato de que o Tribunal Pleno, apesar de ter constatado e reconhecido que a Itália dá maior visibilidade ao cristianismo nas escolas, afirmou que isso não é suficiente para violar o dever de neutralidade. Os juízes de voto minoritário, *a contrario sensu*, consideram que o dever de neutralidade fora, sim, violado. Por fim, traçaram uma relação com o caso *Dahlab*, que vale aduzir na íntegra:

The presence of crucifixes in schools is capable of infringing religious freedom and schoolchildren’s right to education to a greater degree than religious apparel that, for example, a teacher might wear, such as the Islamic headscarf. In the latter example the teacher in question may invoke her own freedom of religion, which must also be taken into account, and which the State must also respect. The public authorities cannot, however, invoke such a right. From the point of view of the seriousness of the infringement of the principle of State denominational neutrality, this will accordingly be of a lesser degree where the public authorities tolerate the headscarf in schools than where they impose the presence of crucifixes.¹⁷²

3. ANÁLISE

A análise dos casos *supra* permite observar que a decisão da Segunda Seção no caso *Lautsi* havia sido coerente com os casos anteriores referentes à sim-

172 Lautsi and Others v. Italy [GC], no. 30814/06, ECHR 2011, Voto Dissidente dos Juízes Malinverni e Kalaydjieva, §6.

bologia religiosa islâmica. A Segunda Seção, inclusive, havia feito uma comparação explícita entre a situação dos requerentes em *Lautsi* e em *Dahlab*¹⁷³ e concluído pela semelhança entre *Dahlab* e os outros casos analisados.¹⁷⁴ Assim, em 2009, ainda havia coerência e consistência na jurisprudência da CtEDH sobre o assunto. Contudo, a decisão da Seção gerou grande comoção,¹⁷⁵ conforme apontado por Temperman (2012, p. 173):

Never has the Court been so actively lobbied to reverse a judgement as in *Lautsi*, with numerous religion-based organizations impressively channeling the indignation by joining forces and by mobilizing civil society, politicians and academic scholars to intervene for their cause. The Grand Chamber all too eagerly took the bait.

O autor caracterizou a reação ao caso *Lautsi* como “brilantemente orquestrada e exagerada e – é possível de dizer isso com o benefício da retrospectiva – muito bem-sucedida” (TEMPERMAN, 2012, p. 173). Nesse contexto, conforme relatado, o Tribunal Pleno reverteu o julgamento da Segunda Seção em 2011 e decidiu de forma a autorizar a exibição obrigatória do crucifixo em salas de aula italianas.

A decisão da Corte em *Dahlab* foi severamente criticada pela doutrina,¹⁷⁶ especialmente pelas suas fortes assunções em relação ao véu islâmico, à questão de gênero e à negação de agência à Sra. Dahlab.¹⁷⁷ As mesmas críticas são aplicáveis aos casos *Karaduman*, *Tandogan* e *Yilmaz*, considerando que as decisões correspondentes foram baseadas no precedente estabelecido em *Dahlab*.¹⁷⁸ O caso *Lautsi* também é alvo de severas críticas, especialmente em relação à violação do princípio do *pro homine*¹⁷⁹ e à quebra do dever de neutralidade estatal.¹⁸⁰

Contudo, o presente trabalho não se propõe a apontar as falhas e os acertos de cada decisão individualmente considerada – mister já intensamente realizado pela doutrina –, mas a analisá-las em conjunto para identificar se a utilização da doutrina da margem de apreciação gerou efeitos discriminatórios. Para isso,

173 *Lautsi v. Italy*, no. 30814/06, § 54, 3 November 2009.

174 Cf. *Karaduman and Tandogan v. Turkey*, nos. 41296/04 and 41298/04, 3 June 2008; *Yilmaz v. Turkey*, no. 29286/95, 25 September 2001, em que a CtEDH compara o caso em tela com o caso *Dahlab* e dá o mesmo provimento pelas mesmas razões.

175 Para um relato da articulação por parte de diversas organizações religiosas como os Evangélicos Americanos, o Vaticano e a Igreja Ortodoxa Russa para reverter o julgamento da Segunda Seção, cf. Annicchino (2011, pp. 213–219).

176 Cf. e.g. Evans (2006); Ringelheim (2010).

177 Cf. e.g. Brems (2001, p. 208); Smet (2012, p. 122).

178 Cf. NR nº 174.

179 O princípio do *pro homine* prevê que o Direito Internacional dos Direitos Humanos deve tomar como prioridade a proteção da pessoa humana ao interpretar um dispositivo internacional para a proteção de Direitos Humanos (MAZUOLLI e RIBEIRO, 2016, p. 5).

180 Cf. Temperman (2012).

retomar-se-á o teste formulado na Parte I (3.1) e analisar-se-á, em sequência, as semelhanças entre os casos (3.1), as diferenças de tratamento por parte da CtEDH (3.2), a busca por um fim legítimo (3.3) e a proporcionalidade (3.4).

3.1. DA DISPUTA DAS SEMELHANÇAS

Conforme apontado na Parte II (2.2), o caso *Lautsi* apresentou marcadores similares aos casos *Dahlab*, *Karaduman*, *Tandogan* e *Yilmaz*. Não obstante, o Tribunal Pleno buscou descaracterizar a semelhança entre os casos no julgamento em *Lautsi*:

(...) the case of *Dahlab* concerned the measure prohibiting the applicant from wearing the Islamic headscarf while teaching, which was intended to protect the religious beliefs of the pupils and their parents and to apply the principle of denominational neutrality in schools enshrined in domestic law. After observing that the authorities had duly weighed the competing interests involved, the Court held, having regard above all to the tender age of the children for whom the applicant was responsible, that the authorities had not exceeded their margin of appreciation.¹⁸¹

Assim, a motivação da Corte para diferenciar os casos foi a necessidade em *Dahlab* de “proteger as crenças religiosas dos alunos e de seus pais e aplicar o princípio da neutralidade denominacional em escolas consagrado na lei doméstica”, assim como considerações sobre a “tenra idade das crianças pelas quais a requerente era responsável”. Conforme apontado por LIU (2012, p. 397), “é difícil entender o porquê de o Tribunal Pleno ter sido cego ao fato de que o presente caso [*Lautsi*] não pode ser distinguido de *Dahlab*” por esses dois motivos. Em relação ao primeiro, a neutralidade também se encontra consagrada na lei italiana,¹⁸² de forma que não há diferença quanto à necessidade de se proteger a neutralidade escolar. Sobre o segundo, de fato as crianças *Lautsi* tinham 11 e 13 anos de idade, e as lecionadas pela Sra. *Dahlab*, de 4 a 8. Contudo, a obrigação de se exhibir o crucifixo em salas de aula da Itália estende-se a todas as escolas, inclusive as com alunos mais novos, abrangendo idades igualmente tenras.

Descartando-se as supostas diferenciações feitas pela Corte, defende-se, ainda, que o crucifixo e o véu, embora símbolos diferentes pertencentes a distintas religiões, possuem significativa semelhança. Ambos são meios de manifestar visivelmente a identidade religiosa do adepto em um contexto público

181 Lautsi and Others v. Italy [GC], no. 30814/06, ECHR 2011, §73.

182 Conforme constatado no Julgamento nº 508 de 20 de novembro de 2000 da Corte Constitucional Italiana.

(IPGRAVE, 2007, p. 172), o que também se aplica ao Estado.¹⁸³ Essa semelhança é reforçada pelo fato de que a Suíça, que não permitiu a Sra. Dahlab utilizar o véu na sala de aula, também condenou a presença de crucifixos em suas salas de aula.¹⁸⁴

Reconhecidamente, os casos analisados não são idênticos. Contudo, os únicos elementos que poderiam justificar uma diferenciação, quais sejam: o poder de doutrinação apresentado pelos símbolos (3.1.1), o conflito de direitos identificado no caso *Dahlab* – assim como nos subsequentes que o tomaram como precedente – que é inexistente no caso *Lautsi* (3.1.2) e a caracterização do islamismo como religião minoritária na Europa (3.1.3) apontam para uma restrição da exibição de simbologia em *Lautsi* e autorização em *Dahlab*, *Karaduman*, *Tandogan e Yilmaz*, de forma contrária aos respectivos provimentos dados pela Corte.

3.1.1. DO PODER DE DOCTRINAÇÃO APRESENTADO PELOS SÍMBOLOS

Primeiramente, ressalta-se que há grande diferença entre um símbolo exibido pelo Estado e por uma professora no que tange ao poder de doutrinação que eles apresentam. A Corte, inclusive, já consolidou jurisprudência no sentido de que pode haver doutrinação imprópria em casos em que o agente ativo está em uma posição de autoridade e em que o agente passivo não pode se retirar da situação (HAERTEL, 2017, p. 104). Em *Dahlab*, a autoridade e a influência que professores supostamente teriam sobre seus alunos constituiu motivo suficiente para a proibição da utilização do véu islâmico por parte da requerente. Contudo, não é comprovado cientificamente que professores possuem tamanha influência nas escolhas religiosas de seus pupilos (SMET, 2012, p. 113) e, em todo caso, o Estado possui muito mais autoridade sobre cada um dos cidadãos sob sua jurisdição do que uma professora sobre seus alunos.

183 Por exemplo, o Tribunal Constitucional Federal Alemão constatou que o Estado também expressa suas próprias crenças por meio da simbologia religiosa quando analisada a questão dos crucifixos na sala de aula. Cf. Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, Julgamento de 16 de maio de 1995 (BVerfGE 93,1).

184 “[T]he state, as guarantor of the religion of the school, cannot avail itself (...) of the faculty to manifest in any circumstances, in the teaching framework, its attachment to one religion. It must avoid identifying itself with a religion, whether of the majority or a minority, thereby prejudging the convictions of citizens of different religions. It is therefore understandable that those who attend public schools sees in the exposure of such symbol the intention to refer to Christian religious conceptions in teachings or to place teaching under the influence of such religion. It is not excluded that some people might feel violated in their religious convictions by the constant presence in the school of a symbol of a religion to which they do not belong. This can have not indifferent consequences, mainly on the spiritual evolution of the students and on their religious convictions – that are those of the parents – and in which they are meanwhile educated at school (...). Cf. Corte Federal da Suíça, Julgamento de 26 de setembro de 1990 (ATF 116 1a 252) §7b.

Ainda, há a questão da possibilidade de abandono da interação, que foi fundamental para a proibição da exibição no caso *Dahlab*. Foi afirmado no §45 que o direito de não ser perturbado em suas crenças “merece proteção especial caso seja o Estado que esteja expressando uma crença e se os divergentes estejam colocados em uma situação da qual eles não podem se extrair sem esforços desproporcionais e atos de sacrifício”. Tal entendimento é consistente na jurisprudência da Corte, conforme afirmado em outro trabalho (HAERTEL, 2017, p. 103):¹⁸⁵

In case of a so called “captive audience” – when simply leaving the speaker is not possible – even an apparently harmless speech becomes a form of coercion and improper proselytism. This happens when the target is either unable to leave a determined place or there is a good incentive to be in a good relation to the source.

Embora o local seja o mesmo para ambos os casos, isto é, a sala de aula, a Sra. Lautsi queixava-se do fato de não apenas a sala de aula em que seus filhos estudavam, mas todas as salas de aula no país obrigatoriamente deveriam possuir um crucifixo afixado. Assim, soluções como mudar de escola, mudar de professores ou até mesmo mudar de cidade não são possíveis em *Lautsi*, mas perfeitamente aplicáveis em *Dahlab*, *Karaduman*, *Tandogan e Yilmaz*, todos dizendo respeito a uma professora individualmente considerada em apenas uma sala de aula em que diversos professores lecionam.

Considerando que a Corte reiterou, inclusive no julgamento pelo Tribunal Pleno em *Lautsi*,¹⁸⁶ que a doutrinação é o limite do qual o Estado não pode passar (§69), e que esta é muito mais presente em *Lautsi* do que em *Dahlab*, *Karaduman*, *Tandogan e Yilmaz*, tal diferença justificaria uma restrição da exibição do crucifixo em *Lautsi* – mas jamais nos casos de professoras portando o véu islâmico.

3.1.2. DA PRESENÇA DE UM CONFLITO DE DIREITOS

Outra diferença relativa ao fato de que, em *Lautsi*, o símbolo foi exibido pelo Estado, enquanto em *Dahlab*, *Karaduman*, *Tandogan e Yilmaz* o foi por um indivíduo é que, enquanto os indivíduos possuem o direito à manifestação de suas crenças (assegurado, *e.g.* no artigo 9º da CEDH), o Estado não possui direito similar (TEMPERMAN, 2012, p. 158). Nesse sentido, seria muito mais justificada a manutenção da simbologia religiosa nos casos referentes ao véu,

¹⁸⁵ Citando Stahnke (1999).

¹⁸⁶ Referindo-se aos julgamentos em *Kjeldsen, Busk Madsen and Pedersen v. Denmark*, 7 December 1976, §53, Series A no. 23; *Folgerø and Others v. Norway* [GC], no. 15472/02, §84(h), ECHR 2007-III; *Hasan and Eylem Zengin v. Turkey*, no. 1448/04, §52, 9 October 2007.

visto que se trata de um conflito entre o direito de professoras de manifestarem suas crenças e o direito de alunos a uma educação religiosamente neutra (consagrado no artigo 2º do Protocolo nº 1). Em caso de conflito entre direitos, a medida conciliatória do Estado necessariamente se configura como uma restrição e, portanto, deve passar pelo teste tripartite sobre a violação de direitos,¹⁸⁷ de forma que “uma necessidade puramente teórica de se interferir com direitos fundamentais não pode ser considerada legítima” (TEMPERMAN, 2012, p. 158).

Não há conflito semelhante em *Lautsi*, pois Estados não possuem direitos consagrados na CEDH, restando apenas a ser preservado o direito dos alunos a uma educação religiosamente neutra. Tal ponto foi inclusive levantado pelo Juiz Malinverni em seu voto dissidente acompanhado pela Juíza Kalaydjieva:

The presence of crucifixes in schools is capable of infringing religious freedom and schoolchildren’s right to education to a greater degree than religious apparel that, for example, a teacher might wear, such as the Islamic headscarf. In the latter example the teacher in question may invoke her own freedom of religion, which must also be taken into account, and which the State must also respect. The public authorities cannot, however, invoke such a right.¹⁸⁸

Similarmente, decidiu o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha:

Im Hinblick auf die Wirkung religiöser Ausdrucksmittel ist danach zu unterscheiden, ob das in Frage stehende Zeichen auf Veranlassung der Schulbehörde oder aufgrund eigener Entscheidung von einer einzelnen Lehrkraft verwendet wird, die hierfür das individuelle Freiheitsrecht des Art. 4 Abs. 1 und 2 GG in Anspruch nehmen kann. Duldet der Staat in der Schule eine Bekleidung von Lehrern, die diese aufgrund individueller Entscheidung tragen und die als religiös motiviert zu deuten ist, so kann dies mit einer staatlichen Anordnung, religiöse Symbole in der Schule anzubringen, nicht gleichgesetzt werden (...)¹⁸⁹

187 Cf. NR nº 140.

188 *Lautsi and Others v. Italy* [GC], no. 30814/06, ECHR 2011, Voto Dissidente dos Juizes Malinverni e Kalaydjieva, §6.

189 “No que diz respeito ao efeito dos meios de expressão religiosos, é necessário distinguir se o símbolo em questão é usado por instigação da autoridade escolar ou com base na decisão pessoal de um único professor; tal professor pode se valer do direito individual de liberdade nos Artigos 4.1 e 4.2 da Lei Básica. Se o estado tolera professores usando roupas que eles usam em razão de uma decisão pessoal e que podem ser interpretados como religiosos na escola, isso não pode ser tratado da mesma forma que uma ordem estatal para anexar símbolos religiosos na escola (tradução nossa). Cf. Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, Julgamento de 16 de maio de 1995 (2 BvR 1436/02) §54.

Nesse sentido, a única razão que poderia justificar a exibição por parte do Estado de simbologia religiosa é a sua tradição,¹⁹⁰ mas tradições em si não se configuram como justificativas válidas para se restringir direitos humanos – especialmente em casos de discriminação relacionados ao exercício da liberdade religiosa.¹⁹¹

3.1.3. DA DIFERENÇA DA QUANTIDADE DE ADEPTOS DE CADA RELIGIÃO

Foi apontada pela doutrina,¹⁹² em *amici curiae*¹⁹³ e por juízes concorrentes¹⁹⁴ outra suposta diferença entre o caso *Dablab* e subsequentes e o caso *Lautsi*. Trata-se do entendimento de que, considerando o contexto predominantemente católico da Europa, a exibição de um crucifixo não teria o mesmo efeito e significado que a de um véu. Alegou-se ainda que, vez que o cristianismo permeia a história e a cultura europeias, sua expressão no espaço público não seria problemática (LIU, 2012, p. 388). Isso porque os símbolos católicos, como o crucifixo, teriam sido “secularizados” com o tempo e desprovidos de conotações religiosas (LIU, 2012, p. 392). A Itália se utilizou de tal argumento tanto perante a Seção como perante o Tribunal Pleno.

Obras específicas já descaracterizaram esse processo de secularização,¹⁹⁵ sendo que até mesmo o Tribunal Pleno afirmou que o crucifixo é um símbolo essencialmente religioso. Contudo, é imprescindível ressaltar que, no Direito Internacional dos Direitos Humanos, é concedida maior proteção a grupos minoritários (CDH-ONU, 1994, §6.1), e não menor, como tal argumento parece sugerir. Não cabe a defesa majorada dos valores cristãos, pois tal endosso por parte do Tribunal Pleno “ameaça os princípios que ele mesmo deve defender” (LIU, 2012, p. 400).¹⁹⁶

3.2. DA DIFERENÇA DE TRATAMENTO

Para a configuração de tratamento discriminatório devido ao uso generalizado da doutrina da margem de apreciação, não basta apenas apontar que os provimentos foram dados em situações similares, mas que a Corte de fato decidiu de forma diferente. Tais diferenças se verificaram na inversão do ônus

190 Argumento inclusive utilizado pela Itália perante o Tribunal Pleno em *Lautsi*.

191 Cf. CDH-ONU (1993, §8).

192 Cf. *e.g.* McGoldrick (2011, p. 463).

193 Cf. *e.g.* *Amicus Curiae* apresentado pelo Principado de Mônaco em *Lautsi* (2011).

194 Cf. *e.g.* Opinião Dissidente do Juiz Bonello em *Lautsi* (2011).

195 Cf. Mancini (2009, p. 2630).

196 A conceitualização do papel contramajoritário da defesa internacional dos direitos humanos será aprofundado na Parte III (3.3.3).

da prova realizada pela CtEDH entre os casos (3.2.1) e no juízo de valor feito sobre cada um dos símbolos (3.2.2).

3.2.1. DA INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA

Ao analisar o poder que o símbolo religioso teria em *Dahlab*, a Corte afirmou que:

The Court accepts that it is very difficult to assess the impact that a powerful external symbol such as the wearing of a headscarf may have on the freedom of conscience and religion of very young children. The applicant's pupils were aged between four and eight, an age at which children wonder about many things and are also more easily influenced than older pupils. In those circumstances, it cannot be denied outright that the wearing of a headscarf might have some kind of proselytising effect, seeing that it appears to be imposed on women by a precept which is laid down in the Koran (...)¹⁹⁷

Assim, foi feita uma presunção de que símbolos religiosos teriam influência em alunos, cabendo, assim, à requerente provar o contrário. Transcreve-se, agora, o tratamento dado pelo Tribunal Pleno ao símbolo em *Lautsi*:

There is no evidence before the Court that the display of a religious symbol on classroom walls may have an influence on pupils and so it cannot reasonably be asserted that it does or does not have an effect on young persons whose convictions are still in the process of being formed. However, it is understandable that the first applicant might see in the display of crucifixes in the classrooms of the state school formerly attended by her children a lack of respect on the state's part for her right to ensure their education and teaching in conformity with her own philosophical convictions. Be that as it may, the applicant's subjective perception is not in itself sufficient to establish a breach of Article 2 of Protocol No. 1.¹⁹⁸

Furthermore, a crucifix on a wall is an essentially passive symbol and this point is of importance in the Court's view, particularly having regard to the principle of neutrality (...). It cannot be deemed to have an influence on pupils comparable to that of didactic speech or participation in religious activities (...).¹⁹⁹

Do excerto, observa-se que a Corte, apesar de reconhecer que o cristianismo possui “preponderante visibilidade” no contexto do ensino italiano, constatou

197 Dahlab v. Switzerland (dec.), no. 42393/98, ECHR 2001-V (grifo nosso).

198 Lautsi and Others v. Italy [GC], no. 30814/06, ECHR 2011, §66 (grifo nosso).

199 *Ibid.*, §72 (grifo nosso)

que o crucifixo é “essencialmente um símbolo passivo” que não teria uma influência comparável a discurso didático ou participação em atividades religiosas.

Contudo, tal argumento não deve prosperar. De fato, tais ações representam violações ainda maiores da neutralidade do sistema de ensino, mas isso não significa que violações mais amenas deixem de se configurar como violações (LIU, 2012, p. 399).²⁰⁰ Já era consolidado na jurisprudência da CtEDH que a mera exposição a um símbolo também poderia violar a neutralidade, de forma que alegar que a situação em *Lautsi* é menos gravosa que discursos ou participações em atividades de cunho religioso não justifica a caracterização de um símbolo como ativo e o outro como passivo – especialmente considerando que, conforme apontado em 3.1.1, o crucifixo italiano tem maior efeito doutrinator que o véu das professoras.

Nesse sentido, observa-se que a Corte considerou que, na ausência de prova contrária, pode-se assumir que o crucifixo não possui efeitos adversos aos alunos, enquanto, na ausência de prova contrária, presume-se que o véu islâmico tem efeitos deletérios nos alunos (TEMPERMAN, 2012, p. 155 ff.). Assim, a caracterização efetuada pela CtEDH em *Dahlab, Karaduman, Tandogan e Yilmaz* culminou em uma verdadeira inversão do ônus de prova.

Ainda, foi levantado em *Lautsi* que os requerentes não haviam alegado que a presença do crucifixo levava os professores a ensinarem de forma prosélita, e que Sra. Lautsi era capaz de manter plenamente sua capacidade como mãe de esclarecer e aconselhar suas crianças religiosa e espiritualmente. Contudo, a Corte ignorou que nos casos *Dahlab, Karaduman, Tandogan e Yilmaz* as professoras tampouco foram acusadas de ensinar de forma prosélita, e nada indica que os pais dos alunos perderam sua capacidade de esclarecer e aconselhar suas crianças. Ressalta-se que não haviam sido registradas quaisquer queixas contra as professoras.²⁰¹

Além da patente utilização de dois pesos e duas medidas, requerer que a petionária em *Lautsi* conseguisse comprovar perante a CtEDH os efeitos deletérios da exibição de simbologia contrária à sua crença é, em si, questionável. Em casos de restrição a direitos convencionais efetuadas pelo Estado, cabe a este comprovar que havia possibilidade de intervenção estatal e que a restrição foi adequada²⁰² com base em exemplos concretos e não em alegações abstratas (PANARA, 2012, p. 324).²⁰³

200 Especialmente considerando que símbolos também são uma forma de expressão como o discurso (LIU, 2012, p. 399).

201 Cf. Parte III (1.2).

202 Mediante aplicação do teste tripartite para a restrição de direitos. Cf. NR n° 147.

203 Cf. *Smith and Grady v. the United Kingdom*, nos. 33985/96 and 33986/96, § 89, ECHR 1999-VI.

3.2.2. DO JULGAMENTO DE VALOR SOBRE OS SÍMBOLOS

A jurisprudência da Corte reiteradamente estabeleceu um dever de imparcialidade e neutralidade do Estado em face de diferentes religiões e crenças,²⁰⁴ tendo, inclusive, já consolidado que tal dever é incompatível com a avaliação por parte do Estado da legitimidade de crenças ou a maneira em que elas são expressadas.²⁰⁵ Coerentemente, em *Lautsi*, a Corte se absteve de fazer ponderações sobre o significado do crucifixo para além de seu caráter religioso:

The Court further considers that the crucifix is above all a religious symbol. The domestic courts came to the same conclusion and in any event the Government have not contested this. The question whether the crucifix is charged with any other meaning beyond its religious symbolism is not decisive at this stage of the Court's reasoning.²⁰⁶

Contrariamente, em *Dahlab*, a CtEDH efetuou uma verdadeira exegese do significado do véu islâmico, atribuindo-lhe, inclusive, características negativas:

(...) it cannot be denied outright that the wearing of a headscarf might have some kind of proselytising effect, seeing that it appears to be imposed on women by a precept which is laid down in the Koran and which, as the Federal Court noted, is hard to square with the principle of gender equality. It therefore appears difficult to reconcile the wearing of an Islamic headscarf with the message of tolerance, respect for others and, above all, equality and non-discrimination that all teachers in a democratic society must convey to their pupils.²⁰⁷

Observa-se que a Corte afirmou que o véu islâmico se configura como uma imposição e que é difícil conciliá-lo com o princípio da igualdade de gênero, com a tolerância, o respeito ao próximo e com o direito à não discriminação sem mesmo explorar o conteúdo de tais princípios. Tal visão não é justificada, visto que nunca foi alegado que as Sras. Dahlab, Karaduman, Tandogan e Yilmaz portavam o véu de forma a contrariar tais princípios (DEMBOUR, 2006, p. 212-213). Mulheres portam o véu islâmico por uma série de motivos, entre eles, para afirmar sua identidade cultural ou religiosa, para expressar resistência ao processo de “ocidentalização” de suas culturas ou para evitar ob-

204 Cf. *e.g.* Hasan and Eylem Zengin v. Turkey, no. 1448/04, §§51-2, 9 October 2007; Manoussakis and Others v. Greece, 26 September 1996, Reports of Judgments and Decisions 1996-IV; Refah Partisi (the Welfare Party) and Others v. Turkey [GC], nos. 41340/98 and 3 others, ECHR 2003-II.

205 Cf. Manoussakis and Others v. Greece, 26 September 1996, § 47, Reports of Judgments and Decisions 1996-IV; Refah Partisi (the Welfare Party) and Others v. Turkey [GC], nos. 41340/98 and 3 others, § 91, ECHR 2003-II; Hasan and Eylem Zengin v. Turkey, no. 1448/04, § 54, 9 October 2007.

206 Lautsi and Others v. Italy [GC], no. 30814/06, ECHR 2011, §66 (grifo nosso).

207 Dahlab v. Switzerland (dec.), no. 42393/98, ECHR 2001-V (grifo nosso).

jetificação sexual (DEMBOUR, 2006, p. 212-213), conforme ressaltado pela Juíza Tulkens em seu voto dissidente em *Leyla Sahin vs. Turquia*:

Merely wearing the headscarf cannot be associated with fundamentalism and it is vital to distinguish between those who wear the headscarf and “extremists” who seek to impose the headscarf as they do other religious symbols. Not all women who wear the headscarf are fundamentalists and there is nothing to suggest that the applicant held fundamentalist views. (...) The applicant’s personal interest in exercising the right to freedom of religion and to manifest her religion by an external symbol cannot be wholly absorbed by the public interest in fighting extremism. Turning to equality, the majority [of the judges] focus on the protection of women’s rights and the principle of sexual equality (...). Wearing the headscarf is considered on the contrary to be synonymous with the alienation of women. The ban on wearing the headscarf is therefore seen as promoting equality between men and women. However, what, in fact, is the connection between the ban and sexual equality? The judgment does not say. Indeed, what is the signification of wearing the headscarf? As the German Constitutional Court noted (...), wearing the headscarf has no single meaning; it is a practice that is engaged in for a variety of reasons. It does not necessarily symbolise the submission of women to men and there are those who maintain that, in certain cases, it can even be a means of emancipating women. What is lacking in this debate is the opinion of women, both those who wear the headscarf and those who choose not to. (...) It is not the Court’s role to make an appraisal of this type – in this instance a unilateral and negative one – of a religion or religious practice, just as it is not its role to determine in a general and abstract way the signification of wearing the headscarf or to impose its viewpoint on the applicant.²⁰⁸

Nos casos em tela, a Corte demonstrou desconhecimento dos diferentes significados do véu e, apesar de já ter consolidado o dever dos Estados de não efetuarem valorações sobre a legitimidade de crenças e ações religiosamente motivadas, fez exatamente isso, colocando um símbolo islâmico como necessariamente contrário a conceitos como direitos humanos e democracia. Assim, foram demonstradas as diferenças no tratamento que a Corte reservou ao cruxifixo e ao véu islâmico.

3.3. DO FIM LEGÍTIMO

Quando da decisão do Tribunal Pleno em *Lautsi*, a Corte renunciou à possibilidade de manter uma jurisprudência coerente em relação à exibição de

208 Leyla Sahin v. Turkey [GC], no. 44774/98, ECHR 2005-XI (grifo nosso).

simbologia religiosa em escolas ao reverter a decisão da Segunda Seção, que estava alinhada com os casos *Dablab*, *Karaduman*, *Tandogan* e *Yilmaz*. A doutrina da margem de apreciação, ausente no julgamento da Segunda Seção e notadamente presente na decisão do Tribunal Pleno,²⁰⁹ foi a justificativa utilizada por este para justificar o provimento final em *Lautsi*. Assim, na presente seção, será analisada a legitimidade da aplicação da doutrina da margem de apreciação aos casos.

Defensores da doutrina da margem de apreciação alegam que ela possui um fim legítimo: a defesa da própria legitimidade da Corte, colocando que “os julgamentos da Corte são efetivos se eles forem coerentes com os sistemas legais nacionais”, e que “o sucesso da CtEDH depende da sua capacidade de estabelecer relações sinérgicas com os judiciários nacionais” (HELPER, 2008, p. 125). Para eles, a margem de apreciação e o respeito ao consenso europeu gerariam um entendimento comum sobre direitos humanos na interpretação da CEDH, substituindo o aspecto contencioso do Sistema por uma lógica de cooperação (DZEHTSIAROU, 2015, p. 122). Nesse sentido, aponta Macdonald (1997, p. 123):

The margin of appreciation gives the flexibility needed to avoid damaging confrontations between the Court and contracting States over their respective spheres of authority and enables the Court to balance the sovereignty of Contracting Parties with their obligations under the Convention.

A CtEDH aparenta ter considerado tal argumentação, visto que foi fortemente pressionada pela sociedade civil e pelos Estados partes para reverter seu julgamento.²¹⁰ Alguns Estados, inclusive, ameaçaram denunciar a CEDH caso fosse estabelecido que o artigo 9º implicaria em uma obrigação de remover símbolos religiosos de escolas.²¹¹ Assim, por meio da margem de apreciação, renunciou seu papel de protetora de direitos humanos em um assunto sensível para evitar conflitos com os Estados (PANARA, 2012, p. 325).

Contudo, defender-se-á que a aplicação desmedida da doutrina da margem de apreciação pode acabar por ter o efeito reverso e deslegitimar a Corte, devido a um processo de autodeslegitimação (3.3.1), a inconsistência jurisprudencial gerada pela aplicação da margem de apreciação (3.3.2), a nature-

209 Assim como em todas as outras decisões que compuseram a amostra jurisprudencial composta e analisada na Parte II.

210 Cf. NR nº 175.

211 Cf. *Amicus Curiae* dos Governos da Bulgária, Chipre, Rússia, Grécia, Lituânia, Malta e San Marino; do Governo de Mônaco; do Governo da Romênia; e de 33 membros do Parlamento Europeu.

za contramajoritária da proteção internacional de direitos humanos (3.3.3) e o fornecimento de substrato para alegações contra a CtEDH acusando-a de proferir julgamentos com contornos discriminatórios (3.3.4).

3.3.1. DO PROCESSO DE AUTODESLEGITIMAÇÃO DA CtEDH

A legitimidade da CtEDH é afetada pelo próprio tribunal quando da aplicação da doutrina da margem de apreciação, visto que ela presume, conforme brocardo reiterado pela Corte, que “as autoridades nacionais competentes encontram-se melhor posicionadas que a Corte Europeia para avaliar a questão e, portanto, deve ser concedida [aos Estados] uma grande margem de apreciação”.²¹² Assim, ao aplicar a margem de apreciação a virtualmente todos os seus casos, a Corte constantemente nega sua própria aptidão para decidir sobre diversas questões referentes ao Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Tal fórmula deriva de uma interpretação equivocada do princípio da subsidiariedade que norteia o Direito Internacional dos Direitos Humanos. Ao passo em que tal princípio permite aos Estados remediarem as violações de direitos humanos ocorridas sob sua jurisdição antes que as cortes internacionais o façam, “não implica em reduzir ou restringir a competência dos órgãos internacionais na avaliação de eventuais violações de direitos humanos” (CARVALHO RAMOS, 2016, p. 159). Assim, a negação pertinaz de sua própria capacidade e autoridade deslegitima a Corte em seu papel de guardião dos Direitos Humanos no contexto europeu.

3.3.2. DA DESLEGITIMAÇÃO DA CtEDH POR INCONSISTÊNCIAS JURISPRUDENCIAIS

A aplicação generalizada e irrefletida da doutrina da margem de apreciação gera uma miríade de decisões inconsistentes e desmotivadas pela CtEDH. Tal fenômeno se verifica em relação ao tamanho da margem de apreciação a ser concedida aos Estados em diferentes situações, a diferenças gritantes entre as decisões de suas diferentes instâncias e a obtenção pelos requerentes de diferentes provimentos em casos similares de forma injustificada.

Em relação às inconsistências relacionadas ao tamanho da margem de apreciação concedida aos Estados, estudos empíricos demonstram que a Corte

212 Cf. *i.a.* Tolstoy Miloslavsky v. the United Kingdom, 13 July 1995, § 48, Series A no. 316-B; Stec and Others v. the United Kingdom (dec.) [GC], nos. 65731/01 and 65900/01, ECHR 2005-X; Independent News and Media and Independent Newspapers Ireland Limited v. Ireland, no. 55120/00, ECHR 2005-V; Andrlle v. the Czech Republic, no. 6268/08, 17 February 2011; Armonien v. Lithuania, no. 36919/02, 25 November 2008; Biriuk v. Lithuania, no. 23373/03, 25 November 2008.

raramente expressa o tamanho da margem de apreciação que ela aplica aos casos concretos (KRATOCHVIL, 2011, p. 340). Tal aplicação vaga e desmotivada resulta na imprevisibilidade jurisprudencial e compromete a segurança jurídica no continente.²¹³ Conforme apontam Gross e Ní Aoláin (2001, p. 635):

In resorting to the margin of appreciation doctrine the Court has frequently been satisfied with making a laconic mention of the doctrine without further explanation of the way it was applied to the particular circumstances of the case at hand.

Ainda, embora a Corte tenha estabelecido certos critérios para a aplicação da margem de apreciação,²¹⁴ estes raramente são utilizados (KRATOCHVIL, 2011, p. 340) – e não o foram no caso *Lautsi*, conforme apontado pelos juízes dissidentes:

Whilst the doctrine of the margin of appreciation may be useful, or indeed convenient, it is a tool that needs to be handled with care because the scope of that margin will depend on a great many factors: the right in issue, the seriousness of the infringement, the existence of a European consensus, etc. The Court has thus affirmed that “the scope of this margin of appreciation is not identical in each case but will vary according to the context. Relevant factors include the nature of the Convention right in issue, its importance for the individual and the nature of the activities concerned”. The proper application of this theory will thus depend on the importance to be attached to each of these various factors. (...) In the present case it is by relying mainly on the lack of any European consensus that the Grand Chamber has allowed itself to invoke the doctrine of the margin of appreciation (...). In that connection I would observe that, besides Italy, it is in only a very limited number of member States of the Council of Europe (...) that there is express provision for the presence of religious symbols in State schools. In the vast majority of the member States the question is not specifically regulated. On that basis I find it difficult, in such circumstances, to draw definite conclusions regarding a European consensus.²¹⁵

Ocorrem também grandes inconsistências em relação às decisões de diferentes instâncias devido a diferentes importâncias atribuídas à doutrina da margem de apreciação. Considerando que poucos dos casos submetidos à Corte chegam ao Tribunal Pleno, é fundamental para a legitimidade da Corte que

213 Valores estes considerados pela própria CtEDH como fundamentais para o funcionamento de um sistema jurídico. Cf. e.g. *Sergey Zolotukhin v. Russia* [GC], no. 14939/03, § 79, ECHR 2009.

214 Cf. Parte I (2).

215 *Lautsi and Others v. Italy* [GC], no. 30814/06, ECHR 2011, Voto Dissidente dos Juízes Malinverni e Kalaydjieva, §1 (grifo nosso).

as decisões das Seções e dos Comitês sejam consideradas acertadas e justas, de forma a prevenir inadimplência Estatal. Contudo, uma reviravolta completa no entendimento da Corte sobre o assunto (de uma decisão unânime em um sentido a uma balizada em uma preponderante maioria no sentido oposto em menos de dois anos como no caso *Lautsi*) coloca em xeque a legitimidade da Corte (ANDREESCU e ANDREESCU, 2011, p. 207).

Ainda, a margem de apreciação compromete a legitimidade da Corte por permitir provimentos em direções opostas para casos significativamente similares, como observado entre os casos *Lautsi*, *Dahlab*, *Karaduman*, *Tandogan* e *Yilmaz*.

As consequências desses três tipos de inconsistências comprometem a legitimidade da Corte ao levantarem preocupações sobre um viés favorável a grupos majoritários e suscitarem questionamentos sobre a aptidão da Corte para exercer seu papel de guardião dos direitos humanos no contexto europeu (BENVENISTI, 1999, p. 844).

Ainda, inconsistências na jurisprudência acabam por deslegitimar a Corte também em relação à sua efetividade. Uma das principais críticas feitas ao Sistema Europeu é a grande quantidade de casos pendentes e a incapacidade de processar todos os casos que recebe.²¹⁶ Considerando que, em casos em que já há consistência jurisprudencial, o Comitê (formado por apenas três juízes) pode proferir decisão irrecorrível, a consolidação de uma jurisprudência coerente levaria à maior efetividade da Corte. Contudo, aplicações desmedidas da margem de apreciação continuam a gerar conflitos jurisprudenciais – precisamente como observável no caso *Lautsi* –, de forma a impedir tal otimização do processo e o conseqüente aumento da legitimidade da Corte.

3.3.3. DA INCOMPATIBILIDADE DA DOCTRINA DA MARGEM DE Apreciação COM A NATUREZA CONTRAMAJORITÁRIA E UNIVERSALISTA DA PROTEÇÃO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS

A doutrina da margem de apreciação e do consenso europeu se baseia na crença, à época da criação do sistema, de que os direitos humanos são “parte integrante do patrimônio jurídico dos Estados Europeus Ocidentais” (CARVALHO RAMOS, 2016, p. 185). Assim, havia grande confiança nos países, pois Estados democráticos não deixariam de proteger direitos humanos (CARVALHO RAMOS, 2016, p. 185). Contudo, tal crença não se verificou na realidade.

216 Apenas em setembro de 2008, havia 100.000 aplicações pendentes. Em média, a Corte recebe cerca de 2.300 petições por mês, enquanto processa uma média de 1.500 no mesmo período. Cf. Advisory Committee on Issues of Public International Law (2008, p. 75).

Em um sistema democrático, as leis e as políticas públicas são formuladas de forma a respeitar as ambições e os desejos das maiorias e, por isso, as minorias tendem a depender do sistema judicial para garantir seus direitos (BENVENISTI, 1999, p. 848). Contudo, o processo judicial nacional também é predominantemente dominado por juízes que representam a vontade da maioria, restando novamente prejudicada a defesa dos direitos das minorias (BENVENISTI, 1999, p. 848). Conforme apontado por Dunn (2006, p. 149):

Even as an idea (let alone as a practical expedient) [democracy] wholly fails to ensure any regular and reassuring relation to just outcomes over any issue at all. As a structure of rule, within any actual society at any time, it makes it overwhelmingly probable that many particular outcomes will turn out flagrantly unjust. The idea of justice and the idea of democracy fit very precariously together.

Nesse sentido, resta aos sistemas internacionais o papel de última garantia na preservação dos direitos de grupos minoritários, o que lhes garante seu aspecto contramajoritário (CARVALHO RAMOS, 2016, p. 186). Ainda, possuem um ideal universalista, que “será mais uma palavra ao vento caso não seja possível o acesso às instâncias internacionais, para (...) questionar as interpretações nacionais majoritárias dos tribunais domésticos que tenham violado direitos humanos” (CARVALHO RAMOS, 2016, p. 186).

Tal concepção contramajoritária e universalista da proteção internacional de direitos humanos vai de encontro com a noção da margem de apreciação. Isso levou outras instâncias internacionais, como a Corte Interamericana de Direitos Humanos, a não adotar tal doutrina (CARVALHO RAMOS, 2016, p. 186) – ao menos não de forma tão pronunciada e explícita.²¹⁷ Conforme apontado pela CtIDH:

the alleged lack of consensus in some countries regarding full respect for the rights of sexual minorities cannot be considered a valid argument to deny or restrict their human rights or to perpetuate and reproduce the historical and structural discrimination that these minorities have suffered. The fact that this is a controversial issue in some sectors and countries, and that it is not necessarily a matter of consensus, cannot lead this Court to abstain from issuing a decision, since in doing so it must refer solely and exclusively to the stipulations of the international

217 Ressalva-se que, em casos específicos e esparsos, a Corte Africana e o CDH-ONU mencionaram as particularidades nacionais de cada país, mas sem utilizá-las da mesma forma que a CtEDH. Cf. CDH-ONU, *Shirin Aumeeruddy-Cziffra and 19 other Mauritian women v. Mauritius*, Communication No R.9/35 (2 May 1978), UN Doc. Supp. No 40 (A/36/40) at 134 (1981), §9.2(b)2(ii); *CADHP, Constitutional Rights Project and another v. Nigeria*, Communication No 43/95 and 150/96 (1999), §26.

obligations arising from a sovereign decision by the States to adhere to the American Convention.²¹⁸

Nesse sentido, aponta Fico (2016, p. 105):

a aplicação do conceito de Consenso pela Corte Interamericana se fez em poucos casos, e (...) só se deu no sentido de garantir mais direitos (como no caso da fertilização *in vitro*), nunca sendo usada para impedir que a interpretação de um direito evoluísse, como fez a Corte Europeia, por exemplo, em *Schalk and Kopf*

A margem de apreciação não escapou de críticas oriundas dos próprios juízes da CtEDH:

I believe that it is high time for the Court to banish that concept [of margin of appreciation] from its reasoning. It has already delayed too long in abandoning this hackneyed phrase and recanting the relativism it implies. (...) where human rights are concerned, there is no room for a margin of appreciation which would enable the States to decide what is acceptable and what is not. On that subject, the boundary not to be overstepped must be as clear and precise as possible. It is for the Court, not each State individually, to decide that issue, and the Court's views must apply to everyone within the jurisdiction of each State.²¹⁹

I have some misgivings about this doctrine because historically and I do not mean necessarily in the last 50 years – I rather mean 70 or 100 years – the consensus of States has been the reason for grave injustices that have been committed. I find it difficult to always rely on this consensus.²²⁰

In my opinion, this caution [related to the application of the margin of appreciation doctrine] is in principle not consistent with the Court's mission to protect the individual against the collectivity and to do so by elaborating common standards (...). Caution is indeed called for, but in another direction: if a collectivity oppresses an individual because it does not want to recognise societal changes, the Court should take great care not to yield too readily to arguments based on a country's cultural and historical particularities.²²¹

Tais críticas tornam-se ainda mais vocais no que tange à aplicação de tais métodos interpretativos a conflitos envolvendo direitos de minorias (BENVENISTI, 1999, p. 851), o que configura, para Carvalho Ramos (2016,

218 CtIDH, Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile, 24 de fevereiro de 2012, §75.

219 Opinião dissidente do Juiz De Meyer em *Z v. Finland*, 25 February 1997, Reports of Judgments and Decisions 1997-I.

220 Entrevista com um juiz anônimo da CtEDH, *apud* Dzehtsiarou (2015).

221 Opinião dissidente do Juiz Martens em *Cossey v. the United Kingdom*, 27 September 1990, Series A no. 184.

p. 185), uma verdadeira “denegação de justiça internacional”. Mesmo autores que aceitam, em alguns casos, a aplicação da margem de apreciação, não a admitem em casos referentes aos direitos das minorias, conforme coloca Benvenisti (1999, p. 847):

My argument is that while resort to the margins doctrine may be justified in certain matters that affect the general population in a given society, the doctrine is inappropriate when conflicts between majorities and minorities are examined. In such conflicts, which typically result in restrictions exclusively or predominantly on the rights of the minorities, no deference to national institutions is called for; rather, the international human rights bodies serve an important role in correcting some of the systemic deficiencies of democracy. Thus, a wide margin of appreciation is appropriate with respect to policies that affect the general population equally, such as restrictions on hate speech (which are aimed at protecting domestic minorities), or statutes of limitations for actions in tort. On the other hand, no margin is called for when the political rights of members of minority groups are curtailed through, for example, restrictions on speech or on association, when their educational opportunities are restricted by the State, or when the allocation of resources creates differential effects on the majority and the minority. Acquiescing to the margin of appreciation of national institutions in the latter cases assists the majorities in burdening politically powerless minorities (grifo nosso).

A Corte parece respeitar tal limite em *Young, James e Webster vs. Reino Unido*,²²² em que afirmou que “um equilíbrio deve ser atingido de forma a assegurar tratamento justo e próprio às minorias e evitar quaisquer abusos de uma posição dominante [por parte da maioria]”. Mesmo assim, sua controversa decisão final em *Lautsi* demonstra os perigos aos direitos das minorias que a doutrina da margem de apreciação representa, o que compromete sua legitimidade perante um sistema contramajoritário e universalista.

3.3.4. DA DESLEGITIMAÇÃO DA CTEDH POR ALEGAÇÕES DE TRATAMENTO DISCRIMINATÓRIO

Acima, foi demonstrado o risco à proteção das minorias que a aplicação desmedida da doutrina da margem de apreciação representa, de sorte que decisões contraditórias como as dos casos *Dahlab*, *Karaduman*, *Tandogan*, *Yilmaz* e *Lautsi* e outros em que a CtEDH aparentou favorecer a religião católica²²³

222 Young, James and Webster v. the United Kingdom, 13 August 1981, § 63, Series A no. 44.

223 Cf. Mancini (2009, p. 2630).

tendem a ser percebidas como discriminatórias, conforme apontado por Liu (2012, p. 400):

The questionable presumption adopted by Strasbourg favouring the majority religion is readily evident, raising the spectre of direct and indirect religious discrimination within the espace juridique of the CoE (...) One effect is the privileging of State and majority religious expression, usurping a human rights instrument against the very minorities they were designed to protect

Nesse sentido, autores apontam que muçulmanos têm, estatisticamente, muito mais dificuldade de vencer um caso em Estrasburgo, enquanto adeptos do cristianismo prosperam na maioria (TEMPERMAN, 2012, p. 173).²²⁴ Alguns enxergam nesse fenômeno a verdadeira aplicação de dois pesos e duas medidas pela Corte, enquanto outros chegam a veementemente acusar a Corte de preconceito e xenofobia (TEMPERMAN, 2012, p. 173).

A deslegitimação da CtEDH causada por esse processo é patente, visto que já houve ocorrências de vítimas de violações de direitos humanos adeptas da religião islâmica desistirem de terem seus casos ouvidos pela Corte por acreditarem que esta não os defende de forma justa e adequada. Destaca-se o caso *Fazilet Partisi e Kutan vs. Turquia*,²²⁵ em que os requerentes desistiram de continuar com sua demanda perante o Sistema alegando preconceito contra muçulmanos. Quando de sua desistência em 2005, enviaram uma Carta à Corte descrevendo diversos casos em que se poderia verificar um viés contra requerentes islâmicos, acusando o Tribunal de violar o artigo 14 da Convenção cuja supervisão é seu principal dever. Após apresentarem os referidos precedentes, concluem os requerentes que:

1. O Tribunal que foi criado para proteger os direitos humanos consagrados na Convenção, para restaurar a justiça nos Estados membros do Conselho da Europa, e na Turquia, desconsidera a justiça e decide arbitrariamente pelas suas práticas descritas acima.
2. O Tribunal rejeita consistentemente moções trazidas por muçulmanos e, com sua prática enviesada, reforça que não é um tribunal justo.
3. O Tribunal, em vez de apoiar os muçulmanos da Europa no exercício de seu direito de consciência e religião, impede o exercício desses direitos.
4. O Tribunal tem preconceito contra o Islã, que é uma religião universal. De tal forma que, ao ultrapassar sua discricção sob a Convenção, ele criticou uma religião universal sobre a qual ele não tem conhecimento;

224 Fenômeno também verificado na pesquisa empírica realizada na Parte II.
225 *Fazilet Partisi and Kutan v. Turkey (striking out)*, no. 1444/02, 27 April 2006.

ele até teve a audácia de julgar o Islã. Os exemplos que citamos mostram claramente isso.

5. Em relação aos direitos humanos, o Tribunal está do lado daqueles que foram criados em cultura europeia e é hostil, ao contrário do seu dever de imparcialidade imposto pela Convenção, a aqueles que querem viver de acordo com a cultura do Islã que considera o ser humano como o mais honrado dos seres.

6. Tanto no caso Refah Partisi quanto em Leyla Şahin, o argumento legal nas opiniões divergentes reflete a parcialidade da Corte.

7. Os acórdãos do Tribunal sobre as reivindicações de alguns cidadãos do sudeste da Turquia não podem ser explicados pelo princípio de justiça consagrado na Convenção, mas sim pelo hábito de membros da União Europeia de acusar e marginalizar o nosso país.

8. O Tribunal, tal como está, é incapaz de responder à necessidade de justiça de toda a humanidade, de proteger imparcialmente os direitos dos indivíduos e de resolver seus problemas.

Por todas essas razões, nós os informamos com pesar que estamos retirando nossa petição apresentada em nome de Fazilet Partisi, (...) uma vez que as decisões judiciais em Refah Partisi e Leyla Şahin demonstram que o Tribunal tem preconceitos em relação às comunidades muçulmanas; acreditamos que não podemos confiar na justiça deste Tribunal. Espero que nossa reação e nossa decisão encorajem os membros da Corte a serem mais respeitosos no futuro com relação à implementação da Convenção para a proteção dos Direitos Humanos, e a serem mais minuciosos e justos no exame dos pedidos apresentados por todos os indivíduos que vivem na Europa.²²⁶

Os argumentos levantados evidenciam, novamente, que a aplicação da margem de apreciação não apenas não colabora para o fim legítimo de preservar a legitimidade da Corte, mas sim o prejudica.²²⁷

Pelos motivos elencados acima, e reforçando que a religião é um “motivo suspeito”, de forma que justificativas para diferenciação com base nela devem ser rigidamente escrutinizadas,²²⁸ tem-se que a aplicação da margem de apreciação aos casos *Lautsi*, *Dahlab*, *Karaduman*, *Tandogan* e *Yilmaz* carece de um fim legítimo. Tendo em conta que todos os passos do teste formulado são cumulativos – de forma que a falha em apenas um já caracteriza discriminação –, tem-se que as decisões da Corte nos casos *supra* geraram efeitos discriminatórios.

226 *Ibid.* (tradução nossa).

227 Cf. Yourow (1996, p. 152); Ni Aolain e Gross (2001, p. 629); Lester (1998, pp. 75-6).

228 Conforme concluído na Parte I (3.2).

3.4. DA PROPORCIONALIDADE

Apesar de já caracterizado o viés discriminatório das decisões da CtEDH em *Dablab, Karaduman, Tandogan e Yilmaz*, em contraste com o caso *Lautsi*, analisar-se-á brevemente os efeitos desproporcionais que tais decisões produzem na comunidade islâmica europeia.

A CtEDH já determinou que, para analisar a proporcionalidade da medida, deve-se analisar seu impacto em grupos vulneráveis.²²⁹ Nesse sentido, a comunidade islâmica, que constitui cerca de 3,5% da população europeia, sofre, historicamente, diversas formas de preconceito no continente (EMCRX, 2009, p. 8, 10). Tal preconceito foi recentemente agravado por incidentes como o 11 de Setembro nos EUA, o assassinato de Theo van Gogh nos Países Baixos, os bombardeios de Madri e Londres e a questão das charges do Profeta Maomé na Dinamarca (EMCRX, 2009, p. 3).

Ao analisar a situação dos muçulmanos na Europa, o Centro Europeu de Monitoramento sobre Racismo e Xenofobia (EMCRX, 2009, p. 3) concluiu pelo caráter multifacetado e integrado das dificuldades enfrentadas pelo grupo:

Muslims are often victims of negative stereotyping, at times reinforced through negative or selective reporting in the media. In addition, they are vulnerable to manifestations of prejudice and hatred in the form of anything from verbal threats through to physical attacks on people and property. Many Muslims, particularly young people, face limited opportunities for social advancement, social exclusion and discrimination which could give rise to hopelessness and alienation. Research and statistical data – mostly ‘proxy’ data, referring to nationality and ethnicity – show that Muslims are often disproportionately represented in areas with poor housing conditions, while their educational achievement falls below average and their unemployment rates are higher than average. Muslims are often employed in jobs that require lower qualifications and as a group they are over-represented in low-paying sectors of the economy.

Uma das causas da marginalização e da discriminação apontadas pelo relatório é, justamente, a estereotipização do grupo e a atribuição de valores negativos às crenças islâmicas. Nesse contexto, ao passo em que o Conselho da Europa busca remediar a situação por meio da publicação de diversas resoluções protegendo a minoria contra estereotipização e preconceito,²³⁰ a CtEDH

229 *E.g.* Hugh Jordan v. the United Kingdom, no. 24746/94, § 154, 4 May 2001.

230 *Cf. e.g.* ECRI (2000); ECRI (2003); ECRI (2004).

anda em sentido contrário, presumindo efeitos deletérios da exposição ao véu e avaliando negativamente a simbologia religiosa islâmica.²³¹

A situação de vulnerabilidade da comunidade muçulmana é agravada em relação às mulheres, considerando a natureza interseccional e cumulativa da discriminação que sofrem por suas características pessoais (BREMS, 2001, p. 205). Nesse contexto, as decisões contraditórias e questionáveis da CtEDH nos casos *Dahlab*, *Karaduman*, *Tandogan*, *Yilmaz* e *Lautsi* contribuem para acentuar a estereotipização de homens e, especialmente, de mulheres adeptas da religião islâmica, pois, quando ela determina que um véu é um símbolo de opressão, sua decisão carrega poder coercitivo, e quaisquer significados alternativos que mulheres islâmicas desejem atribuir aos seus véus são oficial e juridicamente deslegitimados (SCHARFFS, 2011, p. 124). Portanto, resta evidenciado que as decisões da Corte nos casos *supra* produzem impactos desproporcionais nos direitos das comunidades muçulmanas europeias – e, em particular, nos direitos das mulheres.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Na medida em que cresce a expressividade da população muçulmana na Europa, também aumentam as limitações estatais aos seus direitos – destacando-se, entre eles, o direito de exibir simbologia religiosa. Considerando a natureza contramajoritária da proteção internacional dos Direitos Humanos, esperar-se-ia que a CtEDH exercesse seu papel de guardião de seus jurisdicionados e, especialmente, das minorias religiosas presentes no continente contra restrições indevidas. Contudo, a aplicação generalizada e ilimitada pela Corte da doutrina da margem de apreciação, esta que, em si, já tende a favorecer as maiorias devido a sua base no consenso europeu, viabiliza a ocorrência de proventos discriminatórios.

Nesse contexto, foi levantada a hipótese de que a aplicação generalizada e ilimitada da doutrina da margem de apreciação pela CtEDH teria efeitos discriminatórios em minorias religiosas. A metodologia adotada para confirmar ou refutar tal hipótese baseou-se em um teste formulado com base na jurisprudência da própria CtEDH para identificar a ocorrência de discriminação. Tal teste demandou a avaliação da presença de diferenças no tratamento de indivíduos em situações análogas e a análise da existência de um fim legítimo como base da diferenciação, assim como de uma relação de proporcionalidade.

231 Cf. Parte III (1.3.2.).

A pesquisa empírica jurisprudencial quantitativa realizada com base em todos os casos da CtEDH sobre a exibição pública de simbologia religiosa possibilitou a seleção de casos com características similares e provimentos diferentes. Os casos selecionados foram (i) *Lautsi vs. Itália*, (ii) *Dahlab vs. Suíça*, (iii) *Karaduman vs. Turquia*, (iv) *Tandogan vs. Turquia* e (v) *Yilmaz vs. Turquia*, todos sobre a exibição de simbologia religiosa em escolas. Foi preliminarmente observado que, ao passo em que o caso *Lautsi*, que versa sobre o catolicismo, obteve provimento positivo em relação à manutenção do símbolo religioso após análise de mérito pelo Tribunal Pleno, os casos *Dahlab*, *Karaduman*, *Tandogan* e *Yilmaz* obtiveram provimento oposto já na decisão de admissibilidade efetuada pela Segunda Seção, que considerou que não haveria sequer chance dos direitos das professoras terem sido violados.

Reconhecendo-se a necessidade de se analisar de forma mais aprofundada as semelhanças e as diferenças entre os casos, estes foram estudados, descritos e comparados. Observou-se que, não apenas os julgados contavam com fatos significativamente semelhantes, mas também que as diferenças encontradas – quais sejam, (i) o poder de doutrinação de cada símbolo, (ii) a ausência de um conflito de direitos no caso *Lautsi* e (iii) a quantidade de adeptos de cada religião – justificariam uma restrição do símbolo no caso *Lautsi* e uma autorização nos casos referentes à religião islâmica – precisamente o contrário do que foi determinado pela Corte. Ainda, foram constatadas duas diferenças entre o tratamento da Corte ao caso católico e aos casos islâmicos: (i) além de ter sido efetuada uma inversão injustificada do ônus da prova em detrimento das requerentes muçulmanas, (ii) foi feito um julgamento de valor negativo em relação ao véu islâmico, apesar da jurisprudência da Corte apontar que não cabe ao órgão julgador valorar diferentes crenças – entendimento verificado até mesmo no caso *Lautsi*.

Estabelecendo-se a ocorrência de uma diferenciação, restou necessário analisar se esta diferenciação buscou um fim legítimo e se ela foi proporcional. Em relação ao fim legítimo, foi constatado que não é possível argumentar que a aplicação generalizada da doutrina da margem de apreciação busca o fim legítimo de preservar a legitimidade da Corte, visto que esta colabora, justamente, para a caracterização da Corte como ilegítima por (i) atribuir valor excessivo à apreciação de autoridades nacionais em detrimento da autoridade da CtEDH, (ii) produzir diversas incoerências jurisprudenciais, (iii) negar a natureza contramajoritária e universalista da proteção internacional dos Direitos Humanos e (iv) suscitar alegações de discriminação por parte da Corte. Em relação à proporcionalidade, concluiu-se que tal aplicação desmedida gera efeitos

desproporcionalmente negativos nos direitos dos adeptos do islã na Europa e, em especial, aos direitos das mulheres.

Assim, a hipótese de que a aplicação generalizada e ilimitada da doutrina da margem de apreciação a casos referentes à exposição pública de simbologia religiosa gera efeitos discriminatórios foi **comprovada**.

Não se defende, nesta, um abandono completo da doutrina da margem de apreciação. Não obstante, é preciso ao menos limitar sua aplicação com base em critérios como: (i) sua inaplicabilidade a questões envolvendo direitos de minorias, (ii) a desconsideração do consenso europeu caso este seja contrário às disposições convencionais e (iii) o respeito ao princípio do *pro homine*. Contudo, o cenário para a limitação da margem de apreciação não parece promissor, tendo em vista a iminência de sua inserção no preâmbulo da Convenção por meio da entrada em vigor do Protocolo nº 15.

Em *Dahlab, Karaduman, Tandogan e Yilmaz*, a CtEDH impediu quatro professoras de exercerem seu ofício por meio de alegações de que o véu islâmico que portavam seria um símbolo de discriminação contra a mulher e feriria a neutralidade do ensino. Em *Lautsi*, a mesma Corte permitiu a Itália afixar simbologia religiosa católica nas paredes de virtualmente todas as salas de aula do país. Assim, a doutrina da margem de apreciação viabilizou que o direito à não discriminação se voltasse contra as mesmas minorias para as quais ele foi concebido, e as quais deveria proteger. Caso a aplicação da doutrina não seja limitada, tais distorções da verdadeira função do direito internacional dos direitos humanos continuarão a ocorrer.

REFERÊNCIAS

- ADVISORY COMMITTEE ON ISSUES OF PUBLIC INTERNATIONAL LAW. Advisory report on the application of Protocol no. 14 to the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms. **Netherlands International Law Review**, 2008.
- ANDREESCU, G.; ANDREESCU, L. Taking Back Lautsi: Towards a “Theory of Neutralisation?”. **Religion & Human Rights**, v. 6, n. 3, 2011.
- ANNICCHINO, P. Winning the Battle by Losing the War: The Lautsi Case and the Holy Alliance between American Conservative Evangelicals, the Russian Orthodox Church and the Vatican to Reshape European Identity. **Religion & Human Rights**, v. 6, n. 3, 2011.
- ARNARDÓTTIR, O. M. Non-Discrimination Under Article 14 ECHR – The Burden of Proof. **Scandinavian Studies in Law**, v. 51, p. 13-39, 2007.
- _____. Shaping Rights in the ECHR: The Role of the European Court of Human Rights in Determining the Scope of Human Rights. In: BREMS, E.; GERARDS, J. **Shaping Rights in the ECHR**. Cambridge: Cambridge University Press, 2013. p. 567-599.
- ASCHE, J. **Die Margin of Appreciation: Entwurf einer Dogmatik monokausaler richterlicher Zurückhaltung für den europäischen Menschenrechtsschutz**. Berlin: Springer, 2018.

- BARNETT, L. Freedom of Religion and Religious Symbols in the Public Sphere. **Legal and Legislative Affairs Division Parliamentary Information and Research Service**, 2011.
- BATES, E. **The Evolution of the European Convention on Human Rights**. Oxford: Oxford University Press, 2010.
- BAYEFSKY, A. The Principle of Equality or Non-Discrimination in International Law. **Human Rights Law Journal**, n. 11, 1990.
- BENVENISTI, E. Margin of Appreciation, Consensus, and Universal Standards. **Journal of International Law and Politics**, n. 31, 1999.
- BRAUCH, J. The Margin of Appreciation and the Jurisprudence of the European Court of Human Rights: Threat to the Rule of Law. **Columbia Journal of European Law**, v. 11, n. 1, 2004.
- BREMS, E. **Human Rights: Universality and Diversity**. Leiden: Martinus Nijhoff, 2001.
- CADHP. Constitutional Rights Project and another v. Nigeria, Communication No 43/95 and 150/96 (1999).
- CARVALHO RAMOS, A. D. **Direitos humanos em juízo: comentários aos casos contenciosos e consultivos da Corte Interamericana de Direitos Humanos e estudo da implementação dessas decisões no direito brasileiro**. São Paulo: Max Limonad, 2001.
- _____. **Processo Internacional de Direitos Humanos**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- _____. **Teoria Geral Dos Direitos Humanos na Ordem Internacional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- _____. **Curso de direitos humanos**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.
- CDH-ONU. Shirin Aumeeruddy-Cziffra and 19 other Mauritian women v. Mauritius, Communication No R.9/35, UN Doc. Supp. No 40 (A/36/40) (1981).
- _____. **CCPR General Comment No. 22: Article 18 (Freedom of Thought, Conscience or Religion)**, CCPR/C/21/Rev.1/Add.4 (1993).
- _____. **CCPR General Comment No. 23: Article 27 (Rights of Minorities)**, CCPR/C/21/Rev.1/Add.5 (1994).
- CERD, **The meaning and scope of special measures in the International Convention on the Elimination of Racial Discrimination**, General Recommendation No. 32, UN Doc. CERD/C/GC/32 (2009).
- COE PRESS. **Three Years' Work for the Future, Final Report of the Working Party on Working Methods of the European Court of Human Rights**. Estrasburgo: Council of Europe Press, 2002.
- CONSELHO EUROPEU. **Racial Equality Directive 2000/43/EC** (2000).
- CtEDH. *Alatulkkila and Others v. Finland*, no. 33538/96, 28 July 2005
- _____. *Andrejeva v. Latvia* [GC], no. 55707/00 ECHR 2009
- _____. *Andrle v. the Czech Republic*, no. 6268/08, 17 February 2011
- _____. *Armonienė v. Lithuania*, no. 36919/02, 25 November 2008
- _____. *Banković and Others v. Belgium and Others (dec.)* [GC], no. 52207/99, ECHR 2001-XII
- _____. *Belcacemi and Oussar v. Belgium*, no. 37798/13, 11 July 2017
- _____. *Berezovskiy v. Ukraine (dec.)*, no. 70908/01, 15 June 2004
- _____. *Biriuk v. Lithuania*, no. 23373/03, 25 November 2008
- _____. *Broniowski v. Poland* [GC], no. 31443/96, ECHR 2004-V
- _____. *Buckley v. the United Kingdom*, 25 September 1996, Reports of Judgments and Decisions 1996-IV
- _____. *Buscarini and Others v. San Marino* [GC], no. 24645/94, ECHR 1999-I

- _____. *Campbell and Cosans v. the United Kingdom*, judgment of 25 February 1982, Series A no. 48
- _____. *Carson and Others v. the United Kingdom* [GC], no. 42184/05, ECHR 2010
- _____. *Case Relating to Certain Aspects of the Laws on the Use of Languages in Education in Belgium*, ECtHR Application Nos. 1474/62 et al., Judgment of 23 July 1968
- _____. *Christine Goodwin v. the United Kingdom* [GC], no. 28957/95, ECHR 2002-VI
- _____. *Cliff v. the United Kingdom*, no. 7205/07, 13 July 2010
- _____. *Cossey v. the United Kingdom*, 27 September 1990, Series A no. 184
- _____. *Cumhuriyetçi Eğitim Ve Kültür Merkezi Vakfı v. Turkey*, no. 32093/10, 2 December 2014
- _____. *D.H. and Others v. the Czech Republic* [GC], no. 57325/00, ECHR 2007-IV
- _____. *Dahlab v. Switzerland* (dec.), no. 42393/98, ECHR 2001-V
- _____. *Dakir v. Belgium*, no. 4619/12, 11 July 2017
- _____. *De Jong, Baljet and Van den Brink v. the Netherlands*, 22 May 1984, Series A no. 77
- _____. *Decision on the competence of the Court to give an advisory opinion* [GC], ECHR 2004-VI
- _____. *Dickson v. the United Kingdom* [GC], no. 44362/04, ECHR 2007-V
- _____. *Engel and Others v. the Netherlands* (Article 50), 23 November 1976, Series A no. 22
- _____. *Evans v. the United Kingdom* [GC], no. 6339/05, ECHR 2007-I
- _____. *Evans v. the United Kingdom*, no. 6339/05, 7 March 2006
- _____. *Eweida and Others v. the United Kingdom*, nos. 48420/10 and 3 others, ECHR 2013
- _____. *Fazilet Partisi and Kutun v. Turkey* (striking out), no. 1444/02, 27 April 2006
- _____. *Folgerø and Others v. Norway* [GC], 15472/02, ECHR 2007-VIII
- _____. *G.M.B. and K.M. v. Switzerland* (dec.), no. 36797/97, 27 September 2001
- _____. *Glor v. Switzerland*, no. 13444/04, 30 April 2009
- _____. *Greece vs. United Kingdom*, 2nd June 1956, 176/56
- _____. *Handyside v. the United Kingdom*, 7 December 1976, Series A no. 24.
- _____. *Hasan and Eylem Zengin v. Turkey*, no. 1448/04, 9 October 2007
- _____. *Hoogendijk v. the Netherlands* (dec.), no. 58461/00, 6 January 2005
- _____. *Hugh Jordan v. the United Kingdom*, no. 24746/94, ECHR 2001-III
- _____. *Independent News and Media and Independent Newspapers Ireland Limited v. Ireland*, no. 55120/00, ECHR 2005-V
- _____. *Ivanova v. Bulgaria*, no. 52435/99, 12 April 2007
- _____. *Jakóbski v. Poland*, no. 18429/06, 7 December 2010
- _____. *Johnston and Others v. Ireland*, 18 December 1986, Series A no. 112
- _____. *Karaduman and Tandoğan v. Turkey*, nos. 41296/04 and 41298/04, 3 June 2008
- _____. *Kiyutin v. Russia*, no. 2700/10, ECHR 2011
- _____. *Kjeldsen, Busk Madsen and Pedersen v. Denmark*, 7 December 1976, Series A no. 23
- _____. *Lautsi and Others v. Italy* [GC], no. 30814/06, ECHR 2011
- _____. *Lautsi v. Italy*, no. 30814/06, 3 November 2009
- _____. *Lawless v. Ireland* (no. 1), 14 November 1960, Series A no. 1
- _____. *Leyla Şahin v. Turkey* [GC], no. 44774/98, ECHR 2005-XI
- _____. *Lithgow and Others v. the United Kingdom*, 8 July 1986, Series A no. 102
- _____. *Manoussakis and Others v. Greece*, 26 September 1996, Reports of Judgments and Decisions 1996-IV

- _____. Metropolitan Church of Bessarabia and Others v. Moldova, no. 45701/99, ECHR 2001-XII
- _____. Nachova and Others v. Bulgaria [GC], nos 43577/98 and 43579/98, ECHR 2005-VII
- _____. National & Provincial Building Society, Leeds Permanent Building Society and Yorkshire Building Society v. the United Kingdom, 23 October 1997, Reports of Judgments and Decisions 1997-VII
- _____. National Union of Belgian Police v. Belgium, 27 October 1975, Series A no. 19
- _____. Nolan and K. v. Russia, no. 2512/04, 12 February 2009
- _____. Okpisz v. Germany, no. 59140/00, 25 October 2005
- _____. Otto-Preminger-Institut v. Austria, 20 September 1994, Series A no. 295-A
- _____. Petrovic v. Austria, 27 March 1998, Reports of Judgments and Decisions 1998-II
- _____. Refah Partisi (the Welfare Party) and Others v. Turkey [GC], nos. 41340/98 and 3 others, ECHR 2003-II
- _____. Rejeva v. Latvia [GC], no. 55707/00, ECHR 2009
- _____. Religionsgemeinschaft der Zeugen Jehovas and Others v. Austria, no. 40825/98, 31 July 2008
- _____. S. and Marper v. the United Kingdom [GC], nos. 30562/04 and 30566/04, ECHR 2008
- _____. Sahin v. Germany [GC], no. 30943/96, ECHR 2003-VIII
- _____. Sejdić and Finci v. Bosnia and Herzegovina [GC], nos 27996/06 and 34836/06, ECHR 2009
- _____. Sergey Zolotukhin v. Russia [GC], no. 14939/03, ECHR 2009
- _____. Shanaghan v. the United Kingdom, no. 37715/97, 4 May 2001
- _____. Sidiropoulos and Others v. Greece, 10 July 1998, Reports of Judgments and Decisions 1998-IV
- _____. Smith and Grady v. the United Kingdom, nos. 33985/96 and 33986/96, ECHR 1999-VI
- _____. Stec and Others v. the United Kingdom [GC], nos 65731/01 and 65900/01, ECHR 2006-VI
- _____. Stubbings and Others v. the United Kingdom, 22 October 1996, Reports of Judgments and Decisions 1996-IV
- _____. Swedish Engine Drivers' Union v. Sweden, 6 February 1976, Series A no. 20
- _____. The Sunday Times v. the United Kingdom (no. 1), 26 April 1979, Series A no. 30
- _____. Thlimmenos v. Greece [GC], no. 34369/97, ECHR 2000-IV
- _____. Timishev v. Russia, nos 55762/00 and 55974/00, ECHR 2005-XII
- _____. Tolstoy Miloslavsky v. the United Kingdom, 13 July 1995, Series A no. 316-B
- _____. Valsamis v. Greece, judgment of 18 December 1996, Reports of Judgments and Decisions 1996-VI, pp. 2323-2324
- _____. VgT Verein gegen Tierfabriken v. Switzerland, no. 24699/94, ECHR 2001-VI
- _____. Willis v. the United Kingdom, no. 36042/97, ECHR 2002-IV
- _____. X, Y and Z v. the United Kingdom, 22 April 1997, Reports of Judgments and Decisions 1997-II
- _____. Yilmaz v. Turkey, no. 29286/95, 25 September 2001
- _____. Young, James and Webster v. the United Kingdom, 13 August 1981, Series A no. 44
- _____. Z v. Finland, 25 February 1997, Reports of Judgments and Decisions 1997-I
- _____. Zana v. Turkey, 25 November 1997, Reports of Judgments and Decisions 1997-VII
- _____. Zarb Adami v. Malta, no. 17209/02, ECHR 2006-VIII

CtIDH. Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados, Serie A no 18, 17 de setembro de 2003.

_____. Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile, 24 de fevereiro de 2012.

DELMAS-MARTY, M.; IZORCHE, M.-L. Marge nationale d'appréciation et internationalisation du droit: réflexions sur la validité formelle d'un droit commun pluraliste. **Revue de droit de McGill**, Montreal, v. 46, 2001.

DEMBOUR, M.-B. **Who Believes in Human Rights? Reflections on the European Convention**. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

DUNN, J. **Setting the People Free: The Story of Democracy**. London: Atlantic Books, 2006.

DZEHTSIAROU, K. **European Consensus and the Legitimacy of the European Court of Human Rights**. 1. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2015.

ECHR PRESS UNIT. **Survey of Activities**. Estrasburgo, 2000.

_____. **Factsheet: Religious symbols and clothing**. Estrasburgo, 2017.

_____. **Factsheet: Pilot Judgements**. Estrasburgo, 2018.

_____. **Overview 1959-2017**. Estrasburgo, 2018.

_____. **The ECHR in Facts and Figures**. Estrasburgo, 2018.

ECRI, **General Policy Recommendation No. 5 combating intolerance and discrimination against Muslims**. Estrasburgo, 2000.

_____. **General Policy Recommendation No. 7 on national legislation to combat racism and racial discrimination**. Estrasburgo, 2003.

_____. **General Policy Recommendation No. 8 on combating racism while fighting terrorism**. Estrasburgo, 2004.

EMCRX. Muslims in the European Union: Discrimination and Islamophobia. **European Monitoring Centre on Racism and Xenophobia**, 2009. Disponível em: <http://fra.europa.eu/fraWebsite/attachments/Manifestations_EN.pdf>. Acesso em: 25 ago. 2018.

EVANS, C. The Islamic Headscarf in the European Court of Human Rights. **Melbourne Journal of International Law**, v. 7, 2006.

FEINGOLD, C. The Doctrine of Margin of Appreciation and the European Convention on Human Rights. **Notre Dame Law Review**, v. 53, n. 78, 1977.

FICO, B. O suscetível de ser decidido: Análise jurisprudencial do Sistema Interamericano de Direitos Humanos sobre legitimação popular e o direito de minorias. **Tese de Láurea – FDUSP**, São Paulo, 2016.

FICO, B.; HAERTEL, L. Levantando el velo: Las Mujeres musulmanas y el doble estándar sobre religión del Tribunal de Derechos Humanos de la Corte Europea de Derechos Humanos. **Diário DPI: Derecho para Innovar**, v. 147, 2017.

FOIGHEL, I. Reflections of a former Judge of the European Court of Human Rights. In: AL, S. L. E. **Human Rights in Turmoil**. Leiden: Brill, 2007. p. 276.

GERARDS, J. Pluralism, Deference and the Margin of Appreciation Doctrine. **European Law Journal**, v. 17, n. 1, 2001.

HAERTEL, L. Drawing the Line Between Proper and Improper Proselytism: the Right to Attempt to Convince One's Neighbor in Europe. **Revista Direito UFMS**, v. 1, n. 1, 2017.

_____. El Protocolo Nº 16 para la Convención Europea de Derechos Humanos: un verdadero "Protocolo del Diálogo"? **Diário DPI: Derecho para Innovar**, v. 4, 2018.

HELPER, L. Redesigning the European Court of Human Rights: Embeddedness as a Deep Structural Principle of the European Human Rights Regime. **European Journal of International Law**, v. 19, 2008.

- HIGGINS, R. Derogations under Human Rights Treaties. **British Yearbook of International Law**, v. 48, p. 281, 1978.
- IPGRAVE, M. Crosses, Veils and Other People: Faith as Identity and Manifestation. **International Journal of Law in Context**, v. 10, n. 1, p. 64-80, 2007.
- KOLTAY, A. Europe and the Sign of the Crucifix: On the Fundamental Questions of the Lautsi and Others v. Italy Case. In: TEMPERMAN, J. **The Lautsi Papers: Multidisciplinary Reflections on Religious Symbols in the Public School Classroom**. Leiden: Brill, 2012.
- KOVLER ET AL. The Role of Consensus in the System of the European Court of Human Rights. In: COUNCIL OF EUROPE. **Dialogues between Judges**, 2008.
- KRATOCHVIL, J. The Inflation of the Margin of Appreciation by the European Court of Human Rights. **Netherlands Quarterly of Human Rights**, v. 29, n. 3, 2011.
- LESTER, A. Universality versus Subsidiarity: A Reply. **European Human Rights Law Review**, 1998.
- LETSAS, G. The Truth in Autonomous Concepts: How to Interpret the ECHR. **European Journal of International Law**, 2004.
- _____. Two Concepts of the Margin of Appreciation. **Journal of Legal Studies**, v. 26, n. 4, 2006.
- _____. **A Theory of Interpretation of the European Convention on Human Rights**. Oxford: Oxford University Press, 2009.
- LIU, H.-Y. Restricting the Public Display of Religious Symbols by the State on the Grounds of Hate Speech? In: TEMPERMAN, J. **The Lautsi Papers: Multidisciplinary Reflections on Religious Symbols in the Public School Classroom**. Leiden/Boston: Martinus Nijhoff, 2012.
- LOUKAIDES, L. **The European Convention on Human Rights: Collected Essays**. Leiden: Martinus Nijhoff, 2006.
- MACDOLAND, R. The margin of appreciation in the jurisprudence of the European Court of Human Rights. In: **International law at the time of tits codification**, Essays in honour of Roberto Ago. Milão, 1987.
- MANCINI, S. The Power of Symbols and Symbols as Power: Secularism and Religion as Guarantors of Cultural Convergence, **Cardozo Law Review**, v. 30, n. 6, 2009.
- MAZZUOLI, V.; RIBEIRO, D. The Pro Homine Principle as a fundamental aspect of International Human Rights Law. **Meridiano 47 – Journal of Global Studies**, v. 17, 2016.
- MCCALL, L. The Complexity of Intersectionality. **Journal of Women in Culture and Society**, 2005. 1771-1800.
- MCGOLDRICK, D. Religion in the European Public Square and in European Public Life – Crucifixes in the Classroom. **Human Rights Law Review**, v. 11, 2011.
- MURRAY, J. **Consensus: Concordance, or Hegemony of Majority in Dialogues between Judges**. Estrasburgo: Council of Europe, 2008.
- NI AOLAIN, F.; GROSS, O. From Discretion to Scrutiny: Revisiting the Application of the Margin of Appreciation Doctrine in the Context of Article 15 of the European Convention on Human Rights. **Human Rights Quarterly**, v. 23, p. 625, 2001.
- PACZOLAY, P. Consensus and Discretion: Evolution or Erosion of Human Rights Protection. In: COUNCIL OF EUROPE. **Dialogues between Judges**, 2008.
- PANARA, C. Back to the Basics of Fundamental Rights: An Appraisal of the Grand Chamber's Judgement in Lautsi in Light of the ECHR and Italian Constitutional Law. In: TEMPERMAN, J. **The Lautsi Papers: Multidisciplinary Reflections on Religious Symbols in the Public School Classroom**. Leiden/Boston: Martinus Nijhoff, 2012.
- QUEIROZ, R. M. R.; FEFERBAUM, M. **Metodologia Jurídica: um Roteiro Prático para Trabalhos de Conclusão de Curso**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

- RINGELHEIM, J. Droit et Religion dans l'Europe des Juges – La Jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme. In: FLOBET, M. **Convictions Philosophiques et Religieuses et Droits Positifs**. Brussels: Bruylant, 2010.
- SCHABAS, W. A. **The European Convention on Human Rights: A Commentary**. 1. ed. Oxford: Oxford University Press, 2015.
- SCHARFFS, B. Four Views of the Citadel: The Consequential Distinction between Secularity and Secularism'. **Religion & Human Rights**, v. 6, n. 2, 2011.
- SEIBERT-FOHR, A.; VILLIGER, M. **Judgements of the European Court of Human Rights – Effects and Implementation**. 1. ed. Baden-baden: Nomos, 2014.
- SMET, S. Freedom of Religion v. Freedom from Religion: Putting Religious Dictates of Conscience (Back) on the Map. In: TEMPERMAN, J. **The Lautsi Papers: Multidisciplinary Reflections on Religious Symbols in the Public School Classroom**. Leiden/Boston: Martinus Nijhoff, 2012.
- STAHNKE, T. Proselytism and the Freedom to Change Religion in International Human Rights Law. **BYU Law Review**, v. 1, p. 251-354, 1999
- STEINER, T. Some Reflections on the Process Which Led to the Preparation of the European Convention on Human Rights. In: SPIELMANN, D.; TSIRLI, M.; VOYATZIS, P. **La Convention européenne des droits de l'homme, un instrument vivant, Mélanges en l'honneur de Christos L. Rozakis**. Brussels: Bruylant, 2011. p. 617.
- STONE, T. Margin of Appreciation Gone Awry: The European Court of Human Rights' Implicit Use of the Precautionary Principle in: Frette v. France to Backtrack on Protection from Discrimination on the Basis of Sexual Orientatio. **Connecticut Public Interest Law Journal**, v. 3, n. 1, 2003.
- TEMPERMAN, J. Religious Symbols in the Public School Classroom. In: TEMPERMAN, J. **The Lautsi Papers: Multidisciplinary Reflections on Religious Symbols in the Public School Classroom**. Leiden/Boston: Martinus Nijhoff, 2012.
- VAN DIJK, . **Theory and Practice of the European Convention on Human Rights**. 4. ed. Cambridge: Intersentia, 2006.
- VILLIGER, M. **Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) unter besonderer Berücksichtigung der schweizerischen Rechtslage**. 3. ed. Zürich: Schulthess, 2020.
- WILDHABER, L.; HJARTARSON, A.; DONNELLY, S. No Consensus on Consensus? The Practice of the European Court of Human Rights. **Human Rights Law Journal**, v. 33, 2013.
- YOUROW, H. **The Margin of Appreciation Doctrine in the Dynamics of European Human Rights Jurisprudence**. Leiden: Brill, 1996.

TRABALHO INFANTO-JUVENIL ARTÍSTICO: CONSIDERAÇÕES E COMPETÊNCIA PARA SUA APRECIACÃO

KARINE MORALES DE SOUZA

ORIENTADOR:
PROFESSOR DOUTOR GUILHERME GUIMARÃES FELICIANO

RESUMO

O principal objetivo do presente trabalho é a discussão referente a competência da Justiça do Trabalho para apreciar casos de pedidos de homologação para trabalho infanto-juvenil artístico, bem como algumas reflexões importantes acerca dessa forma de trabalho. A temática envolve questões concernentes a diversos aspectos da relação do trabalho infantil em representações artísticas, como a proteção integral da criança e do adolescente, seus limites e proibições, requisitos básicos para sua autorização judicial, assim como a fiscalização de tal trabalho. Trata-se de um fenômeno bastante controvertido tanto na esfera doutrinária, quanto nos próprios setores que cuidam da proteção de tais crianças e adolescentes, do mesmo modo que na própria sociedade em geral. À vista disso, ainda há, pois, muito que ser debatido, além de inúmeros desafios a serem encarados, a fim de atingir o melhor interesse desses jovens.

INTRODUÇÃO

O trabalho infantil, caracterizado como aquele desempenhado por crianças e adolescentes abaixo da idade mínima estabelecida por cada Estado, é um fenômeno que, apesar de ainda muito presente, vem sendo combatido tanto em um contexto global, quanto na esfera nacional, por meio de campanhas, estudos, investimentos em políticas públicas de prevenção e erradicação.

Tais mecanismos de combate são derivados da doutrina da proteção integral, a qual é tida como um avanço no cenário de proteção das crianças e dos adolescentes, posto que os enxerga como sujeitos de direito a serem tratados com absoluta prioridade, tendo em vista sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento. Seguindo esse movimento de proteção, o ordenamento jurídico pátrio veda constitucionalmente o trabalho de menores de 16 anos, salvo em condições de aprendizagem a partir dos 14 anos (art. 7º, XXXIII, CRFB).

Além da condição de aprendiz, há outra exceção à realização de trabalho infantil possível no cenário nacional, qual seja o trabalho infantil artístico, tido como aquele realizado por menores de 16 anos na indústria da publicidade e do entretenimento, conhecidos como artistas mirins. Sua exceção deriva do preceituado na Convenção nº. 138 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), documento ratificado pelo Brasil.

Contudo, a grande problemática está na falta de mobilização em torno da efetivação dos direitos e cuidados com esses pequenos artistas. Isso se dá, sobretudo, pela falsa ideia de que o mundo artístico é dotado de privilégios, glamour, diversão, quando na realidade é composto de ônus como qualquer outro. O presente trabalho, portanto, parte da ideia de que a atividade profissional de crianças e adolescentes menores de 16 anos no âmbito artístico é uma forma de trabalho infantil e que, apesar de permitida, deve ser abalizada com o mesmo devotamento que as outras formas de trabalho.

Nesse sentido, verifica-se que a aludida Convenção nº. 138, em seu art. 8º, dispõe que essa forma de trabalho não pode ser exercida de maneira indiscriminada, a excepcionalidade deve ser característica fundamental, fazendo-se necessário a concessão de um alvará emitido por autoridade competente, documento este fornecido individualmente, através de uma avaliação caso a caso.

O objetivo central da presente pesquisa é justamente examinar e confrontar os posicionamentos existentes a respeito da autoridade competente para julgar tais pedidos, partindo-se, assim, da premissa de que a Justiça do Trabalho é a possuidora dessa competência.

Com a discussão de fundo, que antecede ao tema central, busca-se, primeiramente, expor a propedêutica respeitante ao trabalho infantil. Tais ensinamentos introdutórios conterão o enquadramento histórico do trabalho infantil, da mesma maneira que exporá também dados estatísticos desse fenômeno no Brasil, suas causas e efeitos e, finalmente, seu tratamento legal, tanto na esfera nacional quanto mundial.

Em um segundo momento, far-se-á um exame mais específico, isto é, uma avaliação elaborada a respeito da participação artística de crianças e jovens em espetáculos públicos, tendo em vista a necessidade de compreensão dessa categoria de trabalho infantil na legislação doméstica, com o propósito de atingir a centralidade da problemática. Dessa maneira, o que se pretende formar no segundo capítulo é, justamente, um estudo geral, social e jurídico da referida atividade.

Finalmente, no terceiro e último capítulo, almeja-se impulsionar o debate referente à Justiça competente para licenciar a performance de artistas

mirins, para isso além de realizar um estudo de doutrina, legislação e jurisprudência, com o propósito de respaldar o posicionamento defendido no decorrer do trabalho. Adianta-se que será feito um exame da Ação Direita de Inconstitucionalidade (ADI) nº. 5326/DF, ajuizada no ano de 2015, e que evolva a temática da competência.

Desse modo, o que se espera é a difusão de uma discussão acadêmica sobre um tema ainda pouco explorado, principalmente na seara jurídica, que possui tão pouco material a respeito (faltando, até mesmo, regulamentação específica no ordenamento brasileiro), para que essa discussão possa ser elaborada posteriormente e assegurar, juridicamente, uma proteção a essas crianças e adolescentes.

CAPÍTULO 1 – NOÇÕES GERAIS A RESPEITO DO TRABALHO INFANTIL

1.1. CONTEXTO HISTÓRICO-LEGISLATIVO DE PROTEÇÃO DO TRABALHO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

1.1.1. EVOLUÇÃO HISTÓRICA NO MUNDO

A dimensão histórica do trabalho infantil tem como cenário incipiente a aurora da história humana, “as crianças sempre trabalharam junto às famílias e às tribos sem se distinguir dos adultos com quem conviviam”¹. Destarte, na antiguidade remota, via de regra, o trabalho era desenvolvido no âmbito familiar, com caráter de subsistência e aprendizagem².

Ademais, no modo de produção escravista de civilizações como Grécia e Roma antigas, os menores também não eram poupados das atividades laborais forçadas, visto que o nascimento, por si só, já era uma maneira de se atingir a condição de escravo. Assim, no ordenamento jurídico romano, por exemplo, os filhos dos escravos eram também propriedade dos senhores e, como não havia proteção estatal em relação a essas crianças, estes ficavam submetidos ao arbítrio de seus donos³.

1 GRUNSPUN, apud OLIVA, José Roberto Dantas. **O Princípio da Proteção Integral e o trabalho da criança e do adolescente no Brasil**. São Paulo: LTr, 2006. p. 29.

2 NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho**. 26ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2011. p. 670.

3 MINHARRO, Erotilde Ribeiro dos Santos. **A criança e o adolescente no Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2003, p. 15.

Posteriormente, com a passagem para a Idade Média e, conseqüentemente, com o declínio da escravidão, diferentemente do que se poderia pensar, não houve progresso efetivo no que tange o tratamento das crianças e dos adolescentes⁴. Dessa forma, verifica-se que no primeiro período da economia medieval, compreendida entre os séculos V e XV, as relações eram desenvolvidas à vista da propriedade da terra⁵.

Tal propriedade era repartida pelo senhor feudal em duas partes, enquanto uma poderia ser utilizada, mediante pagamento de taxas, pelos camponeses para sua subsistência, outra deveria ser cultivada a fim de servir os senhores, como forma de retribuir a “proteção” que recebiam.

Nesse contexto, crianças e adolescentes, assim como os adultos, eram submetidas às condições de trabalho impostas pelos donos das terras. “A condição de servo era, como a de escravo, hereditária, permanecendo o servo obrigado, independentemente de sua vontade, a prestar serviços ao senhor”⁶, não havendo, portanto, qualquer avanço verdadeiro.

Já no segundo período da economia medieval, caracterizado pelo desenvolvimento das cidades, que vai do século XI ao XV, o trabalho infantil fez-se presente nas chamadas Corporações de Ofício, associações de profissionais que buscavam a defesa de seus interesses.

Nesse sentido, eram as corporações que estabeleciam as condições de trabalho, além de possuírem o monopólio do processo produtivo e dos bens gerados, como bem aponta Erotilde Minharro⁷: “Desse modo, podia-se controlar a quantidade e a qualidade do produto. O indivíduo isoladamente não poderia exercer seu mister; isto significa que para o exercício de determinada profissão seria necessária a inserção do trabalhador em alguma corporação”.

Assim, cada oficina possuía um dono, chamado de mestre, que dispunha de funcionários, trabalhadores assalariados, e aprendizes, pertencentes ao último nível hierárquico. Tais aprendizes eram contratados, geralmente, a partir dos 12 anos de idade que, por meio de celebração de um acordo entre os pais e o mestre.

4 CAVALCANTE, Sandra Regina. *Trabalho Infantil Artístico: do deslumbramento à ilegalidade*. São Paulo: LTr, 2011. p. 23.

5 CAMARGO, Angélica Maria Juste. *O papel do Estado na proteção dos direitos da criança e do adolescente em face da atividade econômica: o trabalho artístico*. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito Empresarial e Cidadania) - Centro Universitário Curitiba, Curitiba. p.17.

6 MELGAR, apud OLIVA, José Roberto Dantas. *O Princípio da Proteção Integral e o trabalho da criança e do adolescente no Brasil*. São Paulo: LTr, 2006. p. 36.

7 MINHARRO, Erotilde Ribeiro dos Santos. *A criança e o adolescente no Direito do Trabalho*, cit., p. 16.

Enquanto o mestre assumia o compromisso de alimentar, fornecer moradia e conhecimentos técnicos ao aprendiz, este tinha o dever de obediência, sendo, inclusive, submetido a um regime autoritário, que impunha jornadas do nascer ao pôr do sol⁸. Além disso, ainda conforme Erotilde Minharro⁹, “Nada percebiam a título de contraprestação pelo trabalho realizado. O mestre aproveitava a força de trabalho dos aprendizes também nos serviços domésticos e tinha o direito de aplicar-lhes castigos corporais”.

A partir do século XVIII as corporações foram perdendo força em virtude das primícias do modo de produção industrial. A Revolução Industrial representou um marco no mundo moderno e, sobretudo, um marco do nascimento do Direito do Trabalho¹⁰. O cenário da época era de desenvolvimento da ordem técnica, aceleração e expansão da produção e do consumo, aumento e deslocamento populacional para os centros industriais a procura de ofertas de trabalho nas fábricas e um conseqüente crescimento urbano. Tais fatores foram, pois, derradeiros para o aumento da exploração do trabalho infantil, já que, como bem analisa Oris de Oliveira:

[...] a produção passou a se servir de máquinas. O trabalho, até então, era realizado principalmente pelo homem, por causa da necessidade da força bruta, trabalho que a mulher e a criança não podiam executar devido, como se dizia então, à sua “fraqueza natural”. A máquina deu amplo espaço para a utilização de “meias forças”, da mão de obra da mulher adulta, das crianças e adolescentes¹¹.

Além de uma mudança na técnica de produção, que não exigia mais grande força muscular, a questão econômica também foi condição fundamental para esse radical aumento na utilização da mão de obra infantil, que, por ser considerada inferior, era profusamente mais barata. Outrossim, importante destacar que os custos de produção também eram reduzidos em virtude da brandura das crianças, as quais se submetiam com muito mais facilidade às vontades de seu empregador, como descreve Paul Mantoux:

Sua fraqueza era a garantia de sua docilidade: podiam ser reduzidas, sem muitos esforços, a um estado de obediência passiva, ao qual os homens feitos não se deixavam facilmente dobrar. Elas custavam muito pouco:

8 MELGAR, apud OLIVA, José Roberto Dantas. *O Princípio da Proteção Integral e o trabalho da criança e do adolescente no Brasil*, cit., p.38.

9 MINHARRO, Erotilde Ribeiro dos Santos. *A criança e o adolescente no Direito do Trabalho*, cit., p. 16.

10 OLIVA, José Roberto Dantas. *O Princípio da Proteção Integral e o trabalho da criança e do adolescente no Brasil*. São Paulo: LTr, 2006. p. 39.

11 OLIVEIRA, Oris de. *O trabalho da criança e do adolescente*. São Paulo: LTr, 1994. p. 23.

ora recebiam salários mínimos, que variavam entre um terço e um sexto do que ganhavam os operários adultos [...] ¹²

Enquanto isso, o Estado se portava apenas como um mero observador de tais acontecimentos ¹³, pautando-se, assim, pela autonomia da vontade, isto é, os patrões, visando apenas ao lucro, impunham condições cruéis de trabalho, enquanto que os empregados, sem proteção, e com uma necessidade premente de sobrevivência, aceitavam os termos. Pode-se afirmar, portanto, que, com a Revolução Industrial, a condição das crianças e jovens trabalhadores se agravou, inaugurando sua faceta mais covarde ¹⁴.

Nessa toada, além de baixos salários, como já apontado acima, os trabalhadores mirins eram submetidos a péssimas condições de trabalho. A jornada laboral era desumana, pois, com a invenção da luz elétrica, não era mais necessário contar com o limite imposto pelo nascer e por de sol ¹⁵. O ambiente era insalubre e perigoso, provocando inúmeras doenças e acidentes de trabalho, havia maus tratos por parte dos vigilantes, os quais aplicavam castigos nas crianças que descumpriam suas ordens. Além disso, dormiam muito pouco e alimentavam-se muito mal. Os dados sobre a duração média de vida do trabalhador no início do século XIX ilustram bem essa esfera de barbárie:

Pesquisa realizada em Mulhouse aponta que somente uns 27% dos filhos dos trabalhadores entrevistados chegavam a completar dez anos. Grande número de crianças trabalhadoras morria entre os sete e os dez anos. De acordo com o célebre informe do Dr. Villermé, estas mesmas crianças trabalhavam durante jornadas de dezesseis e dezessete horas. Era infligida autêntica tortura a meninos de seis a oito anos, mal alimentados, obrigados a percorrer desde às cinco da manhã a larga distância que os separava dos talheres, voltado somente à noite a ter contato com os mesmos talheres. Em 1871. Uma autoridade médica local inglesa informou que havia encontrado um menino de três anos em uma fábrica de fósforos de Bethnal Green ¹⁶.

Todavia, a partir dos excessos ocasionados pela total ausência do Estado, iniciou-se um movimento a fim de barrar a utilização abusiva da mão de obra

12 MANTOUX, Apud MINHARRO, Erotilde Ribeiro dos Santos. *A criança e o adolescente no Direito do Trabalho*. São Paulo: LTR, 2003, p. 17.

13 CERQUEIRA, apud BARROS, Alice Monteiro. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTR, 2005, p. 52.

14 CAMARGO, Angélica Maria Juste. *O papel do Estado na proteção dos direitos da criança e do adolescente em face da atividade econômica: o trabalho artístico*, cit. p. 19.

15 MINHARRO, Erotilde Ribeiro dos Santos. *A criança e o adolescente no Direito do Trabalho*, cit., p. 16.

16 MELGAR, apud OLIVA, José Roberto Dantas. *O Princípio da Proteção Integral e o trabalho da criança e do adolescente no Brasil*, cit., p. 44.

infanto-juvenil. Verifica-se, contudo, que essa mobilização surgiu, nas palavras de Erotilde Minharro¹⁷, “mais como uma reação dos homens que, desempregados, viam-se sem condições de suprir a própria subsistência, do que como resultado da indignação pela imoralidade do emprego de crianças em trabalhos pesados e em jornadas extenuantes”.

Com o passar do tempo o movimento operário se fortalece, passando a exigir do Estado uma legislação que tolhesse os abusos do empregador, a fim de garantir alguma dignidade ao trabalhador. Aos poucos o Estado infere nas relações de trabalho, deixando de ser abstencionista, para se tornar intervencionista¹⁸. Importante avultar que a Igreja Católica teve um papel proeminente no que se refere à defesa de melhores condições para os operários, fazendo, inclusive, por meio da Encíclica *Rerum Novarum*, do Papa Leão XIII, “menção específica às crianças e mulheres. Ao declarar vergonhosa e desumana a utilização de homens como vis instrumentos de lucros”¹⁹.

A Inglaterra foi pioneira no que tange à criação de uma legislação pelo reconhecimento dos direitos trabalhistas. A *Moral and Health Act*, de autoria de Robert Peel, em 1802, foi um marco no que diz respeito à proteção ao trabalho de crianças e adolescentes, já que vedou o trabalho infantil no período noturno, bem como por período superior a doze horas diárias.

No ano de 1819 Robert Peel aprova outra lei, a qual tornou ilegal o emprego de menores de 9 anos, além de limitar a jornada de trabalho dos menores de 16 anos para 12 horas diárias nas prensas de algodão. Em 1833, também na Inglaterra, por *Lord Althrop Act*, foi proibido o trabalho em períodos maiores que 9 horas para os menores de 13 anos de idade e de 12 horas para menores de 18 anos.

Outra lei inglesa de grande ênfase foi o Ato de Educação Elementar, de 1870, já que com sua edição, passou-se a ser obrigatória a matrícula de crianças na escola, reduzindo-se, conseqüentemente, o trabalho infantil.

Na França, por outro lado, houve uma resistência um pouco maior em relação a intervenção estatal nas relações de trabalho infantil. Nesse contexto, o principal argumento utilizado pelo Parlamento Francês era o de que a edição de leis protetivas refletiria no preço dos produtos, dificultando a concorrência internacional, sobretudo com os produtos ingleses²⁰.

17 MINHARRO, Erotilde Ribeiro dos Santos. *A criança e o adolescente no Direito do Trabalho*, cit., p. 18.

18 MARTINS, Sergio Pinto. *Direito do Trabalho*. 30ª edição. São Paulo: Editora Atlas, 2014, p. 6.

19 OLIVA, José Roberto Dantas. *O Princípio da Proteção Integral e o trabalho da criança e do adolescente no Brasil*, cit., p. 46.

20 OLIVA, José Roberto Dantas. *O Princípio da Proteção Integral e o trabalho da criança e do adolescente no Brasil*, cit. p. 24.

Ainda assim, os franceses, em 1813 proibiram o trabalho dos menores em minas. Vedaram, ainda, no ano seguinte, o trabalho aos domingos e feriados. Outro destaque ocorreu em 1841 ao proibir que menores de 8 anos trabalhem, sendo fixada jornada máxima em 8 horas para os menores de 12 anos, e em 12 horas para os menores de 16 anos.

Em diversos outros países, como Alemanha, Áustria, Bélgica, Espanha, Suíça, Rússia e Itália, foram produzidas inúmeras outras leis no mesmo sentido. Posteriormente, com o término da Primeira Guerra Mundial, inicia-se uma movimentação no sentido de incluir as leis trabalhistas, e diversas outras normas de interesse social, nas Constituições dos países, denominada constitucionalismo social. A Constituição mexicana de 1917 foi a anunciadora dessa tendência, seguida pela Constituição de Weimer, em 1919.

É nessa conjuntura que se entabula uma sistematização internacional, que teve como marco o Tratado de Versalhes, de 1919, o qual previu a criação da Organização Internacional do Trabalho (OIT), que, desde sua instalação, “tem dedicado especial atenção à questão do trabalho e formação profissional adolescente, preconizando, igualmente, a erradicação do trabalho infantil”²¹. A partir daí, foram estabelecidas diversas convenções, destacando-se dentre elas a Convenção n. 138 e a n. 182, as quais serão melhor examinadas no item referente às normas de proteção do trabalho infantil. Outros marcos fundamentais, foram a Declaração dos Direitos da Criança, proclamada em 1959, principal documento internacional de proteção dos direitos da criança e do adolescente, bem como a Convenção sobre os Direitos da Criança, adotada pela ONU em 1989, que conferiu força coercitiva aos princípios anteriormente proclamados na referida Declaração.

1.1.2. EVOLUÇÃO HISTÓRICA NO BRASIL

Na esfera brasileira, como aludido por Sandra Cavalcante²², “o trabalho infantil também não é um fenômeno novo. É quase tão antigo quanto nossa própria história”. Assim, na fase de povoamento do país já era possível observar um prelúdio de trabalho infantil, visto que crianças embarcavam nos navios portugueses a fim de trabalharem neles como criados. Com a colonização, a escravidão de índios e negros não deixou de lado a mão de obra infantil, sendo utilizada para desempenhar tarefas domésticas, nas lavouras ou até mesmo nas minas de ouro.

21 Idem, p. 54.

22 OLIVA, José Roberto Dantas. *O Princípio da Proteção Integral e o trabalho da criança e do adolescente no Brasil*, cit., p. 24.

No que tange às corporações de ofício, afirma-se que não ocorreu com a mesma intensidade e da mesma forma como na Europa. Havia um número ínfimo de mecânicos nas cidades, além disso, concorriam com o trabalho realizado pelos escravos²³.

Após a abolição da escravidão, bem como com o surgimento das primeiras indústrias brasileiras, o labor infantil continuava a ser uma realidade muito presente, porém, passou-se a explorar crianças pobres e órfãs, além dos imigrantes vindos a partir do século XX, em caráter bastante semelhante ao europeu durante a Revolução Industrial. Assim, como bem ensina Luciana Paula de Carvalho:

O processo de migração no fim do século XIX de quase todos os países da Europa acarretou, no Brasil, um aumento substancial de mão-de-obra de pobres imigrantes advindos dos países europeus e que foram absorvidos na indústria, sem qualquer distinção entre adultos e crianças [...]

Nesse momento de nossa história, não havia nenhuma proteção estatal ao labor infanto-juvenil. Assim sendo, as primeiras indústrias passaram a buscar mão-de-obra nos orfanatos, levando crianças para trabalhar como operárias, sob a alegação de que aprenderiam um ofício. Na verdade, porém, os industriais pretendiam utilizar uma força de trabalho barata e submissa²⁴.

O primeiro texto legal brasileiro a regular o trabalho de crianças nas fábricas foi o Decreto nº. 1313, de janeiro de 1891, o qual dispunha que menores de 12 anos não poderiam trabalhar, exceto como aprendizes, acima dos 8 anos. Não obstante, apesar da existência do decreto, este não foi colocado em prática e as violações continuaram acontecendo.

Foi apenas com a edição do Decreto nº. 17.943-A de 12 de outubro de 1927, mais conhecido como Código de Menores, que a preocupação com o trabalho infantil de fato passa a ter certo espaço no Brasil. O Código proibia o trabalho de crianças de até 12 anos, ainda, aqueles com até 14 anos não poderiam trabalhar em praças públicas, ao passo que os menores de 18 estavam impedidos de realizarem jornada de trabalho noturna. Tal norma teve sua vigência suspensa por dois anos, tendo em vista a interposição de um habeas corpus que alegava que seus dispositivos acabavam por imiscuir-se no *patrio poder*.

23 PEREZ, Viviane Matos González. **Criança e adolescente: o direito de não trabalhar antes da idade mínima constitucional como vertente do princípio da dignidade humana**. 2006. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito de Campos, Campos dos Goytacazes. p. 32.

24 CARVALHO, Luciana Paula Vaz de. **O trabalho da criança e do adolescente no ordenamento jurídico brasileiro: normas e ações de proteção**. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo. p. 34- 35.

Porém, é imprescindível lembrar que o Decreto supracitado, como ensina Viviane Perez:

Apesar da expectativa em torno do código como primeiro instrumento específico com a proposta de promover os direitos e garantias fundamentais dos infantes e adolescentes, os seus defensores frustraram-se com o teor dos dispositivos, vez que, destinava-se exclusivamente ao “menor infrator”, “abandonado” ou “delinquente”, abarcados no mote da “situação irregular”²⁵.

Trata-se, pois, de um Código resultante de uma concepção alicerçada na associação entre a pobreza e a delinquência, e formada entre o fim da escravidão e a Revolução Industrial²⁶.

Avançando um pouco mais, observa-se que em 1º de maio de 1943 foi aprovada a Consolidação das Leis do Trabalho, CLT, em vigor até os dias atuais, que trouxe considerações relevantíssimas a respeito da temática aqui tratada. Ulteriormente, em 1979, foi erigido um novo Código de Menores, por meio da Lei 6.697, que, da mesma maneira que o primeiro, enxergava a criança e o adolescente apenas sob a ótica do infrator, sem que fossem assegurados direitos e garantias fundamentais. Assim:

Para que fosse considerada legítima esta inserção da criança e do adolescente ao trabalho, o próprio Estado brasileiro constituiu um conjunto de políticas de caráter moralizador que dignificava o trabalho acima de tudo. O Código de Menores, que vigorou por mais de sete décadas, até ser revogado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) em 1990, entendia o “menor” que não estudava ou trabalhava como um potencial “delinquente”, a ser controlado e reprimido pelas estruturas punitivas do poder público²⁷.

Na sequência, com o advento da Constituição Federal de 5 de outubro de 1988, o panorama da infância é alterado, uma vez que a conjuntura era de transição para a democracia no país. Diante de uma mudança cultural, o trabalho infanto-juvenil, até então visto como um aspecto positivo, passa a ser alvo de atenção por parte do poder público, trazendo diversas mudanças no campo jurídico. Nesse sentido, narra Viviane Perez:

Inferre-se dessa forma que a vitória do movimento de defesa dos direitos da criança e do adolescente foi uma consequência dos novos conceitos

25 Idem.

26 Idem.

27 MPMGO. **Guia Trabalho Infanto-juvenil para Profissionais**. Disponível em: < http://www.mp.go.gov.br/portalweb/hp/8/docs/guia_trabalho_infantojuvenil_para_profissionais_mpmg.pdf> Acesso em 03 jul.2009.

introduzidos sob a ótica da dignidade da pessoa humana. A partir do momento em que os mesmos passaram a ser compreendidos como seres em desenvolvimento, carecedores de primazia na promoção dos seus direitos, verificou-se a necessidade de estabelecer-se como dever de todos – família, sociedade e Estado – a promoção dos direitos e garantias fundamentais do grupo²⁸.

Assim, o art. 7º da Constituição da República amplia a idade mínima para o ingresso em emprego para 14 anos. Todavia, após a instituição da Emenda Constitucional n. 20 de 15 de dezembro de 1998, essa idade mínima aumentou para 16 anos, salvo na condição de aprendiz, fixada em 14 anos.

Em continuidade a esse quadro de proteção adotado pela Magna Carta, é introduzido em nosso ordenamento, no ano de 1990, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA – Lei nº. 8069/90), documento matriz no que tange ao tratamento da infância e da juventude, que conferiu, decididamente, eficácia ao princípio da proteção integral, conforme será analisado nos itens a seguir.

1.2. O ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE E O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PROTEÇÃO INTEGRAL

A doutrina da proteção integral originou-se a partir de movimentos internacionais, que suscitou a composição de inúmeros instrumentos jurídicos, sobretudo após a adoção da Declaração Universal dos Direitos da Criança em 1959, talhados a proferir e garantir direitos, além de prevenir e defrontar sua violação em diversos níveis²⁹. Dessa forma, pode-se dizer que a Constituição Federal de 1988 foi um marco na esfera brasileira, que passou a seguir rumo ao caminho que já vinha trilhando o Direito Internacional³⁰.

Nossa Magna Carta, conforme pontuado anteriormente, nasce em um período de redemocratização do país, é resultado da pressão exercida por diversos movimentos sociais que, no que tange aos interesses da criança e do adolescente, buscavam “mudanças jurídicas e institucionais no tratamento e concepção do (direito de) ser criança e adolescente”³¹. Com isso, a Lei Maior consagra, em seu art. 227, o princípio da proteção integral. Tal dispositivo assenta que:

28 PEREZ, Viviane Matos González. *Criança e adolescente: o direito de não trabalhar antes da idade mínima constitucional como vertente do princípio da dignidade humana*, cit., p. 53.

29 OLIVEIRA, Assis da Costa. Implicações da doutrina da proteção integral na consideração das crianças e dos adolescentes como pessoas em desenvolvimento. *XVII Congresso Nacional do CONPEDI*, Brasília, DF, nov. 2008. p. 2.

30 MENDES, Macyr Pereira. *A doutrina da proteção integral da criança e do adolescente frente à Lei 8.069/90*. 2006. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo. p. 18.

31 OLIVEIRA, Assis da Costa. Implicações da doutrina da proteção integral na consideração das crianças e dos adolescentes como pessoas em desenvolvimento. *XVII Congresso Nacional do*

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010)

§ 1º O Estado promoverá programas de assistência integral à saúde da criança, do adolescente e do jovem, admitida a participação de entidades não governamentais, mediante políticas específicas e obedecendo aos seguintes preceitos: (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010)

I – aplicação de percentual dos recursos públicos destinados à saúde na assistência materno-infantil;

II – criação de programas de prevenção e atendimento especializado para as pessoas portadoras de deficiência física, sensorial ou mental, bem como de integração social do adolescente e do jovem portador de deficiência, mediante o treinamento para o trabalho e a convivência, e a facilitação do acesso aos bens e serviços coletivos, com a eliminação de obstáculos arquitetônicos e de todas as formas de discriminação. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010)

§ 2º A lei disporá sobre normas de construção dos logradouros e dos edifícios de uso público e de fabricação de veículos de transporte coletivo, a fim de garantir acesso adequado às pessoas portadoras de deficiência.

§ 3º O direito a proteção especial abrangerá os seguintes aspectos:

I – idade mínima de quatorze anos para admissão ao trabalho, observado o disposto no art. 7º, XXXIII;

II – garantia de direitos previdenciários e trabalhistas;

III – garantia de acesso do trabalhador adolescente e jovem à escola; (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010)

IV – garantia de pleno e formal conhecimento da atribuição de ato infracional, igualdade na relação processual e defesa técnica por profissional habilitado, segundo dispuser a legislação tutelar específica;

V – obediência aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, quando da aplicação de qualquer medida privativa da liberdade;

VI – estímulo do Poder Público, através de assistência jurídica, incentivos fiscais e subsídios, nos termos da lei, ao acolhimento, sob a forma de guarda, de criança ou adolescente órfão ou abandonado;

VII – programas de prevenção e atendimento especializado à criança, ao adolescente e ao jovem dependente de entorpecentes e drogas afins. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010)

§ 4º A lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente.

§ 5º A adoção será assistida pelo Poder Público, na forma da lei, que estabelecerá casos e condições de sua efetivação por parte de estrangeiros.

§ 6º Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

§ 7º No atendimento dos direitos da criança e do adolescente levar-se-à em consideração o disposto no art. 204.

§ 8º A lei estabelecerá: (Incluído Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010)

I – o estatuto da juventude, destinado a regular os direitos dos jovens; (Incluído Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010)

II – o plano nacional de juventude, de duração decenal, visando à articulação das várias esferas do poder público para a execução de políticas públicas. (Incluído Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010)³².

A partir da leitura do dispositivo posto acima, nota-se que os dois primeiros parágrafos foram descritos no sentido de pormenorizar as ações que viabilizariam a implantação do princípio da proteção integral no Brasil. Por fazer parte do tema desta pesquisa, merece maior atenção seu §3º, em que, ao longo dos incisos I a III, além de determinar idade mínima para admissão ao trabalho, buscou densificar a proteção do trabalhador adolescente³³.

Assim, entende-se por proteção integral aquela capaz de englobar as necessidades de um indivíduo, a fim de garantir o pleno desenvolvimento de sua

32 BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Diário Oficial da União, Brasília, 05 out. 1988. Diário Oficial da União, Brasília, 05 out. 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 04 set. 2018.

33 VIERO, Eliana Endres. **Trabalho artístico infanto-juvenil: uma realidade questionável à luz do ordenamento jurídico constitucional e da regulamentação a ele aplicável**. 2015. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação Ciências Jurídicas e Sociais) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre. p. 30.

personalidade³⁴. Trata-se, pois, do reconhecimento da condição peculiar da criança e do adolescente e a conseqüente necessidade de cuidados especiais. À vista disso, Eliane Santos³⁵ aponta, com perícia, que:

A proteção integral da criança e do adolescente visa à preservação do seu potencial com o oferecimento de condições para que o seu desenvolvimento se faça de forma natural, equilibrada, contínua, de modo que a vida adulta se estabeleça em condições de plena expressão de si. Volta-se à pessoa, à preservação da sua dignidade, mas também à sociedade e à preservação da qualidade de vida. De se lembrar que a qualidade de vida de hoje é determinante da qualidade de vida das gerações futuras.

O princípio da proteção integral, ademais, se desdobra, fundamentalmente, em outros dois: o princípio da prioridade absoluta e o princípio do superior interesse da criança, os quais objetivam reforçar a concretização da doutrina da proteção integral. O primeiro, princípio da prioridade absoluta, assenta a primazia dos direitos fundamentais da criança e do adolescente em relação aos adultos, desse modo, “havendo uma situação em que haja a possibilidade de atender um adulto ou criança e adolescente, em idêntica situação de urgência, a opção deverá recair sobre esses últimos”³⁶.

Já no que tange ao princípio do superior interesse da criança, é possível inferir que ele busca reger e orientar as atitudes da sociedade e do Estado direcionadas a crianças e adolescentes, a fim de que, em análise de um caso concreto, seja levado em consideração prioritariamente o melhor interesse das crianças e dos adolescentes, garantindo-lhes o respeito aos direitos fundamentais³⁷. A manifestação desses princípios justifica-se, mormente, pela vulnerabilidade inerente a esse grupo em relação aos adultos, ou seja, na infância e na adolescência a personalidade do ser humano ainda não está completa, são pessoas, portanto, mais frágeis. Essa vulnerabilidade é, portanto, a noção distintiva fundamental, que autoriza a aparente quebra no princípio da igualdade, com a finalidade de sanar uma desigualdade intrínseca desses indivíduos³⁸.

34 ELIAS, Roberto João. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990)**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p.1-2.

35 SANTOS, Eliane Araque dos. A naturalização do trabalho infantil. **Revista Tribunal Superior do Trabalho**. Brasília, v.72, nº 3, set/dez 2006. p.105.

36 AMIN, Andréa Rodrigues. Princípios orientadores do direito da criança e do adolescente. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (coord.) **Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 24.

37 OLIVIERI, Marla Romana Pita. **Trabalho infanto-juvenil em foco: uma análise da atividade artística, suas possibilidades e restrições**. 2015. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Faculdade Baiana de Direito, Salvador. p. 30.

38 MACHADO, apud SANTOS, Eliane Araque dos. A naturalização do trabalho infantil. **Revista Tribunal Superior do Trabalho**. Brasília, v.72, nº 3, set/dez 2006. p. 6.

O Estatuto da Criança e do Adolescente surge, pois, nesse contexto, ou seja, como uma forma de conferir eficácia ao princípio constitucional da proteção integral, disposto expressamente no art. 1º. Além disso, seu art. 3º robusteceu as garantias postas pelo legislador constitucional, com o propósito de facultar à criança e ao adolescente “o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade”³⁹.

Ainda, no art. 4º, cumpre-se o comando normativo da Carta da República, disciplinando os direitos fundamentais da criança e do adolescente isto é, direito: à vida e à saúde, à liberdade, ao respeito e à dignidade, à convivência familiar e comunitária, à educação, à cultura, ao esporte, ao lazer, à profissionalização e à proteção no trabalho⁴⁰, estes dois últimos serão melhor examinados no ponto referente ao tratamento legal a respeito do trabalho infantil no ordenamento jurídico brasileiro.

Dessa maneira, é categórico que o ECA foi o instrumento responsável por romper terminantemente com a concepção assistencialista e criminalizadora que embasou os Códigos de Menores 1979⁴¹, lei anterior ao ECA e que trouxe a doutrina da situação irregular. Esta “se constituía em um conjunto de regras jurídicas que se dirigiam a um tipo de criança ou adolescente específico, aquele que estava inserido num quadro de exclusão social”⁴². Destarte, observa-se o Código de Menores abarcava apenas crianças e adolescentes excluídos (abandonados ou transgressores), os quais eram vistos como objetos de intervenção jurídico-social do Estado⁴³ e tratados de maneira inferiorizada.

Tratava-se, pois, de um código autoritário, em que a figura do juiz de menores era muito marcante, já que concentrava toda autoridade em suas mãos, permitindo com que não só aplicasse a lei, como também exercesse um poder de vigilância e até mesmo a competência para baixar normas a respeito da questão⁴⁴. Depreende-se, dessa forma, que o ECA foi o mecanismo respon-

39 BRASIL. Lei nº. 8.069. 13 de julho de 1990. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm>. Acesso em: 04 set. 2018.

40 José Roberto Dantas. **O Princípio da Proteção Integral e o trabalho da criança e do adolescente no Brasil**, cit., p. 103.

41 REIS, Antero Maximiliano Dias dos. **Trabalho infanto-juvenil, impactos e dilemas do ECA: a luta por direitos na Justiça do Trabalho – TRT 12 (Florianópolis, Década de 1990)**. 2016. Dissertação (Doutorado em História) – Universidade de São Paulo, São Paulo. p. 233.

42 VERONESE, Josiane Rose Petry. A proteção integral da criança e do adolescente no direito brasileiro. **Revista Tribunal Superior do Trabalho**. Brasília, v. 79, nº 1, jan/mar 2013. p. 49.

43 MIRANDA, Silvanir Marcelino de. **Infância, trabalho e direitos no Vale do Mucuri – MG**. 2006. Tese (Doutorado em História Social) – Universidade de São Paulo, São Paulo. p. 184.

44 OLIVEIRA, Assis da Costa. Implicações da doutrina da proteção integral na consideração das crianças e dos adolescentes como pessoas em desenvolvimento. **XVII Congresso Nacional do CONPEDI**, cit., p. 4.

sável por quebrar de vez com a doutrina da situação irregular, transformando a criança e o adolescente em sujeitos de direito.

1.3. CONCEITOS E TERMINOLOGIA ADOTADA

“A palavra é o fenômeno ideológico por excelência”, esta reflexão trazida por Bakithin⁴⁵ nos remete a importância dos termos utilizados pela legislação a fim de versar sobre os cuidados com a criança e o adolescente, dado que o modo como as palavras são empregues em nosso ordenamento jurídico podem trazer implicações ideológicas não condizentes com a esfera da proteção integral. Diante disso, faz-se fundamental a diagnose de alguns vocábulos dispostos na legislação pátria.

1.3.1. DO TERMO “MENOR”

A expressão “menor”, habitualmente aplicada antes da vigência da Constituição Federal de 1988, qualificava o indivíduo que ainda não alcançou a fase adulta. Tal termo remete diretamente ao antigo Código de Menores, o qual, conforme visto acima, tinha forte caráter discriminatório, o que trazia a palavra “menor” um estigma de marginalização. Por isso, com a Carta da República, em um contexto de democratização, passou-se a adotar as expressões “criança” e “adolescente”, expressões estas que ganharam força de vez com a vinda do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Além da razão histórica, a motivação semântica, como bem argumenta José Roberto Dantas Oliva também se faz presente, uma vez que o vocábulo aqui analisado equipara-se à pequenez, algo ínfimo, de hierarquia inferior⁴⁶. O abandono, portanto, de tal palavra, significou um progresso nos cuidados com a criança e o adolescente, os quais deixaram de ser “simples ‘menores’ para garantir status de indivíduos na titularidade plena de direitos”⁴⁷.

É claro que a palavra menor não foi absolutamente extinta do nosso ordenamento jurídico, ela ainda é utilizada em casos de exclusiva delimitação etária⁴⁸. Ademais, como ensina Alice Monteiro de Barros, a maioria civil, disposta no art. 5º do atual Código Civil coincide com a maioria trabalhista, trazida pela Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), também é atingida

45 BAKHTIN, Mikhail. **Marxismo e filosofia da linguagem**. Trad. Michel Lahud e Yara Frateschi Vieira. 9.ed. São Paulo: Hucitec, 1999. p. 36.

46 José Roberto Dantas. **O Princípio da Proteção Integral e o trabalho da criança e do adolescente no Brasil**, cit., p.82.

47 Ibidem, p. 81

48 Ibidem.

aos 18 anos⁴⁹. Apesar dessa coincidência, não se pode confundir a capacidade jurídica para exercer os atos da vida civil com os mandamentos estabelecidos pela CLT para a prática de uma atividade laboral. Confirma-se nas lições de Erotilde Minharmo:

Destarte, a expressão menor, usada com o intuito de delimitar as fases da vida humana que precedem a etapa adulta, estaria equivocada; pois a proteção do trabalho infante-juvenil não está relacionada à capacidade para exercer pessoalmente os atos da vida civil ou à sua inimputabilidade, mas refere-se, isto sim, à influência do exercício de determinadas atividades na má formação educacional, cultural, moral, física e mental das crianças e dos adolescentes [...]⁵⁰

Desse modo, não restam dúvidas de que a terminologia “menor” é inadequada para se reportar a indivíduos que ainda não chegaram na idade adulta, por conseguinte, serão adotados pelo presente trabalho as expressões “criança” e “adolescente”. Superadas tais explanações acerca da terminologia perfilhada, resta conceituar “criança”, “adolescente” e também “trabalho infantil”.

1.3.2. DO CONCEITO DE CRIANÇA E ADOLESCENTE

Primeiramente, cumpre observar que inexistente um consenso acerca da definição de criança e adolescente. Nesse sentido, por exemplo, a Organização das Nações Unidas, em art. 1º da Convenção Internacional dos Direitos da Criança de 1989, conceitua criança como indivíduo com menos de 18 anos de idade, enquanto que a Convenção 138 da OIT prevê uma faixa de até 15 anos incompletos, sendo que a adolescência partiria desta faixa até os 18 anos. Dessa forma, como bem pontua Erotilde Minharmo:

[...] o significado destes termos varia conforme a sociedade, a cultura e a época. Sabe-se, porém, que é na infância e na adolescência que o indivíduo adquire a formação intelectual, física, social e moral necessária para se transformar num adulto probo, consciente de seus direitos e obrigações, enfim, apto para o exercício de atividades laborativas que lhe assegurem o sustento. Por isso, nas primeiras fases da vida o ser humano não deveria lançar-se no mercado de trabalho⁵¹.

Diante disso, para fins de desenvolvimento do presente trabalho, optou-se por empregar o conceito dado pelo ECA, o qual diferencia a criança do

49 BARROS, Alice Monteiro, apud José Roberto Dantas. **O Princípio da Proteção Integral e o trabalho da criança e do adolescente no Brasil**, cit., p. 82.

50 MINHARRO, Erotilde Ribeiro dos Santos. **A criança e o adolescente no Direito do Trabalho**, cit., p.29.

51 Idem.

adolescente. Assim, enquanto o primeiro termo é tido como pessoa de 0 a 12 anos de idade incompletos, o segundo é definido como pessoa na faixa de 12 anos completos e 18 incompletos. Confirma-se: “Art. 2º Considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade”⁵².

1.3.3. DO CONCEITO DE TRABALHO INFANTIL

Trabalho infantil também não é um termo claro e pacificado na doutrina e na legislação, tendo em vista que podem ser aplicados critérios distintos a depender da época e da sociedade. Neste estudo, decidiu-se por definir trabalho infantil, como regra geral, aquele desempenhado por crianças e adolescentes com menos de 16 anos de idade, salvo na condição de aprendiz, a partir dos 14 anos, como disciplinado pelo art. 7º, inc. XXXIII da Constituição. Trata-se, pois, de atividade econômica e/ou de sobrevivência, com ou sem finalidade de lucro, remuneradas ou não, exercidas por indivíduos abaixo da idade mínima exigida pela Constituição para trabalhar⁵³.

1.4. O TRABALHO INFANTIL E SEU TRATAMENTO JURÍDICO-PROTETIVO

1.4.1. NORMAS INTERNACIONAIS DE PROTEÇÃO

No decorrer do século XX, como já aludido previamente, diversas normas foram criadas no sentido de conferir proteção à criança e ao adolescente contra a exploração de sua mão de obra. Dentre essas variadas normas, destacam-se as Convenções nº 138 e 182 da OIT. A primeira, adotada em 1973 pela OIT, é referente à idade mínima de admissão ao emprego, por meio dela pretende-se que assegurar o comprometimento dos Estados ratificantes a “adotar uma política que garanta a efetiva abolição do trabalho infantil e a elevação paulatina da idade mínima de admissão em atividades laborativas em um nível compatível com o pleno desenvolvimento físico e mental do adolescente”⁵⁴.

O art. 2º, §3º da referida Convenção fixa o limite mínimo de idade como aquele não inferior à de conclusão da escolaridade compulsória e, em qualquer caso, que não seja inferior a 15 anos. Veja aqui o caráter flexível de seu texto, visto que, segundo seu art. 2º, §4º, assente, para países com um baixo desenvol-

52 BRASIL. Lei nº. 8.069. 13 de julho de 1990. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm>. Acesso em: 04 set. 2018.

53 OIT. **O trabalho infantil no Brasil**. Disponível em: < http://www.ilo.org/brasilia/temas/trabalho-infantil/WCMS_565212/lang-pt/index.htm> Acesso em: 09 jul.2018.

54 MINHARRO, Erotilde Ribeiro dos Santos. **A criança e o adolescente no Direito do Trabalho**, cit., p.33.

vimento econômico e educacional, a especificação de uma idade mínima de 14 anos. Admite-se, além disso, a limitação do campo de atuação, em outras palavras, é possível, em alguns casos, definir quais categorias de trabalho se submeterão a fixação mínima etária.

Essa maleabilidade, contudo, não é dada de maneira solta e desmedida, as nações são sujeitas a mecanismos de controle, como, por exemplo, a apresentação de um relatório da situação geral dos jovens pertencentes às categorias de emprego excluídas do cumprimento da idade mínima (art. 5º, §4º, alínea “a”, Convenção 138) ou até mesmo a obrigatoriedade, para os Estados que não cumprirem o estabelecimento da idade mínima para o trabalho, de uma exposição de motivos para tal especificação (art. 2º, § 5º, alíneas “a” e “b”, Convenção 138)⁵⁵.

Superadas as considerações a respeito da idade mínima, a Convenção nº. 138 também aborda do contrato de aprendizagem, em que, de acordo com seu art. 6º, não será aplicada, aos maiores de 14 anos, a Convenção nas hipóteses em que se tratar de trabalho relacionado a treinamentos, cursos ou orientação vocacional. Nessa toada, na Recomendação nº 146 da OIT, suplementar à Convenção sobre a idade mínima, é possível identificar o aconselhamento de adoção de políticas públicas nacionais, dentre elas, está a frequência das crianças nas escolas, além da adoção de programas de orientação ou formação profissional⁵⁶.

Tendo em vista a temática principal desta pesquisa, trabalho infantil artístico, destaca-se o art. 8º da Convenção 138, que permite a concessão de exceções para a proibição do trabalho infantil, para finalidades artísticas, por exemplo, devendo-se delimitar o número de horas do trabalho autorizado, bem como suas condições de realização. Tal artigo será melhor estudado no próximo capítulo, dedicado nomeadamente ao trabalho infantil artístico.

A Convenção 182, do ano de 1999, buscou, por seu turno, legislar sobre as piores formas de trabalho infantil e as medidas a serem adotadas para a sua erradicação. O art. 3º da Convenção traz quais seriam essas piores formas, a saber:

[...]

a) todas as formas de escravidão ou práticas análogas à escravidão, como venda e tráfico de crianças, sujeição por dívida, servidão, trabalho

55 JULIO, Isabela Guimarães Di. **Trabalho infanto-juvenil artístico: entre a ilegalidade e a possibilidade**. 2016. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo. p. 15.

56 CAVALCANTE, Sandra Regina. **Trabalho Infantil Artístico: do deslumbramento à ilegalidade**, cit., p.33.

forçado ou compulsório, inclusive recrutamento forçado ou obrigatório de crianças para serem utilizadas em conflitos armados;

b) utilização, demanda e oferta de criança para fins de prostituição, produção de pornografia ou atuações pornográficas;

c) utilização, recrutamento e oferta de criança para atividades ilícitas, particularmente para a produção e tráfico de entorpecentes conforme definidos nos tratados internacionais pertinentes;

d) trabalhos que, por sua natureza ou pelas circunstâncias em que são executados, são suscetíveis de prejudicar a saúde, a segurança e a moral da criança⁵⁷.

No Brasil as Convenções nº. 138 e 182 passam efetivamente a fazer parte do sistema legal brasileiro, respectivamente, nos anos de 2002, por força do Decreto nº. 4134, e 2000, com o Decreto nº. 3.597, servindo, pois, de modelo para a produção normativa nacional.

1.4.2. A PROTEÇÃO NA ESFERA INTERNA

Inicialmente, o ordenamento constitucional pátrio apontou como idade mínima para o trabalho a partir dos 14 anos, excetuando a condição de aprendiz, que poderia ser exercida indistintamente, sem qualquer limitação etária, ou seja, havia uma incompatibilidade normativa da Carta Magna com a Convenção 138 que só findou com a Emenda Constitucional nº 20 de 1988. Esta, ao alterar o art. 7º, XXXIII, muda para 16 anos a idade mínima, nas seguintes condições⁵⁸: “XXXIII – proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos”.

No plano de proteção infraconstitucional a CLT e o ECA são os grandes protagonistas. Este, ao longo dos arts. 60 a 69 trata do direito à profissionalização e proteção dos jovens no âmbito laboral. O art. 60 preceitua sobre a idade mínima para o trabalho, proibindo o trabalho a qualquer menor de 14 anos, contudo, verifica-se que após a redação da Emenda Constitucional nº. 20, o art. 60, apesar de não ter havido alteração em seu texto, é revogado tacitamente.

Por sua vez, seus arts. 62 a 65, também do ECA, preocupam-se com o contrato de aprendizagem, garantindo ao jovem aprendiz formação técnico

57 OIT. **Convenção nº 182**. 1 de junho de 1999. Disponível em: < http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/pfdc/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/crianca-e-adolescente/convencao_OIT_182_proibicao_trabalho_infantil.pdf>. Acesso em: 04 set. 2018.

58 BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Diário Oficial da União, Brasília, 05 out. 1988. Diário Oficial da União, Brasília, 05 out. 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 04 set. 2018.

profissional compatível com seu desenvolvimento, garantindo-se acesso e frequência obrigatória no ensino regular, horário especial, bem como direitos trabalhistas e previdenciários.

O ECA, ao seguir o espírito protetivo da Constituição Federal, não admite, por exemplo, o trabalho noturno, perigoso, insalubre ou penoso, além do realizado em lugares prejudiciais à sua formação, desenvolvimento e que seja incompatível com a frequência escolar (art. 67). É garantido, além disso, trabalho seguro ao portador de deficiência (art. 66) e o respeito à condição peculiar da pessoa em desenvolvimento (art. 69) ⁵⁹.

Por fim, imperioso destacar que no art. 61, o Estatuto enuncia a existência de legislação especial que regula a proteção ao trabalhador adolescente, ou seja, a CLT, em seu capítulo IV – “Da proteção do trabalho do menor”. Este capítulo preocupa-se com a condição peculiar do adolescente empregado, por isso, como também faz a Magna Carta e o ECA, veda, o trabalho noturno, insalubre ou perigoso, nos termos do art. 404.

Contudo, merecem maior destaque seus dispositivos específicos: arts. 411 e 413, que proíbem a prorrogação da jornada diária do adolescente; arts. 134, §2º e 136, §2º, que vedam o fracionamento das férias do jovem trabalhador e asseguram seu Fundo de Garantia, 13º salário e o salário mínimo regional integral; e, por fim, arts. 424, 425 e 427, que atribuem aos responsáveis legais do adolescente “afastá-los de empregos que diminuam consideravelmente o seu tempo de estudo, reduzam o tempo de repouso necessário à sua saúde e constituição física, ou prejudiquem a sua educação moral”, bem como ao empregador a obrigação de “conceder-lhes o tempo que for necessário para a frequência às aulas” e respeitar as regras da segurança, da medicina e do trabalho⁶⁰. A lei obreira também traz em seu corpo dispositivos sobre a participação infanto-juvenil em eventos artísticos, matéria que será abordada mais detalhadamente nos próximos capítulos.

Apesar de conciso o panorama legal aqui apresentado, foi possível perceber uma evolução no que toca à salvaguarda dos deveres de proteção para com o adolescente trabalhador, evolução esta que acompanhou o plano internacional. É inegável que, apesar de enorme avanço, atividade ilegal de crianças e adolescentes ainda é uma realidade constante no Brasil, como mostram os números a seguir.

59 JULIO, Isabela Guimarães Di. **Trabalho infanto-juvenil artístico: entre a ilegalidade e a possibilidade**, cit., p. 22.

60 Idem.

1.5. DADOS NUMÉRICOS

Consoante a Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílio (PNAD), realizada pelo IBGE, entre 1992 e 2015, 5,7 milhões de crianças e adolescentes deixaram de trabalhar no Brasil, ou seja, houve uma redução de 68%. Não obstante, mesmo com apreciável contração ao longo dos anos, o trabalho infantil é ainda uma questão premente de análises e ações por parte do poder público e da sociedade.

Os dados apresentados pela PNAD 2015 revelam que, apesar de proibido constitucionalmente para os menores de 16 anos, bem como reforçado em diversos tratados e convenções, como analisado no tópico anterior, a mão de obra infantil ainda é significativamente explorada em nosso país, visto que temos ainda 2,7 milhões de crianças e adolescentes, na faixa de 05 a 17 anos, trabalhando⁶¹. Porém, somente 503 mil estavam autorizados por lei a exercer determinada atividade, sendo 212 mil na categoria de aprendiz e outros 291 como empregados não aprendizes. Os outros 82% enquadram-se no trabalho ilegal⁶².

De mais a mais, nomeadamente na faixa etária de 5 a 13 anos, o número vai para 412 mil indivíduos em situação de trabalho infantil. Dentre eles, 79 mil enquadram-se no grupo de indivíduos entre 5 e 9 anos de idade, sendo que em 2014 esse número era 12,3% menor, dado alarmante, carente de enorme atenção.

Já as faixas de 10 a 13 anos e de 14 a 17 anos representam, respectivamente, 333 mil e 2,3 milhões de jovens trabalhadores. Diante dos números apresentados, concluiu-se que o grupamento de 10 a 13 anos de idade teve queda de 31,1% com relação a 2014, representando um total de 150 mil pessoas. Todavia, em termos absolutos, a maior queda ocorreu na faixa de 14 a 17 anos, já que foram registrados 518 mil adolescentes empregados a menos.

No que tange ao rendimento médio mensal domiciliar per capita das pessoas de 5 a 17 anos, a referida pesquisa apontou um total estimado de R\$ 630,00 (seiscentos e trinta reais), o que mostra que a realidade atual não difere da apresentada anteriormente no período da Revolução Industrial, em que a mão de obra infantil era utilizada pelos donos de fábricas a fim de conter gastos, já que o salário seria menor do que o pago a um adulto. Como afirma

61 IBGE. **Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios**. Disponível em: <<https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv98887.pdf>> Acesso em: 06 jul. 2018.

62 REDE PETECA. **O que é trabalho infantil?** Disponível em: <<http://www.chegadetrabalhoinfantil.org.br/trabalho-infantil/conceito/>> Acesso em: 07 jul. 2018.

Erotilde Minharro⁶³ “em nossos dias, o fenômeno da globalização da economia faz com que vários países continuem a se utilizar do trabalho infantil para baratear os custos dos produtos e ganhar competitividade”.

Imperioso observar que existem apontamentos mais recentes pela PNAD, do ano de 2016, contudo, diante da alteração metodológica no referido ano, tais dados não foram reconhecidos pelo Fórum Nacional de Combate ao Trabalho Infantil. Segundo consta nota lançada pela FNPET, 716 mil crianças e adolescentes que trabalham para o próprio consumo foram excluídas da apresentação dos dados sobre trabalho infantil, o que, conforme bem apontado pela FNPET, exclui essa categoria de crianças e adolescentes das ações e programas de prevenção e erradicação do trabalho precoce⁶⁴.

Os dados apresentados nessa última pesquisa indicam como total de trabalhadores entre 5 e 17 anos o número de 1,8 milhão, porém sem considerar os 716 mil tratados acima, isto é, a quantia real de crianças e adolescentes que trabalham atualmente seria de 2,5 milhões, ou seja, trata-se de uma redução ilusória. Acerca desta questão, a procuradora do trabalho Elisiane Santos salienta que:

Em pleno momento de retrocessos, em que se percebe cortes orçamentários nas políticas sociais estratégicas para o enfrentamento do trabalho infantil, como saúde e educação, assim como a precarização da fiscalização do trabalho infantil e escravo, a difusão destes números mais parece estratégia de invisibilizar o grave problema, por parte do atual governo. Trata-se de visível mascaramento da realidade social trágica de milhões de crianças e adolescentes que pode trazer efeitos perversos nas estratégias de enfrentamento do problema⁶⁵.

Além dos números trazidos acima, a análise feita pelo FNPETI⁶⁶, com base nos dados apresentados pelo IBGE em 2014, apresenta resultados por grupamentos de atividades econômicas do Brasil. Por meio disso, é possível aferir que as atividades que mais exploram a mão de obra infantil são a agricultura, pecuária, silvicultura, pesca e aquicultura, com 30,8% dos casos; em segundo lugar, o comércio, representando 23,9% do total; nas demais posições

63 JULIO, Isabela Guimarães Di. **Trabalho infanto-juvenil artístico: entre a ilegalidade e a possibilidade**, cit., p. 11.

64 FNPETI. **Nota explicativa sobre dados de trabalho infantil da PNAD Contínua 2016**. Disponível em: <<http://www.fnpeti.org.br/noticia/1840-nota-explicativa-sobre-os-dados-de-trabalho-infantil-da-pnad-continua-2016.html>> Acesso em: 05 jul.2018.

65 REDE PETECA. **Trabalho infantil no Brasil e no mundo**. Disponível em: <<http://www.chegadetrabalhoainfantil.org.br/trabalho-infantil/estatisticas/>> Acesso em: 07 jul. 2018.

66 FNPETI. **O trabalho infantil nos principais grupamentos de atividades econômicas do Brasil**. Disponível em: <<http://www.fnpeti.org.br/arquivos//biblioteca/bc9f7b232c179601a4cef519bf2e91c6.pdf>> Acesso em: 07 jul.2018.

temos os serviços de alojamento, alimentação, transportes, financeiros e imobiliários (13,9%); indústria de transformação, extração mineral, petróleo, gás, eletricidade e água (10,7%); administração pública, educação, saúde, serviços sociais, coletivos e pessoais (8,6%); construção (6,9%) e serviços domésticos (5,2%). Conquanto, no que toca ao trabalho infantil artístico, o que sucede é justamente a falta de conhecimentos numéricos a respeito.

Ao longo da elaboração deste trabalho, diligenciou-se por informações do SATED-SP (Sindicato dos Artistas e Técnicos em Espetáculos de Diversões do Estado de São Paulo sobre a quantidade de artistas mirins associados, contudo nenhum dos e-mails enviados foram respondidos. Ademais, por meio da Lei de Acesso à Informação (Lei 12.527 de novembro de 2011), procurou-se saber do Ministério Público do Trabalho (MPT) e do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região SP (TRT-2) a respeito da quantidade de pedidos de autorização para o trabalho de crianças e adolescentes em espetáculos, na vigência da Recomendação Conjunta 01/2014, esta, em apertada síntese estabelece ser da competência da Justiça do Trabalho autorizar pedidos de trabalho infantil artísticos, conforme será analisado mais adiante. Todavia, nenhum dos órgãos dispunha dos dados solicitados.

Outrossim, em concordância com o que será analisado no item 1.6 do presente trabalho, observa-se que as consequências do trabalho precoce são inúmeras, uma delas, inclusive, seria a interferência na frequência escolar do jovem. Segundo estudo denominado “Trabalho Infantil e Adolescente: impacto econômico e os desafios para a inserção de jovens no mercado de trabalho no Cone Sul”, a evasão escolar chega a 40% nos casos em que a jornada de trabalho é de 36 horas semanais. Vale ressaltar, ademais, que para a mesma carga de trabalho, há uma queda de rendimento escolar de 10% a 15%⁶⁷.

Outra consequência que pode ser reafirmada por meio dados estatísticos seriam os casos de acidente de trabalho, tendo em vista que, entre os anos 2012 e 2017 quase 16 mil pessoas abaixo de 18 anos foram vítimas de acidente de trabalho, ou seja, dentro desse período, a cada três horas e meia uma criança ou adolescente sofreu um acidente enquanto trabalhava. De acordo com levantamento do Ministério Público do Trabalho, 187 jovens, entre 2007 e 2015, morreram nesses inúmeros acidentes⁶⁸.

67 ANDI. **A grave relação entre trabalho infantil e evasão escolar**. Disponível em: < <http://www.andi.org.br/clipping/grave-relacao-entre-trabalho-infantil-e-evacao-escolar> > Acesso em: 07 jul. 2018.

68 ANDI. **Criança ou adolescente sofre acidente de trabalho a cada três horas e meia**. Disponível em: < <http://www.andi.org.br/clipping/crianca-ou-adolescente-sofre-acidente-de-trabalho-cada-tres-horas-e-meia> >. Acesso em: 07 jul. 2018.

Isto posto, depreende-se que a análise e divulgação de dados estatísticos sobre o trabalho infantil é estratégia essencial para sua redução, uma vez que, além de trazer visibilidade para o tema, mobilizar e conscientizar diversos atores sociais, permite que tenhamos uma noção mais detalhada da realidade que nos cerca, facilitando a implementação de estratégias que reduzam o problema. Imprescindível salientar que os desafios a serem enfrentados pelo Brasil no que concerne a presente temática são inúmeros. Ainda há uma espécie de legitimação do trabalho precoce que, unida a questões econômicas e culturais, como já aduzido anteriormente, tornam o seu combate extremamente operoso.

No caso do trabalho infantil artístico, diferentemente do que se imagina, os desafios também estão muito presentes, pois, como foi possível notar, inexistem dados numéricos a respeito dessa forma de trabalho infantil, bem como são poucas as reflexões sobre o assunto. Tal conjuntura só reforça o entendimento da substancialidade da questão.

Evidencia-se, pois, que a falta de estudos relacionados à temática tem como causa, sobretudo, o fascínio que o mundo artístico causa em nossa sociedade e a falsa ideia de que essa atividade traz apenas glamour e felicidade para aqueles que as desenvolvem, mesmo em se tratando de indivíduos ainda em formação.

1.6. CAUSAS E EFEITOS DO TRABALHO PRECOCE

Os dados apontados acima salientam que, apesar do real avanço, a erradicação do trabalho infantil no Brasil está bem longe de ser uma realidade. Por isso, é imprescindível buscar estratégias que atinjam diretamente as causas desse fenômeno, a fim de garantir verdadeiramente sua eliminação. Mas afinal, quais seriam as causas do trabalho infantil?

Inúmeras são as razões que permeiam o ingresso de crianças e adolescentes no universo laboral. Maria de Fátima Pereira Alberto e Anísio José Silva Araújo⁶⁹ dividem as causas do trabalho precoce em dois grandes grupos: o dos fatores microestruturais e os macroestruturais. O primeiro, nada mais é que os originados no próprio grupo social, destacando-se tanto a pobreza familiar, quanto a ideia do trabalho infantil como elemento formador do indivíduo social, ou seja, a visão positiva que parte da sociedade tem em relação ao trabalho infantil. O segundo grupo, por sua vez, engloba os fatores geradores de pobreza, como concentração de renda, o desemprego estrutural, isto é, ele-

69 ALBERTO, Maria de Fátima. **Crianças e adolescentes que trabalham: cenas de uma realidade negada**. 2003. Disponível em: < http://www.cchla.ufpb.br/nupedia/wp-content/uploads/2010/12/livro1-criancas_e_adolescentes_que_trabalham_-_cenas_de_uma_realidade_negada.pdf>. Acesso em 20 jun. 2018.

mentos políticos e econômicos que forjam a necessidade de a família enviar seus filhos ao mercado de trabalho.

A dificuldade econômica das famílias é um dos elementos colaboradores centrais para a oferta de mão de obra infantil. Assim, crianças e adolescentes ao ingressarem precocemente no mercado de trabalho com o intuito de aumentar a renda familiar geram uma sucessão ininterrupta desse fenômeno, posto que a entrada precoce de uma criança no mercado de trabalho poderá vir a afetar seu desempenho escolar e, conseqüentemente sua qualificação profissional, reduzindo, pois, “as chances de aquela nova geração galgar melhores condições econômico-culturais quando forem adultas”⁷⁰.

O sistema de valores e tradições da nossa sociedade também são razões determinantes para o trabalho infantil. Trata-se de uma visão positiva e valorizada em relação à entrada de crianças e adolescentes no mundo do trabalho, já que aquelas estariam protegidas do ócio, da permanência nas ruas e da marginalidade. Desse modo, “para muitos pais, o trabalho infantil não é um meio de subsistência familiar, mas sim uma importante fonte de aprendizagem”⁷¹.

No caso dos artistas mirins constata-se que a questão cultural é ainda mais destacada, uma vez que o trabalho artístico, além de não ser visto por muitos como trabalho de fato, figura no imaginário das pessoas certo fascínio, bem como a ideia de que trata-se apenas de aprazimento e sucesso.

Apesar de haver essa cultura de valorização do trabalho de crianças e adolescentes, as conseqüências da iniciação precoce no trabalho não são nada positivas, inclusive para o trabalho artístico. A respeito do trabalho infantil de maneira geral, além da perpetuação do ciclo da pobreza aqui já analisado, danos físicos, cognitivos, psicológicos e sociais podem ocorrer com crianças e adolescentes que têm sua mão de obra explorada, sendo, em muitos casos, irreparáveis.

Em relação aos danos físicos, em virtude da fragilidade e da menor resistência causada pela idade, crianças e dos adolescentes são mais suscetíveis a doenças e acidentes causados pelo trabalho. Por conseguinte, cansaço, distúrbios de sono, irritabilidade, alergia e problemas respiratórios estão na lista das conseqüências físicas do trabalho infantil, já que alguns deles exigem esforço

70 CAVALCANTE, Sandra Regina. *Trabalho Infantil Artístico: do deslumbramento à ilegalidade*, cit., p. 43.

71 BRASIL. Ministério da Saúde. *Trabalho infantil: diretrizes para atenção integral à saúde de crianças e adolescentes economicamente ativos*. Brasília: Editora MS; 2007, apud CAVALCANTE, Sandra Regina. *Trabalho artístico na infância: estudo qualitativo em saúde do trabalhador*. 2012. Dissertação (Mestrado em Ciências) – Universidade de São Paulo, São Paulo. p. 50.

físico extremo, como carregar objetos pesados ou adotar posições que prejudicam o crescimento, lesões na coluna ou deformidades⁷².

Os danos psicológicos podem aparecer, por exemplo, nos casos em que a criança é responsável por uma parte significativa da renda familiar, havendo, portanto, uma inversão de papéis e um excesso de responsabilidade, o que pode resultar no amadurecimento precoce, dificultando sua inserção em outros grupos sociais da mesma faixa etária. Outrossim, consequências ainda mais graves podem suceder em trabalhos que se enquadram na categoria de piores formas, como trabalhos relacionados ao tráfico e exploração sexual, ocasionando o desenvolvimento de doenças psicológicas⁷³.

Ainda, o ingresso adiantado no mundo do trabalho ceifa uma etapa importantíssima que é a infância, o direito de brincar, de sonhar e aprender da criança, atravancando seu desenvolvimento cognitivo, sua frequência e progresso na escola. Como bem lembra Sandra Cavalcante:

[...] qualquer forma de trabalho que afaste a criança da escola, do lazer, da convivência familiar ou do brincar trará repercussões danosas e muitas vezes irreversíveis ao desenvolvimento deste ser humano, porque é uma fase de extrema vulnerabilidade. Sua personalidade está incompleta, suas potencialidades ainda não amadureceram a um nível mínimo, e sequer sabem exercitar completamente suas potencialidades nem defender seus direitos⁷⁴.

Diante dos fatos apresentados, pode-se concluir que, tanto o sistema de valores de nossa sociedade, quanto às mazelas de nosso país são fatores basilares no diagnóstico das causas do trabalho precoce, já que contribuem diretamente com sua perpetuação. Desse modo, para que esse fenômeno seja erradicado, é vital o investimento em políticas públicas de redução da desigualdade social, bem como o rompimento, por meio de políticas de conscientização e mobilização, com esse ideário de naturalização do trabalho infantil.

CAPÍTULO 2 – O TRABALHO INFANTIL ARTÍSTICO

unissonante ao que foi versado no capítulo anterior houve uma clara evolução no que tange aos direitos da criança e do adolescente, inclusive da exploração de sua mão de obra. Como foi possível perceber, foram produzidas

72 REDE PETECA. *Consequências do trabalho infantil*. Disponível em: < <http://www.chegadetrabalhoinfantil.org.br/trabalho-infantil/consequencias/> > Acesso em: 18 jul. 2018.

73 Idem.

74 CAVALCANTE, Sandra Regina. *Trabalho Infantil Artístico: do deslumbramento à ilegalidade*, cit., p. 43.

inúmeras normas no sentido de combater o trabalho de menores de 16 anos, respeitando o princípio da proteção integral. Entretanto, apesar de inegável avanço, constata-se que, ao mesmo tempo em que pouco se fala em proteção ao artista mirim, estes são cada vez mais comuns nos dias atuais, trata-se, pois, de um ramo em expansão.

Resta agora restringir um pouco mais a temática do presente trabalho e imergir na esfera do trabalho artístico infantil, a fim de arrematar a construção do sustentáculo que servirá para, finalmente, um melhor desenvolvimento do tema central do presente trabalho, ou seja, a verificação da justiça competente para julgar os pedidos de autorização para o trabalho de menores de 16 anos em espetáculos artísticos.

2.1 DA CRIAÇÃO ARTÍSTICA: LIMITES ENTRE FINALIDADE EDUCATIVA E OBJETIVOS COMERCIAIS

Primeiramente, é forçoso fazer uma diferenciação entre trabalho artístico e atividade artística, como explica Luciano Martinez “a atividade é entendida como um gênero que comporta duas espécies: o trabalho e a atividade em sentido estrito. O que distingue as referidas espécies substancialmente é a meta”⁷⁵, ou seja, enquanto que o trabalho artístico tem, mormente, fins econômicos, a atividade artística em sentido estrito tem por objetivo o desenvolvimento de habilidades artísticas e o incentivo à educação e à cultura.

Dessa maneira, trabalho infanto-juvenil artístico pode ser compreendido como uma prestação de serviços, em que um terceiro se favorece financeiramente das expressões artísticas produzidas por menores de 16 anos nos mais diversos seguimentos (teatro, programas de televisão/rádio, espetáculos de dança, cinema, publicidade, desfiles de moda, entre outros). É, portanto uma relação de trabalho, que tem como marca o fim econômico. Vale lembrar, como afirma Sandra Cavalcante, que não é necessário especificamente uma contrapartida econômica ao artista mirim pelo trabalho executado. É bastante comum, por exemplo, em desfiles e fotos para catálogos, que as crianças recebam roupas em troca ou simplesmente a oportunidade de exposição da imagem, objetivando angariar outros trabalhos⁷⁶.

Outro aspecto importante é o de que essa relação de trabalho pode ocorrer tanto de maneira contínua, como acontece, por exemplo, em gravações de

75 MARTINEZ, Luciano. *Curso de Direito do Trabalho*. 5º ed. São Paulo: Saraiva. 2014.p.123.

76 CAVALCANTE, Sandra Regina. *Trabalho Infantil Artístico: do deslumbramento à ilegalidade*, cit., p. 43.

seriados ou novelas, que têm um tempo maior de duração, ou de forma episódica, pontual, como na gravação de um comercial ou uma sessão de fotos⁷⁷.

Atividade artística em sentido estrito, por sua vez, não contempla todos os requisitos necessários para a caracterização da relação de emprego, uma vez que não há exploração comercial, apenas o desenvolvimento da expressão artística com finalidade educacional, cultural, e não voltada aos interesses do mercado.

A criação artística é um componente essencial na formação do ser humano, favorecendo no desenvolvimento intelectual, na expressão verbal e até mesmo na descoberta de habilidades próprias. Vicktor Lowenfeld argumenta que “tudo quanto pudermos fazer para estimular a criança no uso sensível dos seus olhos, ouvidos, dedos e do corpo inteiro servirá para enriquecer sua reserva de experiências”⁷⁸.

Tal atividade é protegida, inclusive constitucionalmente pelo art. 215, CF/88, o qual estabelece ser do Estado o papel de garantir a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes de cultura, além de apoiar e incentivar a valorização e a difusão das manifestações culturais.

Além do incentivo à cultura, nossa Constituição Federal traz a liberdade de expressão artística, no art. 5º, IX: “é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença”. Digna de nota também é a Lei de Diretrizes Básicas da Educação, que representou um grande avanço para a educação artística, já que o ensino da arte passou a ser obrigatório nas escolas de ensino básico.

Dessa forma, conclui-se que:

[...] a simples manifestação artística da criança no âmbito privado, ainda que possa ser considerada um importante acontecimento para a própria criança ou para um pequeno grupo familiar, não poderá ser encarada jurídica, social e pedagogicamente da mesma forma que o desenvolvimento de uma carreira artística na mídia de comunicação de massa e a consagração de verdadeiros ícones infantis no mundo do entretenimento, o espaço em que se coloca o espetáculo público⁷⁹.

Por isso, cabe elucidar que o que será analisado nos próximos capítulos é a atividade artística de crianças e adolescentes, fruto de uma relação de trabalho, explorada por terceiros. Cuida-se de um fenômeno bastante controver-

77 GARCIA, Emerson. Trabalho de crianças e adolescentes e participação em espetáculos públicos: reflexões sobre o juízo competente para autorizá-los. *Revista Jurídica do Ministério Público do Estado do Paraná*, São Paulo, v.4, nº 6, p. 39- 97, jun. 2017. p. 54-55.

78 LOWENFEKD, apud MARTINS, Ana Luiza Leitão. *O trabalho artístico da criança e do adolescente*. 2013. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade de São Paulo, São Paulo. p. 73.

79 MARTINS, Ana Luiza Leitão. *O trabalho artístico da criança e do adolescente*, cit., p. 67.

tido tanto na esfera doutrinária, quanto nos próprios setores que cuidam da proteção de tais crianças e adolescentes, do mesmo modo que na própria sociedade em geral.

Nesse contexto, são diversas as opiniões, havendo, inclusive, posicionamentos extremos. Para o professor e ator Marcelo Pato Papaterra Limongi, por exemplo, deve haver a proibição total e imediata do trabalho artístico infantil⁸⁰, uma vez que crianças expostas em atividades artísticas passam por situações desgastantes e traumáticas, assim como qualquer outra forma de trabalho infantil.

Por outro lado, Luiz Carlos Amorim Robortella e Antônio Galvão Peres pensam diferente. Para estes autores existe “uma distância insuperável entre o artista mirim e aquele menor que presta serviços manuais, normalmente não qualificados, nas fábricas, nos campos, no comércio, nos serviços, ou até nas ruas”⁸¹. Ademais, aduzem que “o trabalho artístico da criança sempre foi aceito pelas sociedades, podendo-se até afirmar que de nada valeria proibi-lo, eis que consagrado pelos costumes e práticas vigentes”⁸².

Assim sendo, é essencial que generalizações sejam evitadas, isto é, vetar integralmente a participação de menores de 16 anos no meio artístico não é a melhor opção, pois de certa maneira feriria o direito da criança em manifestar o seu talento⁸³. Porém, tal direito não é absoluto, ele deve andar lado a lado do princípio da proteção integral, respeitando sempre a saúde física e mental da criança e do adolescente. Como acertadamente coloca Sandra Cavalcante:

O trabalho é um dos espaços da vida determinantes na construção e desconstrução da saúde, afetando aspectos biopsicossociais do indivíduo. Sendo este trabalhador um ser em formação, precocemente introduzido ao mercado de trabalho, passará a assumir, como nas demais profissões, compromissos, riscos e pressões inerentes às atividades exercidas e impróprias para o estágio de vida em que se encontram. Assim, a permissão sem limites, como regra vem funcionando, não pode continuar. E que não se confunda a defesa e respeito aos direitos da criança com atos de censura⁸⁴.

80 LIMONGI, Marcelo Pato Papaterra. Trabalho Infantil esportivo e artístico: conveniência, legalidade e limites. *Revista Tribunal Superior do Trabalho, Brasília*, v. 79, nº 1, p. 181-185, jan/mar 2013.

81 ROBORELLA, Luiz Carlos Amorim; PERES, Antônio Galvão. Trabalho artístico da criança e do adolescente – valores constitucionais e normas de proteção. *Revista Tribunal Superior do Trabalho, Brasília*, v. 79, nº 1, p. 159-180, jan/mar 2013. p. 149.

82 *Ibidem*.

83 CAVALCANTE, Sandra Regina. *Trabalho Infantil Artístico: do deslumbramento à ilegalidade*, cit. p. 83.

84 CAVALCANTE, Sandra Regina. *Trabalho Infantil Artístico: do deslumbramento à ilegalidade*, cit. p. 83.

2.2 A EXPLORAÇÃO DO TRABALHO INFANTIL POR TRÁS DO GLAMOUR

É notório o crescimento do trabalho artístico na contemporaneidade, vemos em uma era em que a imagem é extremamente valorizada e figuras como atores, modelos, apresentadores ou cantores exercem um magnetismo na sociedade, pois os meios de comunicação reforçam essa visão que associa a vida de artista ao sucesso, ao luxo, porém, tal realidade nem sempre foi a mesma.

Antes do final do século XX a carreira de artista era vista com discriminação e preconceito⁸⁵. Com o advento da televisão e da cultura globalizada, a arte transformou-se em produto, passando a ser fonte de lucro. O mesmo se aplica na esfera infantil, em que a influência do mundo televisivo sobre essas crianças é muito presente, “a influência faz-se perceber desde a escolha da profissão (atriz, jogador de futebol, modelo) até a formação de um imaginário poderoso que ajuda a modelar a relação dessas crianças com a realidade”⁸⁶. Além disso, muitas vezes a família passa a estimular ou até mesmo pressionar a criança para que ingressem nesse meio⁸⁷. O desejo, em muitos casos, não é de se expressar artisticamente, mas simplesmente de ser uma celebridade. Em resumo:

No mundo contemporâneo pós-globalizado há uma cultura de valorização da mídia, de maneira que a exposição nos diversos meios de comunicação é vista de maneira extremamente positiva, propiciando a valorização de pessoas que auferem fama e sucesso. Disso decorre naturalmente, que a grande maioria da população entende que o emprego de crianças e adolescentes em atividades artísticas só lhe pode trazer benefícios, podendo propiciar que tanto os menores quanto os seus familiares ascendam socialmente⁸⁸.

Contrariamente ao que se imagina, o trabalho artístico pode ser tão danoso quanto qualquer outra forma de labor. Como meros expectadores, temos a sensação de que a carreira artística é composta apenas de privilégios e diversão, entretanto, por trás das cortinas, tal atividade revela-se bastante árdua. Para que sejam obtidos bons resultados em simples minutos de cena, é necessário muito ensaio, disciplina e perseverança, impondo, além de esforço físico, com horas de gravação, ensaios, testes e etc., esforço mental, devido a necessidade de memorização de textos e/ou coreografia.

85 Ibidem, p. 47.

86 FRIZZO, Kátia Regina e SARRIERA, Jorge Castellá, apud CAVALCANTE, Sandra Regina. **Trabalho Infantil Artístico: do deslumbramento à ilegalidade**. São Paulo: LTr, 2011. P.47

87 CAVALCANTE, Sandra Regina. **Trabalho Infantil Artístico: do deslumbramento à ilegalidade**, cit. p. 47.

88 GODOY, apud MACEDO, Adriana Gomes Medeiros de; ACIOLE, Tereza Joziene Alves da Costa. **Trabalho infantil em atividades artísticas: direitos humanos violados?** Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=cf43a9e6874c5afb>>. Acesso em: 20 jun. 2018. p. 6.

No caso de crianças e adolescentes profissionais desse meio, em virtude de uma condição mais vulnerável e frágil, está suscetível a se cansar e se irritar com maior facilidade⁸⁹, por isso o esforço ocorre em grau muito maior. Esse contexto de deslumbramento, contudo, acaba por maquiagem a verdade, dando abertura, muitas vezes, para a exploração e violação de direitos.

O trabalho artístico, como já tratado anteriormente, diferente da mera atividade artística, possui finalidade lucrativa. Dessa maneira, na busca pelo lucro e tendo em vista a falta de normatização e fiscalização, muitas empresas acabam por negligenciar os cuidados com suas pequenas estrelas. Em entrevistas realizadas por Sandra Cavalcante com mães de artistas mirins, a autora conta que teve acesso:

[...] a vários relatos de crianças cansadas, perdendo aulas, mães cobrando dos filhos desempenho, esforço, jornadas de trabalho dignas de um adulto. Sem acompanhamento psicológico, fiscalização do Ministério Público ou autorização judicial, crianças ficam 12 horas à disposição da produtora/emissora, as vezes com alimentação, outras não, às vezes de madrugada, às vezes com gente bem humorada, outras não⁹⁰.

É claro que não se deve generalizar, existem excelentes e sérias agências⁹¹, o fato é que se não forem tomados os devidos cuidados, garantindo ao artista mirim interesses como lazer, convivência familiar ou estudo, as consequências poderão ser severas. Na relação com a escola, os danos estão, principalmente, na perda de aulas em decorrência de compromissos como gravações, testes ou até mesmo pelo fato de estarem cansadas, por conta de atividades profissionais realizadas até tarde da noite ou mesmo de madrugada⁹², uma rotina desgastante até mesmo para um adulto.

Além da rotina de escola, ensaios e gravações, danos físicos podem ser bastante comuns. Trazendo novamente a brilhante pesquisa de Sandra Cavalcante que, ao visitar inúmeras produções, destacou que:

Basicamente, nenhum empreendimento prioriza o cuidado focado na criança e no tratamento especial que cumpriria o princípio da proteção integral preconizado na lei. Foram raras as produções apontadas nas entrevistas como tendo cuidados com a alimentação, proteção solar,

89 CAVALCANTE, Sandra Regina. *Trabalho Infantil Artístico: do deslumbramento à ilegalidade*, cit. p. 48.

90 Ibidem.

91 Ibidem.

92 CAVALCANTE, Sandra Regina. *Trabalho artístico na infância: estudo qualitativo em saúde do trabalhador*. 2012. Dissertação (Mestrado em Ciências) – Universidade de São Paulo, São Paulo. p. 113.

alongamentos para compensar o corpo estático entre uma sessão de fotos e outra [...] ⁹³.

No que diz respeito às consequências típicas da condição de artista, temos riscos como a dificuldade de dissociar a vida real da fictícia, aumento no nível de estresse e ansiedade, o amadurecimento precoce, a frustração em possíveis reprovações em testes, a pressão, tanto da família, quanto da mídia, entre outros.

Vale reproduzir dois quadros desenvolvidos em estudos sobre o trabalho infantil e que foram adaptados por Sandra Cavalcante em sua dissertação, a fim de identificar os riscos do trabalho infantil artístico. O primeiro quadro foi baseado na lista da UNICEF⁹⁴ para identificar o trabalho prejudicial ao desenvolvimento infanto-juvenil, já o segundo é uma adaptação do quadro criado por pesquisadores brasileiros⁹⁵ com as principais causas e consequências do trabalho infantil na saúde, sendo que a coluna “artista mirim” foi incluída pela autora para indicar quais causas de doenças do trabalho precoce foram encontradas nas observações e entrevistas realizadas por ela. Senão, vejamos:

Tabela 1: Condições de trabalho prejudiciais identificadas na atividade do artista mirim a partir das observações e relatos

O trabalho é prejudicial ao desenvolvimento de crianças e adolescentes nas seguintes condições (UNICEF, 1997):	Presença na atividade do artista mirim
I) aquele realizado em tempo integral, em idade muito jovem;	Não observado
II) o de longas jornadas	Gravação de comerciais, séries para televisão e filmes (criança fica à disposição enquanto resolvem problemas técnicos, pode ultrapassar 12 horas e adentrar madrugada)
III) o que conduza à situações de estresse físico, social ou psicológico;	Ensaios de musicais (esgotamento físico e estresse psicológico, decorrente de repetições sob alta exigência e competição); Ensaios fotográficos (manter-se estático em posições nem sempre confortáveis, até sorriso durante muitos minutos causou câimbra); Agências e produções não informam previamente sobre etapas da seleção ou sobre reprovação (passa os dias na expectativa de ser chamado)

93 CAVALVANTE, Sandra Regina. Trabalho infantil artístico: conveniência, legalidade e limites. *Revista Tribunal Superior do Trabalho, Brasília*, v. 79, nº 1, p.139-158, jan/mar 2013. p.151.

94 UNICEF. *The state of the world's children*. 1997. Disponível em: < <http://www.unicef.org/sowc97/>> Acesso em 11ago.2018.

95 Franklin RN, Pinto ECMM, Lucas JT, Linné M, Peixoto R, Sauer MTN, Silva CH, Nader PJH. Trabalho precoce e riscos à saúde. *Revista Adolescência Latinoamericana*. 2001; 1414-7130/2:80-89.

O trabalho é prejudicial ao desenvolvimento de crianças e adolescentes nas seguintes condições (UNICEF, 1997):	Presença na atividade do artista mirim
IV) o que seja prejudicial ao pleno desenvolvimento psicossocial	Contatos raros e esporádicos com familiares devido a agenda lotada ou mudança de cidade, tratamento diferenciado na escola, brincadeiras de boneca apenas no contexto de desfiles e testes, outros o tratam como a figura criada/personagem e não como ele mesmo criança/adolescente
V) o exercido nas ruas em condições de risco para a saúde e a integridade física e moral das crianças	Algumas externas (gravações fora de estúdio) sem cuidados adequados (proteção solar, hidratação, alimentação); exposição ao assédio público
VI) aquele incompatível com a frequência à escola;	Gravação de comerciais (criança à disposição o dia inteiro); necessidade de viajar para gravar comerciais, filmes, séries; quando ausência foi maior do que dois meses, mãe e filho mudaram de cidade (afastamento do pai, familiares e conhecidos; mudança de escola e residência)
VII) o que exija responsabilidades excessivas para a idade	Ser protagonista de novela, ter que honrar compromisso profissional (não ficar doente, indisposto, não faltar apesar cansaço, tempestade ou festa do amigo); ter que fazer certo (lembrar texto memorizado e movimentos em cena) senão terá que repetir e fazer todo conjunto de adultos trabalhar mais (fazer televisão, cinema e teatro é um trabalho de equipe). No teatro fica o constrangimento do errar e prejudicar o resultado final
VIII) o que comprometa e ameace a dignidade e a autoestima da criança, em particular quando relacionado com trabalho forçado e com exploração sexual	Contato com temas inadequados que podem ser traumáticos (violência, temas adultos, terror); ambiente competitivo e de vaidade exagerada (egos acentuados) pode prejudicar autoestima; amadurecimento precoce
IX) trabalhos sub-remunerados	Não observado no grupo estudado, mas relatos indicam a existência (desfiles e fotos sem cachê pelas roupas ou chance de aparecer); atuação em filmes de produção modesta, sem cachê e pela oportunidade de participar, visando divulgação para novos convites. Porém entrevistados relataram que cachê do artista mirim é de 10 a 30% o valor da remuneração do adulto com mesma carga de trabalho

Fonte: Cavalcante (2012, p. 150).

Tabela 2: Causas de doenças identificadas na atividade do artista mirim a partir das observações e relatos

Causas	Consequências	Artista Mirim
Longas jornadas de trabalho Esforço físico Horários indevidos	Fadiga crônica	X
Horários inadequados de trabalho	Distúrbios do sono e/ou irritabilidade excessiva	X
Exposição a ruídos	Progressiva perda auditiva	X
Iluminação excessiva ou deficiente	Irritação ocular	X
Má postura Esforços exagerados Movimentos repetitivos	Contraturas musculares Distensões Entorses	X
Carregamento de peso Posturas inadequadas	Deformações ósseas	
Equipamentos e mobiliário inadequados	Lombalgia, cefaleia, mialgias	
Alimentação inadequada	Distúrbios digestivos	X
Esforço repetitivo dos dedos, mãos e braços	Tendinite Lesão por Esforço Repetitivo – LER	
Exposição excessiva ao sol, umidade, frio, calor, vento e poeira	Mal estar	
Falta de proteção contra luz solar e outros agentes físicos, químicos e biológicos	Ferimentos de pele – Alergias, dermatites, furunculoses e câncer de pele	X
Inalação de poeiras e fibras. Exposição ao ar condicionado sem manutenção	Bronquite, pneumonia, rinite e Faringite	X
Inalação e fixação de partículas sólidas espalhadas na atmosfera (carvão, sílica)	Pneumoconioses	

Fonte: Cavalcante (2012, p. 152)

Um caso marcante e de clara negligência para com a saúde do trabalhador mirim Felipe Paulino ocorreu nas gravações do filme “Cidade de Deus”, do cineasta Fernando Meirelles. No filme, o personagem Zé Pequeno forçava violentamente o menino a escolher se levaria um tiro na mão ou no pé e em seguida dispara um tiro na mão da criança.

Além de inapropriada para uma criança, a forma como a cena foi produzida, para que fosse totalmente convincente, foi absolutamente cruel, como conta Marcelo Pato Papaterra em seminário sobre trabalho infantil.

Uma coisa me intrigava nessa cena do tiro no pé a que assistimos. Como o Fernando fez um menino de seis anos de idade chorar tão realisticamente diante da câmera? Que artimanha “artística” ele usou para isso? Não é apenas um jogo de faz de conta ali.

Mas antes que eu perguntasse ao Fernando, uma aluna de EJA, que por sinal é mãe! Se adiantou e perguntou antes de mim. E o diretor do filme respondeu em público! Como quem havia descoberto a pólvora que, na realidade, tinha sido muito difícil fazer a cena; levam horas! Coitados dos meninos, né, repetindo, repetindo. Mas, no final descobriram um jeitinho. Perguntaram para o ator, um menino de seis anos de idade, o que mais o deixava triste e o fazia chorar. E ele respondeu que era o medo de ficar sozinho, sem a mãe.

Então pediram para ele imaginar que a mãe não iria mais voltar para pegá-lo. Ou melhor: que sua mãe tina morrido! Pronto! “Sua mãe morreu!” – disseram ao menino! Dai, ele começou a chorar⁹⁶.

Apesar desse exemplo negativo, em que não houve cuidado, tanto por parte da produtora, em se utilizar desse tipo de artimanha, quanto por parte da autoridade judicial, que concedeu alvará mesmo para uma obra inapropriada, não é razoável fazer generalizações. Existem casos diferentes desse, em que a produção artística se dá de forma natural, sem traumas ou prejuízos. Como atesta a psicanalista Cecília Faria há:

[...] pessoas que, quando crianças, fizeram sucesso como atores e se tornaram adultos bem sucedidos dentro e fora dos palcos. São histórias como a de Maria Adelaide Amaral, que atuou em vários programas infantis de televisão e é hoje uma escritora conhecida e consagrada. O que faz a diferença?

[...] É preciso haver uma equipe de profissionais capaz de reconhecer que a criança não é miniatura de adulto. Além disso, o ator mirim precisa contar com uma família que não o considere um empreendimento ou uma aplicação para render dinheiro. Precisa de uma família que não seja gananciosa nem excessivamente vaidosa, que o defenda dos efeitos nocivos da fama, mantendo sua privacidade e organizando uma vida longe de holofotes, fotos, assédio e comentários da mídia. Precisa de pais que tenham discernimento para recusar uma carga excessiva de trabalho, de modo a preservar um mínimo de regularidade na sua rotina de criança e estudante⁹⁷.

O talento precoce, portanto, desde que seja bem gerenciado, não provoca necessariamente danos ao desenvolvimento da criança ou do adolescente. Por isso, defende-se que a proibição irrestrita dessa forma de labor, como já afirmado em linhas pretéritas, não é a melhor maneira de lidar com a questão.

96 LIMONGI, Marcelo Pato Papaterra. Trabalho Infantil esportivo e artístico: conveniência, legalidade e limites, cit., p. 184.

97 FARIA, apud OLIVA, José Roberto Dantas. *O Princípio da Proteção Integral e o trabalho da criança e do adolescente no Brasil*. São Paulo: LTr, 2006. p.143.

Contudo, assentir que esse trabalho seja realizado sem qualquer restrição, apenas com o consentimento dos pais e o entendimento das produtoras, agências e gravadoras é inconcebível. Como será analisado posteriormente, a legislação atual é falha e insuficiente, cabendo ao Estado o premente dever de regulamentar e fiscalizar.

2.3 O TRABALHO ARTÍSTICO INFANTIL NA LEGISLAÇÃO PÁTRIA

2.3.1 A LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL NO TRATAMENTO DO TRABALHO INFANTIL NA INDÚSTRIA DO ENTRETENIMENTO

A Lei nº 6.533/1978, regulamentada pelo Decreto nº 82.385/1978, disciplina a questão do exercício da profissão de artista e técnicos em espetáculos de diversões. Seu art. 2º, inc. I, estabelece que artista é o “profissional que cria, interpreta ou executa obra de caráter cultural de qualquer natureza, para efeito de exibição ou divulgação pública, através de meios de comunicação de massa ou em locais onde se realizam espetáculos de diversão pública”⁹⁸.

Assenta o referido diploma legal, por meio do artigo 6º, que para exercer a atividade de artista, o sujeito deve requerer previamente o registro na Delegacia Regional do Trabalho do Ministério do Trabalho, denominado “DRT”, o qual só será obtido, com validade em todo o território nacional, mediante comprovação de formação ou experiência no campo da arte ou atestado de capacitação profissional fornecido pela entidade sindical. (art. 7º).

Contudo, por meio da leitura dos dispositivos da mencionada lei, nota-se que o artista mirim sequer é mencionado. Ademais, segundo consta na estimável pesquisa de Sandra Cavalcante⁹⁹, apesar de “DRT” estar vinculada ao exercício da profissão de artista, na prática, ela só é solicitada em grandes produções, sendo que apenas pouco mais da metade dos entrevistados pela autora declararam possuí-la.

Sobreleva-se, ainda, que a Carteira de Trabalho e Previdência Social só é emitida pelo Ministério do Trabalho para os maiores de 16 anos. Por conseguinte, não é realizado contrato de trabalho pelo artista infante-juvenil, mas sim contrato de prestação de serviços, assinado pelos responsáveis e firmado

98 BRASIL. Lei nº. 6533. 24 de maio de 1978. Dispõe sobre a regulamentação das profissões de Artistas e de técnico em Espetáculos de Diversões, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6533.htm>. Acesso em: 04 set. 2018.

99 CAVALCANTE, Sandra Regina. *Trabalho artístico na infância: estudo qualitativo em saúde do trabalhador*. 2012. Dissertação (Mestrado em Ciências) – Universidade de São Paulo, São Paulo. p. 169.

com a agência de atores e modelos, produtora ou diretamente com a emissora de televisão¹⁰⁰.

Partindo, pois, de uma análise geral, o ordenamento jurídico brasileiro não possui regulamentação clara e específica quanto à participação de menores em espetáculos públicos. Na CLT, os únicos dispositivos alusivos à temática são os art. 405, inc. II, §3º, alíneas “a” e “b” e art. 406, abaixo transcritos:

Art. 405 – Ao menor não será permitido o trabalho:

II – em locais ou serviços prejudiciais à sua moralidade.

§ 3º Considera-se prejudicial à moralidade do menor o trabalho:

a) prestado de qualquer modo, em teatros de revista, cinemas, boates, cassinos, cabarés, dancings e estabelecimentos análogos;

b) em empresas circenses, em funções de acróbata, saltimbanco, ginasta e outras semelhantes;

Art. 406 – O Juiz de Menores poderá autorizar ao menor o trabalho a que se referem as letras “a” e “b” do § 3º do art. 405:

I – desde que a representação tenha fim educativo ou a peça de que participe não possa ser prejudicial à sua formação moral;

II – desde que se certifique ser a ocupação do menor indispensável à própria subsistência ou à de seus pais, avós ou irmãos e não advir nenhum prejuízo à sua formação moral¹⁰¹.

A partir de uma leitura atenta dos enunciados supracitados, atina-se para o fato de que são mandamentos bastante ultrapassados, haja vista que elenca as profissões artísticas como prejudiciais à moralidade, ou seja, mantem enraizada a visão preconceituosa tida no passado, conforme já explicitado precedentemente. Como bem lembra Oliva, “a lei, neste caso, não evoluiu com os costumes, sendo lícito realizar interpretação teleológica, ou até mesmo restritiva, da vedação”¹⁰².

Já o ECA não faz menção quanto à atividade artística propriamente dita, porém designa a necessidade de emissão de alvarás para autorizar a participação de crianças e adolescentes em espetáculos públicos. Outrossim, é imposto

100 CAVALCANTE, Sandra Regina. *Trabalho Infantil Artístico: do deslumbramento à ilegalidade*, cit., p. 57.

101 BRASIL. Decreto-Lei nº. 5.452. 1º de maio de 1943. *Consolidação das Leis do Trabalho*. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/De15452.htm>. Acesso em: 04 set. 2018.

102 José Roberto Dantas. *O Princípio da Proteção Integral e o trabalho da criança e do adolescente no Brasil*, cit., p. 201.

ao juiz, pelo mesmo artigo, que, antes da autorização por meio da avaliação do caso concreto, verifique a adequação daquele ambiente e da natureza do espetáculo à participação infanto-juvenil¹⁰³.

Art. 149. Compete à autoridade judiciária disciplinar, através de portaria, ou autorizar, mediante alvará:

I – a entrada e permanência de criança ou adolescente, desacompanhado dos pais ou responsável, em:

- a) estádio, ginásio e campo desportivo;
- b) bailes ou promoções dançantes;
- c) boate ou congêneres;
- d) casa que explore comercialmente diversões eletrônicas;
- e) estúdios cinematográficos, de teatro, rádio e televisão.

II – a participação de criança e adolescente em:

- a) espetáculos públicos e seus ensaios;
- b) certames de beleza.

§ 1º Para os fins do disposto neste artigo, a autoridade judiciária levará em conta, dentre outros fatores:

- a) os princípios desta Lei;
- b) as peculiaridades locais;
- c) a existência de instalações adequadas;
- d) o tipo de frequência habitual ao local;
- e) a adequação do ambiente a eventual participação ou frequência de crianças e adolescentes;
- f) a natureza do espetáculo.

§ 2º As medidas adotadas na conformidade deste artigo deverão ser fundamentadas, caso a caso, vedadas as determinações de caráter geral¹⁰⁴.

O rol de fatores apontado pelo artigo em comento como aqueles essenciais a serem observados pelo juiz na análise do pedido de autorização para o trabalho artístico de crianças e adolescentes é meramente exemplificativo, adaptando-se caso a caso, visto que é vedada a concessão em caráter genérico.

103 CAVALVANTE, Sandra Regina. Trabalho infantil artístico: conveniência, legalidade e limites, cit., p. 144.

104 BRASIL. Decreto-Lei nº. 5.452. 1º de maio de 1943. **Consolidação das Leis do Trabalho**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/De15452.htm>. Acesso em: 04 set. 2018.

2.3.2 CONFLITO ENTRE DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS E INFRA-CONSTITUCIONAIS

A interpretação dos artigos da CLT e do ECA anteriormente em análise aponta para a possibilidade da realização de trabalhos artísticos por crianças e adolescentes abaixo de 16 anos de idade, desde que concedida autorização judicial. Sem embargo, esse apontamento é um ponto bastante controverso na doutrina, posto que o art. 7º, inc. XXXIII da Constituição Federal de 1988, como já apresentado diversas vezes ao longo da presente pesquisa, proíbe o trabalho de menores de 16 anos, salvo na condição de aprendiz, a partir dos 14 anos.

Em outras palavras, há de um lado os que entendem os arts. 405 e 406 da CLT não teriam sido recepcionados, além de considerarem o art. 149 do ECA inconstitucional na parte em que excepciona a proibição do trabalho infantil no caso de atividades artísticas, uma vez que, em razão do art. 7º, inc. XXXIII, toda e qualquer forma de trabalho infantil seria defesa. Por outro lado, existe uma corrente doutrinária que sustenta a necessidade de se realizar uma interpretação conjunta, que inclua princípios e direitos fundamentais, bem como normas nacionais e internacionais aplicáveis, como será melhor examinado nos tópicos a seguir.

2.3.3 LIBERDADE DE EXPRESSÃO ARTÍSTICA X VEDAÇÃO AO TRABALHO INFANTIL: COLISÃO DE DIREITOS?

Outro ponto fortemente debatido na esfera doutrinária está na aparente colisão de direitos entre os arts. 5º, IX e 7º, XXXIII, da Constituição, o primeiro dispositivo assegura a liberdade de expressão artística, independentemente de censura ou licença, enquanto que o segundo, como já posto, garante o direito ao não trabalho aos menores de 16 anos, excetuando-se aos maiores de 14 anos, na condição de aprendiz. Nessas condições surge a seguinte questão: como possibilitar a manifestação artística de crianças e adolescentes menores de 16 anos, quando aquelas são expressas por meio de relação de trabalho?¹⁰⁵

O eixo central para solucionar a indagação posta acima está no Princípio da Unidade da Constituição, em que a Constituição e suas normas devem ser interpretadas e aplicadas de maneira harmônica e indivisível¹⁰⁶, por isso o uso da expressão colisão aparente, pois as garantias constitucionais não podem ser

105 MARQUES, Rafael Dias. Trabalho infantil artístico: possibilidades e limites. *Revista Tribunal Superior do Trabalho, Brasília*, v. 79, nº 1, p. 204-226, jan/mar 2013. p.209.

106 SARLET, Ingo.; MARINONI, Luiz G.; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. p. 219.

interpretadas de forma isolada, mas de modo a assegurar a contínua atualização e operabilidade do direito¹⁰⁷.

Nessa seara, tanto o entendimento de que todo e qualquer tipo de trabalho deve ser proibido, quanto o de que o Estado não deve intervir de forma alguma na manifestação artística, acabam por violar o princípio da proteção integral, já que, de certa forma, ambos os posicionamentos sacrificam um direito fundamental em detrimento de outro.

É inegável a existência da caracterização de trabalho na participação de crianças e adolescentes em espetáculos públicos, contudo, não se pode deixar de reconhecer também sua natureza artística. Desse modo, antes de permitir que uma criança ou um adolescente realize uma atividade artística de maneira profissional, é fundamental que a autoridade judiciária encare aquela atividade como exceção e não como regra, certificando-se que ela tem o intento de criação artística e desenvolvimento de dons, não somente uma finalidade lucrativa.

Para isso, o magistrado, através do alvará, deve fixar parâmetros mínimos de proteção, de modo que permita o desenvolvimento sadio do pequeno artista, pois o fato de ser artístico não deve servir única e exclusivamente como justificativa para excetuar a vedação constitucional, critérios de ponderação e proporcionalidade devem ser aplicados.

Sintetizando, frise-se que a interpretação mais harmônica com o princípio da proteção integral para o caso em discussão é a possibilidade de autorização, de maneira excepcional, com avaliação caso a caso e o estabelecimento de restrições de proteção aos riscos.

2.3.4 A RECEPÇÃO DA CONVENÇÃO Nº 138 DA OIT PELO DIREITO PÁTRIO E OS MECANISMOS CONSTITUCIONAIS ACERCA DO TRABALHO DO MENOR DE 16 ANOS EM REPRESENTAÇÕES ARTÍSTICAS

Além das normas infraconstitucionais nacionais, a Convenção nº 138 de 1973 também prevê, em seu art. 8º, a possibilidade de autorização específica para o trabalho artístico antes dos 16 anos. Preceitua o dispositivo:

Artigo 8

1. A autoridade competente poderá conceder, mediante prévia consulta às organizações interessadas de empregadores e de trabalhadores, quando tais organizações existirem, por meio de permissões individuais, exceções à proibição de ser admitido ao emprego ou de trabalhar, que prevê o

107 MARQUES, Rafael Dias. *Trabalho infantil artístico: possibilidades e limites*, cit., p. 209.

artigo 2 da presente Convenção, no caso de finalidades tais como as de participar em representações artísticas.

2. As permissões assim concedidas limitarão o número de horas do emprego ou trabalho autorizadas e prescreverão as condições em que esse poderá ser realizado¹⁰⁸.

A partir disso, vê-se uma inequívoca autorização normativa para a emissão, pela autoridade competente, de licença individual em casos de trabalho infantil artístico. Entretanto, mesmo com o advento da referida norma internacional, a matéria em questão ainda não é pacífica na doutrina brasileira, surgindo, pois, as seguintes indagações: a Convenção nº. 138 solucionaria a questão da inconstitucionalidade do art. 149 do Estatuto da Criança e do Adolescente? Qual a posição da Convenção nº 138 no ordenamento jurídico brasileiro?

Antes de adentrar especificamente no âmbito dessas questões, cabe analisar a forma com que os tratados internacionais de direitos humanos se integram no nosso ordenamento jurídico. Com a Emenda Constitucional nº. 45 de 2004 incluiu-se no art. 5º da Magna Carta o §3º, o qual estabelece que os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos poderão ingressar no ordenamento em nível de emenda constitucional se aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros. Frisa-se, contudo, que a Convenção nº 138 da OIT é anterior à Emenda e, por isso, não passou por esse rito formal.

A partir desse contexto, surgem quatro vertentes doutrinárias a respeito do nível hierárquico dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos, são elas: a) hierarquia supraconstitucional, b) hierarquia constitucional; c) hierarquia supralegal; e, d) hierarquia legal.

De acordo com a primeira vertente, defendida, por exemplo, por Celso Albuquerque de Mello e André Gonçalves Pereira, as normas advindas dos tratados internacionais seriam superiores às normas constitucionais.

Já o segundo posicionamento, que parece-nos mais consentâneo, defendido por muitos constitucionalistas, como Cançado Trindade, Valério Mazzuolli e Flávia Piovesan, baseia-se no § 2º do art. 5º da Lei Maior, que enuncia que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”¹⁰⁹.

108 OIT. **Convenção nº. 138**. 06 de junho de 1973. Disponível em: < <http://www.tst.jus.br/documents/2237892/o/Conven%C3%A7%C3%A3o+138+da+OIT++Idade+m%C3%ADnima+de+admiss%C3%A3o+ao+emprego>>. Acesso em: 04 set. 2018.

109 BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Diário Oficial da União, Brasília, 05 out. 1988. Diário Oficial da União, Brasília, 05 out. 1988. Disponível em: < <http://>

Conforme Mazzuoli, um tratado internacional sobre direitos humanos deve adquirir hierarquia constitucional, ou seja, apesar de não integrarem formalmente a Constituição Federal, pois não foram submetidos ao procedimento legislativo de Emenda Constitucional (art. 60, §2º; art. 5º, § 3º, CF/88), integram o conteúdo material da Carta Política¹¹⁰. Nesse sentido, as normas internacionais sobre direitos humanos, mesmo não se incluindo no texto constitucional propriamente dito, sustenta status normativo constitucional pelo fato de tratarem de matéria constitucional. Como afirma Cançado Trindade, autor do atual §2º do artigo 5º, CF/88:

O propósito do disposto nos parágrafos 2 e 1 do artigo 5 da Constituição não é outro que o de assegurar a aplicabilidade direta pelo Poder Judiciário nacional da normativa internacional de proteção, alçada a nível constitucional (...). Desde a promulgação da atual Constituição, a normativa dos tratados de direitos humanos em que o Brasil é parte tem efetivamente nível constitucional e entendimento em contrário requer demonstração. A tese da equiparação dos tratados de direitos humanos à legislação infraconstitucional — tal como ainda seguida por alguns setores em nossa prática judiciária — não só representa um apego sem reflexão a uma tese anacrônica, já abandonada em alguns países, mas também contraria o disposto no artigo (5) 2 da Constituição Federal Brasileira¹¹¹

A terceira, hierarquia supralegal, e quarta, hierarquia legal, foram, no Brasil, especialmente trabalhadas pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal¹¹². Para os defensores de que os tratados de direitos humanos após a EC 45/2004 teriam status supralegal, a Constituição Federal teria um caráter supremo, com a qual todo o ordenamento jurídico deve ser compatível¹¹³.

Por outro lado, a quarta vertente aduz que os referidos tratados internacionais possuem a mesma força normativa que uma norma infraconstitucional. Tal posicionamento se manteve até o final de 2006, quando, no julgamento do RE 466.343, a maioria dos ministros entendeu pela inconstitucionalidade da prisão civil frente à Convenção Americana de Direitos Humanos e, con-

www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 04 set. 2018.

110 VIERO, Eliana Endres. **Trabalho artístico infanto-juvenil: uma realidade questionável à luz do ordenamento jurídico constitucional e da regulamentação a ele aplicável**, cit., p.77.

111 TRINDADE, apud MENDES, Gilmar F., COELHO, Inocêncio M. BRANCO, Paulo Gustavo G. **Curso de Direito Constitucional**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 742.

112 QUIXADÁ, Leticia Antônio. **O Supremo e os Tratados Internacionais de Direito Humanos: debate jurisprudencial em relação ao nível hierárquico-normativo dos tratados internacionais**. 2009. Monografia – Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público, São Paulo. p 27.

113 Ibidem.

sequentemente, tanto pelo afastamento da hierarquia legal, quanto da hierarquia constitucional¹¹⁴, como mostra o Ministro Gilmar Mendes em seu voto:

Apesar da interessante argumentação proposta por essa tese, parece que a discussão em torno do status constitucional dos tratados de direitos humanos foi, de certa forma, esvaziada pela promulgação da Emenda Constitucional nº 45/2004, a Reforma do Judiciário (oriunda do Projeto de Emenda Constitucional nº 29/2000), a qual trouxe como um de seus estandartes a incorporação do § 3º ao art. 5º, com a seguinte disciplina: ‘Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais’.

Em termos práticos, trata-se de uma declaração eloquente de que os tratados já ratificados pelo Brasil, anteriormente à mudança constitucional, e não submetidos ao processo legislativo especial de aprovação no Congresso Nacional, não podem ser comparados às normas constitucionais.

Não se pode negar, por outro lado, que a reforma também acabou por ressaltar o caráter especial dos tratados de direitos humanos em relação aos demais tratados de reciprocidade entre os Estados pactuantes, conferindo-lhes lugar privilegiado no ordenamento jurídico.

Em outros termos, solucionando a questão para o futuro – em que os tratados de direitos humanos, para ingressarem no ordenamento jurídico na qualidade de emendas constitucionais, terão que ser aprovados em quórum especial nas duas Casas do Congresso Nacional [...] ¹¹⁵

Diante disso, para os que perfilham das duas últimas vertentes, o problema da inconstitucionalidade do art. 149 do ECA não teria sido, portanto, solucionado com a previsão de autorização contida na Convenção nº.138 da OIT, já que esta não estaria acima da Carta Magna.

Em que pese a coerência do raciocínio, o entendimento pela proibição do trabalho infantil artístico não parece ser o mais adequado. Harmonizar o direito à liberdade de manifestação artística (art. 5º, IX, CF/88) com o direito ao não trabalho (art. 7º, XXXIII, CF/88), protegendo-se, conseqüentemente

114 QUIXADÁ, Leticia Antônio. *O Supremo e os Tratados Internacionais de Direito Humanos: debate jurisprudencial em relação ao nível hierárquico-normativo dos tratados internacionais*, cit., p. 30.

115 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 466343/SP. Relat. Min. Cezar Peluso. Brasília, DF. Julgado em 03.12.2008. Publicado em 22.11.2006, Informativo 449 do STF. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>>. Acesso em: 18.ago. 2018.

o princípio da proteção integral, é múnus primordial, não só do Estado, mas da sociedade como um todo (art. 227, CF/88).

2.4 A NECESSIDADE DE REGULAMENTAR A CONDIÇÃO DO ARTISTA MIRIM

2.4.1 SOBRE A FALTA DE NORMATIZAÇÃO

Conforme análise traçada até o presente momento, existe um dissenso doutrinário e jurisprudencial quanto a possibilidade de exercício do trabalho artístico por menores de 16 anos. Na prática, o que acontece é a concessão de alvará judicial para a execução desse trabalho, contudo, verifica-se que, ante a inexistência de normas reguladoras, a matéria fica totalmente à mercê do entendimento do magistrado, levando, muitas vezes, a violações à proteção da criança e do adolescente.

Outra lastimosa realidade, confirmada pelo Sindicato dos Artistas e Técnicos em Espetáculos de Diversões – SATED, é a de que a solicitação de autorização só é realizada nas grandes produções e apenas para as crianças ou adolescente com um papel fixo, isto é, não foram relatados casos de concessão de alvará para figurantes. Além disso, consoante o que foi investigado por Sandra Cavalcante, as famílias entrevistadas, com exceção de uma, disseram não ter recebido retorno sobre as condições estabelecidas no alvará¹¹⁶.

O direito pátrio, como já mencionado em linhas pretéritas, regula o trabalho artístico por meio da Lei nº 6.533/78, todavia, esta nem ao menos menciona a condição de artista mirim. Outrossim, a CLT e o ECA, apesar de disciplinarem, de certa forma, no tocante às premissas do trabalho desenvolvido por crianças e adolescentes no meio artístico, estão bem longe de garantir a esses sujeitos seus direitos fundamentais, ou seja, limita-se a delegar ao Juiz a competência para fornecer autorização para esses casos, sem se quer se preocupar em positivar parâmetros rígidos para que o trabalho em tela seja exercido em consonância com a prioridade absoluta da formação desse pequeno artista¹¹⁷.

É imperioso destacar, também, que a participação de crianças e adolescentes no mundo do espetáculo, da moda e da publicidade é uma forma de trabalho que vem crescendo vertiginosamente. À vista disso, a harmonização, por meio de lei específica, da atividade artística para com a necessidade de proteção especial e absoluta da criança e do adolescente é de vital importância, estabe-

116 CAVALVANTE, Sandra Regina. *Trabalho artístico na infância: estudo qualitativo em saúde do trabalhador*, cit., p. 164-165.

117 OLIVIERI, Marla Romana Pita. *Trabalho infanto-juvenil em foco: uma análise da atividade artística, suas possibilidades e restrições*, cit., p. 97.

lecendo-se, por exemplo, jornada de trabalho fixa, de modo que direitos básicos como a educação e o lazer não venham a ser prejudicados.

Indubitavelmente, a insegurança jurídica provocada pela ausência de normatização dá margem a inúmeros abusos, os quais, por diversas vezes, quando não são camuflados, são naturalizados. A explicação para isso está na sociedade que não encara o trabalho artístico da mesma maneira que as demais formas de trabalho, pois o primeiro é visto com fascínio.

No entanto, o que poucos conseguem notar é que o trabalho artístico “traz escondido muito treinamento, dedicação, disciplina, pressão e sacrifício, que passam despercebidos para a maioria das pessoas que aprecia a arte, este resultado daquele esforço”¹¹⁸. Ainda, o simples fato de o trabalho artístico infantil não compor o rol das piores formas de trabalho precoce não significa que os artistas mirins estão infensos à proteção que merecem em face de sua condição especial¹¹⁹. Por isso, como notavelmente explica Camargo:

[...] revela-se imperiosa, em primeiro lugar, a tomada de consciência social do aliciamento existente em relação ao trabalho artístico. Para além disso, necessário também o conhecimento da realidade em que se desenvolve o trabalho infantil artístico e dos fatores nocivos nele presentes a serem neutralizados, a fim de serem bem delineadas as condições sob as quais pode se realizar¹²⁰.

2.4.2 A APARENTE COLISÃO ENTRE O PODER FAMILIAR E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA CRIANÇA

Além das questões culturais, a colisão entre o direito de exercício do poder familiar e os deveres de proteção do Estado para com a criança e o adolescente é, de outra forma, um coeficiente que contribui como barreira para a positivação da matéria. Em outras palavras, questiona-se sobre o conflito entre a necessidade de regulação do Estado, decorrente da função do imperativo de tutela dos direitos fundamentais e o direito dos pais de educarem seus filhos de acordo com suas crenças e costumes¹²¹.

O que ocorre, em alguns casos, é que os pais, ao se projetarem nos filhos para se realizarem de certa maneira, exercem uma pressão sobre a criança, exigindo dela uma dedicação e um desempenho que, diversas vezes vai além da

118 CAVALCANTE, Sandra Regina. *Trabalho Infantil Artístico: do deslumbramento à ilegalidade*, cit., p. 48.

119 CAMARGO, Angélica Maria Juste. *O papel do Estado na proteção dos direitos da criança e do adolescente em face da atividade econômica: o trabalho artístico*, cit., p. 137.

120 *Ibidem*, p. 162.

121 *Ibidem*, p. 142.

sua capacidade ou até mesmo de sua vontade. Esse fato é extremamente prejudicial para a formação moral, emocional, intelectual e até mesmo física de uma criança ou de um adolescente. “E quando a pressão é feita por quem a lei determina a presença para que a criança encontre proteção e segurança naquele ambiente de trabalho, a situação realmente fica trágica”¹²².

Por isso, constata-se que o conflito entre vontade dos pais e a regulação por parte do Estado é apenas aparente, tendo em vista a mudança de paradigmas a partir da consagração do princípio da proteção integral¹²³. Dessa maneira, o poder familiar não é absoluto, mas sim um *munus* público de natureza indelegável imposto aos genitores¹²⁴, um conjunto de direitos e deveres condicionantes da maternidade e paternidade, a fim de assegurar o bem estar da criança e do adolescente, conforme preceituado pelo princípio da proteção integral.

Sendo assim, a leitura do art. 1634 do Código Civil, que trata do exercício do poder familiar, deve ser feita conjuntamente com os dispositivos da Constituição Federal e do Estatuto da Criança e do Adolescente, pois “É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade [...]”¹²⁵, bem como “Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais”¹²⁶.

Ainda, a título de curiosidade, como bem contextualiza Oris de Oliveira:

Por mais nobre que seja o “poder dever familiar”, ele não tem a faculdade de permitir que os filhos trabalhem ao arpejo das normas constitucionais e ordinárias. Nas lides parlamentares do século XIX na França não faltou quem se insurgisse contra a regulamentação do trabalho infanto-juvenil sob a legação que caberia ao “pátrio poder” (naquela época ao pai) decidir sobre a conveniência e oportunidade de permitir, ou não, os filhos trabalharem, inclusive quanto à condição de idade. No Brasil tal posição foi defendida por parlamentares e doutrinadores, mas foram

-
- 122 CAVALVANTE, Sandra Regina. **Trabalho artístico na infância: estudo qualitativo em saúde do trabalhador**, cit., p. 153.
- 123 OLIVIERI, Marla Romana Pita. **Trabalho infanto-juvenil em foco: uma análise da atividade artística, suas possibilidades e restrições**, cit., p. 83.
- 124 SAHYOUN, Nacoul Badoui. **Os direitos personalíssimos, e as obrigações, no poder familiar**. 2008. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, São Paulo. p. 84.
- 125 BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Diário Oficial da União, Brasília, 05 out. 1988. Diário Oficial da União, Brasília, 05 out. 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 04 set. 2018.
- 126 BRASIL. Lei nº. 8.069. 13 de julho de 1990. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm>. Acesso em: 04 set. 2018.

rebatidas vigorosamente pelo douto Juiz Mello Matos argumentando que há valores a serem preservados em relação à infância e adolescência que não podem ficar a critério subjetivo dos pais¹²⁷.

Compete ao Estado, portanto, desempenhar sua função de tutelar os direitos fundamentais da criança e do adolescente e os valores constitucionais, podendo, inclusive intervir na vontade privada dos pais quando os referidos direitos e valores estiverem sendo violados.

2.4.3 TENTATIVAS DE NORMATIZAÇÃO

2.4.3.1 PROJETO DE LEI 83/2006

O Projeto de Lei 83/2006, arquivado desde 2015, foi iniciado no Senado Federal, pelo Senador Valdir Raupp, e tem por finalidade a fixação de idade mínima para o trabalho como ator, modelo e similares. Em seu texto, o PLS veda o trabalho artístico de pessoa maior de quatorze e menor de dezoito anos sem autorização expressa do detentor do poder familiar, sendo que os menores de quatorze anos só poderão atuar se judicialmente autorizados. Confira-se:

Art. 1º É vedado o trabalho como ator, modelo e similares, em cinema, teatro, televisão, anúncios publicitários, de pessoa maior de catorze e menor de dezoito anos de idade, sem autorização expressa do detentor do poder familiar.

Parágrafo único. Os menores de catorze anos poderão atuar, se judicialmente autorizados.

Art. 2º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação¹²⁸.

O caput do art. 1º, contudo, ao permitir o trabalho artístico a partir dos 14 anos, sem que seja na condição de aprendiz, com mera autorização dos detentores do poder familiar como requisito, viola diretamente o art. 7º, XXXIII. O dispositivo em foco também faz oposição ao art. 8º da Convenção 138 da OIT, que diz caber somente à autoridade competente fornecer, individualmente, permissão para exercer trabalho artístico como uma exceção à proibição de trabalhar. Como salienta Camargo¹²⁹:

Tendo em vista que a já existente legislação sobre o trabalho artístico de crianças e adolescentes condiciona a realização desse labor à autorização judicial, pressupondo a análise de circunstâncias que podem influenciar

127 OLIVEIRA, Oris. **Parecer sobre o projeto de lei do senado nº 83 de 2006**. 2008. Disponível em: <https://www.senado.gov.br/comissoes/CE/AP/Ap20081008_Jurista_Oris.pdf> Acesso em: 01 ago. 2018.

128 SENADO FEDERAL. **PLS 83/2006**. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4271135&disposition=inline>> Acesso em: 01 ago. 2018.

129 CAMARGO, 2010, p. 166.

o desenvolvimento do ser humano, e alcançando, assim, todos aqueles em idade inferior a 16 anos, não se justifica a iniciativa legal de abstrair do ordenamento jurídico referido pressuposto legal, reduzindo-o à autorização dos pais para os indivíduos com idade entre 14 e 16 anos, conforme propugnado.

Para além dessa questão, outra crítica que merece ser destacada relaciona-se justamente com a omissão do projeto no sentido de estabelecer parâmetros legais de proteção da mão de obra infante-juvenil. Não há qualquer artigo que vise preservar a formação física ou psicológica da criança ou do adolescente artista ou, até mesmo, a respeito de como seriam elaborados os contratos de trabalho desses indivíduos, respeitando-se, acima de tudo, sua condição de ser em desenvolvimento, pois, como já destacado, é papel do Estado impedir que os interesses econômicos prevaleçam sobre os direitos fundamentais.

2.4.3.2 PROJETO DE LEI 6.937/2010

O PL 6.973/2010, de autoria de Paulo Henrique Lustosa, arquivado, busca alteração no art. 60 da Lei nº 8.069/1990 (ECA) e revogação dos artigos da CLT, além de trazer algumas disposições protetivas dos direitos das crianças e dos adolescentes.

A redação do art. 60 do ECA, como já verificado, não foi alterada após a EC 20/98, que elevou a proibição do trabalho para os menores dezesesseis anos, salvo na condição de aprendiz, mantendo em seu texto a proibição aos menores de quatorze anos. Nesse contexto, o referido projeto faz essa alteração, enfatizando a proibição estabelecida constitucionalmente.

De mais a mais, o PL revoga o parágrafo único do art. 402, parágrafo segundo e quarto do art. 405, e o art. 406 da CLT, em consonância com a proibição constitucional do art. 7º, XXXIII da CF.

“Ademais, essas disposições não mais se justificam porque, à vista da proteção integral consagrada no texto constitucional, não há falar em autorização judicial para o trabalho sob o argumento de ser a ocupação indispensável à subsistência do adolescente ou à de seus pais, avós ou irmãos, assim como o fato de não trazer prejuízo à sua formação moral, como disposto nos artigos sob enfoque. Invertem-se, aqui, totalmente, os valores protetivos, chegando-se ao absurdo de repassar à criança e/ou adolescente a tarefa de prover o lar”¹³⁰.

130 CÂMARA DOS DEPUTADOS. PL 6.937/2010. Disponível em: < http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=E5Bo28AA6FEE3Co95C7C7A10BB4516C4.proposicoesWebExterno2?codteor=742119&filename=PL+6937/2010>. Acesso em: 01ago.2018.

Apesar de reiterar a vedação estabelecida pela Magna Carta aos menores de 16 anos, exceto na condição de aprendiz, o PL faz uma ressalva para os casos de participação em representações artísticas, desde que seja concedido alvará judicial. Destaca-se que o caráter extraordinário e excepcional da permissão para esse tipo de trabalho, já que dependerá da comprovação da impossibilidade de substituição da criança ou do adolescente por jovens maiores de 16 anos.

Imperioso frisar também a individualidade da concessão, pois ela terá que especificar as condições em que o trabalho deverá ser realizado, contendo a fixação de jornada, intervalo protetivo, locais certos em que poderá ocorrer, acompanhamento psicológico, médico, odontológico e escolar, bem como previsão de parte de seus ganhos a ser depositada em caderneta de poupança. Ainda, a competência para examinar os pedidos de alvará é dada para o juiz do trabalho, devendo ser ouvido o Ministério Público do Trabalho. Esta questão é bastante controversa atualmente, e será detalhada no próximo capítulo.

Art. 1º. Fica alterado o art. 60 da Lei 8.069/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), que passa a ter a seguinte redação:

“Art. 60 – É proibido qualquer trabalho a menores de dezesseis anos de idade, salvo na condição de aprendiz, a partir dos quatorze anos.

§1º. Fica vedada à autoridade judiciária a concessão de alvará para permitir qualquer trabalho antes da idade mínima estabelecida no caput deste artigo, salvo no caso de participação em representações artísticas.

§2º. Nos casos de representações artísticas, será permitida a participação de crianças e adolescentes menores de 16 anos, em caráter individual, extraordinário e excepcional, mediante alvará concedido pela autoridade judiciária do trabalho, e a pedido dos detentores do poder familiar, após ouvido o representante do Ministério Público do Trabalho.

§3º O alvará somente poderá ser concedido se a participação não puder, comprovadamente, ser substituída por maiores de 16 anos.

§4º – O alvará judicial especificará as condições em que o trabalho se realizará, e disciplinará, dentre outros, as seguintes: a fixação de jornada e intervalos protetivos; os locais e serviços onde possam ser desempenhadas as manifestações artísticas; a garantia de acompanhamento da criança e do adolescente pelos responsáveis, ou quem os represente, durante a prestação do serviço; o reforço escolar, se necessário; acompanhamento médico, odontológico e psicológico; previsão de percentual da remuneração a ser depositada em caderneta de poupança.

§5º A autorização de que o trata o parágrafo primeiro será revogada se for descumprida a frequência escolar mínima prevista no art. 24 da Lei n. 9394, de 20 de dezembro de 1996.

§6º Cabe ao Ministério do Trabalho e Emprego estabelecer disposições complementares às normas de que trata este artigo.”

Art. 2º. Ficam revogados o parágrafo único do arti o 402, parágrafo segundo e quarto do artigo 405, e o artigo 406, todos do Decreto Lei 5452 de 01 de maio de 1943¹³¹.

Em comparação com o PL 83/2006, analisado anteriormente, pode-se perceber que no PL 6.937/2010 houve, de fato, uma preocupação com a doutrina da proteção integral, disposto a submeter à racionalidade econômica aos direitos fundamentais desses pequenos artistas, prevalecendo seu direito à segurança, à educação ao desenvolvimento físico, psíquico e moral sadio¹³².

2.4.3.3. PROJETO DE LEI 4.968/2013

O PL 4.968/2013, proposto pelo Deputado Federal Jean Wyllys, traz os mesmos termos estabelecidos pelo PL 6.937/2010 sendo que, atualmente, encontram-se pensados diversos outros PLs relacionados à temática, como: o nº 3.974/2012, o nº 3.629/2015, o nº 3.867/2015 e o nº 4.635/2016.

Nesse passo, é possível perceber que, apesar de considerável, as tentativas de regulamentação encontram inúmeros obstáculos, tanto políticos quanto sociais, causados, principalmente, por aspectos econômicos e pela aceitação cultural desse tipo de trabalho já que a sociedade ainda enxerga a atividade artística com deslumbramento. Insta apontar, pois, que muitas das propostas apresentadas exigem bastante reflexão e adequação, justamente por ser um tema de grande enredamento e que envolve indivíduos vulneráveis.

2.5 DO DIREITO COMPARADO

A falta de normatização específica e adequada para tratar o trabalho infantil artístico no Brasil permite-nos a buscar em algumas regulamentações normativas tidas em outros países um ponto de partida no enfrentamento da falta de segurança jurídica e discricionariedade, bem como dos excessos cometidos no exercício do trabalho artístico infanto-juvenil. Manifesta-se, portanto, a relevância do Direito Comparado, o qual mostra-se na atualidade como uma forma marcante de contribuição para a evolução e alargamento das fronteiras do conhecimento jurídico¹³³.

131 CÂMARA DOS DEPUTADOS. **PL 6.937/2010**. Disponível em: < http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=E5Bo28AA6FEE3C095C7C7A10BB4516C4.proposicoesWebExterno2?codteor=742119&filename=PL+6937/2010>. Acesso em: 01 aog. 2018.

132 CAMARGO, Angélica Maria Juste. **O papel do Estado na proteção dos direitos da criança e do adolescente em face da atividade econômica: o trabalho artístico**, cit., p. 169.

133 OVÍDIO, Francisco. Aspectos do Direito Comparado. **Revista da Faculdade de Direito Universidade de São Paulo**. V. 79, 1984. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/>>

Na Califórnia, uma lei emblemática, vigente desde 2000, denominada “Lei Coogan”, assegurou aos artistas mirins parte dos ganhos obtidos com seu trabalho. Assim, garante que no mínimo 50% dos rendimentos obtidos pela criança ou adolescente deverão ser depositados em uma poupança, da qual deverá prestar contas o administrador nomeado, geralmente concentrado na figura dos pais ou responsável legal da criança ou adolescente. Quaisquer valores somente serão retirados do fundo por meio de ordem judicial ou pelo próprio beneficiário quando alcançar 18 anos de idade¹³⁴.

A referida lei, além de uma homenagem, é resultado da luta de Jackie Coogan, que, no ano de 1921, aos 7 anos de idade, protagonizou o filme “O garoto”, de Charles Chaplin. Com a fama, faturou 4 milhões de dólares, contudo, ao atingir 21 anos de idade se deparou com uma legislação que o impedia de usufruir dos rendimentos ganhos, já que estes tinham sido apropriados pela mãe e pelo padrasto.

Após longa batalha judicial, a fim haver os valores pagos pelo seu trabalho, Coogan acabou por celebrar um acordo com a mãe e o padrasto, motivo pelo qual o fez lutar por uma regulamentação¹³⁵. Sem embargo, é forçoso sublinhar que, como assevera Haim Grunspun, a lei em tela é frágil, uma vez que abarca somente contratos a longo prazo, como filmes e séries na televisão.

Outra lei vigente na Califórnia é a “Child Labor Law”¹³⁶, também do ano 2000, que proíbe o contato do trabalhador infantil com ambientes impróprios, além de fixar orientações pormenorizadas para a realização desse trabalho. Estabelece, ademais, a jornada de trabalho máxima de um artista mirim de acordo com cada grupo etário, sendo a jornada máxima de 8 horas e o limite da carga horária semanal de 48 horas. Nessa lógica, temos a seguinte configuração:

Tabela 3: Child Labor Law – tempo de trabalho por faixa etária

Faixa etária	Tempo de trabalho e permanência no local de trabalho
Entre 15 dias e 6 meses	Até 20 minutos de trabalho e 2h permanência
Entre 6 meses e 2 anos de idade	até 3 horas de trabalho e limite de 6 horas para permanência
Entre 2 anos e 6 anos de idade	até 3 horas de trabalho e limite de 6 horas para permanência
Entre 6 anos e 9 anos de idade	Até 8 horas durante o período letivo, sendo 4 horas de trabalho, 3 horas de aprendizagem escolar e 1 hora para descanso. Fora do período letivo, o limite de trabalho sobe para 6 horas, com 1 hora para descanso.

article/viewFile/67009/69619 > Acesso em: 02 ago. 2018.

134 CAMARGO, Angélica Maria Juste. **O papel do Estado na proteção dos direitos da criança e do adolescente em face da atividade econômica: o trabalho artístico**, cit., p.120.

135 Ibidem. p. 121.

136 DIR. **Child Labor Law**. Disponível em: <<https://www.dir.ca.gov/dlse/ChildLaborLawPamphlet.pdf>>. Acesso em: 28 jul.2018.

Faixa etária	Tempo de trabalho e permanência no local de trabalho
Entre 9 anos e 16 anos de idade	Até 9 horas durante o período letivo, sendo 5 horas de trabalho, 3 horas de aprendizagem escolar e 1 hora para descanso. Fora do período letivo, o limite para o trabalho sobe para 7 horas, com 1 hora de descanso.

Apesar de pontos positivos, como a preservação do tempo destinado à educação, “a legislação norte-americana não logra esconder a racionalidade econômica que a inspira”¹³⁷, visto que “o limite de jornada de trabalho situa-se em patamar bastante elevado, além de ser admitida a realização de labor em regime de prorrogação de horário. Ademais, há vedação genérica de trabalho em ambiente impróprio”¹³⁸.

Em Portugal, a Lei nº 105 de 2009 também delimita a quantidade de horas de trabalho por meio de faixas etárias. Em seu art. 3º é estabelecido que:

1 – A participação do menor na atividade, incluindo ensaios e outros atos preparatórios, não pode exceder, consoante a idade daquele:

- a) Menos de 1 ano, uma hora por semana;
- b) De 1 a menos de 3 anos, duas horas por semana;
- c) De 3 a menos de 7 anos, duas horas por dia e quatro horas por semana;
- d) De 7 a menos de 12 anos, três horas por dia e nove horas por semana, podendo qualquer dos limites ser excedido até três horas, caso o acréscimo de atividade ocorra em dia sem atividades escolares;
- e) De 12 a menos de 16 anos, quatro horas por dia e doze horas por semana, podendo qualquer dos limites ser excedido até três horas, caso o acréscimo de atividade ocorra em dia sem atividades escolares.

2 – Durante o período de aulas, a atividade do menor deve não coincidir com o horário escolar, respeitar um intervalo mínimo de uma hora entre ela e a frequência das aulas e não impossibilitar de qualquer modo a participação em atividades escolares.

3 – A atividade do menor deve ser suspensa pelo menos um dia por semana, coincidente com dia de descanso durante o período de aulas.

4 – A atividade pode ser exercida em metade do período de férias escolares e não pode exceder, consoante a idade do menor:

- a) De 6 a menos de 12 anos, seis horas por dia e doze horas por semana;
- b) De 12 a menos de 16 anos, sete horas por dia e dezesseis horas por semana.

137 CAMARGO, Angélica Maria Juste. **O papel do Estado na proteção dos direitos da criança e do adolescente em face da atividade econômica: o trabalho artístico**, cit., p.123.

138 Idem.

5 – Em situação referida nas alíneas c) a e) do n.º 1 ou no número anterior deve haver uma ou mais pausas de, pelo menos, trinta minutos cada, de modo que a atividade consecutiva não seja superior a metade do período diário referido naqueles preceitos.

6 – O menor só pode exercer a atividade entre as 8 e as 20 horas ou, tendo idade igual ou superior a 7 anos e apenas para participar em espetáculos de natureza cultural ou artística, entre as 8 e as 24 horas.

7 – Os n.ºs 1 a 5 são aplicáveis a menor que esteja abrangido pela escolaridade obrigatória.

8 – Constitui contra ordenação muito grave, imputável à entidade promotora, a violação do disposto no presente artigo, podendo ser aplicadas as sanções acessórias referidas no n.º 4 do artigo anterior¹³⁹.

A Argentina, por seu turno, através da Resolução 44/2008, da Província de Buenos Aires, assenta a obrigatoriedade da jornada de trabalho diurna para os artistas mirins, entre 6h e 20h, sendo que o trabalho noturno deve ser permitido apenas por exceção, em casos em que a obra artística requeira. Delimita ainda a carga horária para no máximo 4 horas diárias e 20 horas semanais e a obrigatoriedade de autorização do governo da província para espetáculos ou gravações em seu território¹⁴⁰.

A lei francesa ressaltou a questão de modelos em comerciais e na indústria da moda, nela são detalhados todos os procedimentos necessários para a obtenção de autorização, havendo, além disso, uma comissão responsável pela renovação anual da licença de trabalho dos pequenos artistas nas agências de modelo, impondo regras bastante rígidas, com penalidades bastante severas¹⁴¹.

Por fim, destaca-se a recomendação da Diretiva 33/94 da União Europeia, a qual permite que crianças e adolescentes participem de atividades culturais, artísticas e publicitárias desde que tal fato não seja prejudicial ao seu desenvolvimento, nem que sejam expostas a qualquer tipo de risco, podendo a referida autorização ser proibida ou cancelada se houver qualquer tipo de dano à criança ou ao adolescente, seja ele físico, intelectual ou moral¹⁴².

139 DRE. **Lei nº 105/2009**. Disponível em: <<https://dre.pt/pesquisa/-/search/489755/details/maximized>>. Acesso em: 28 jul. 2018.

140 CAVALCANTE, Sandra Regina. **Trabalho Infantil Artístico: do deslumbramento à ilegalidade**, cit., p. 73.

141 CAVALVANTE, Sandra Regina. **Trabalho artístico na infância: estudo qualitativo em saúde do trabalhador**, cit., p. 83.

142 VILANI, apud CAVALVANTE, Sandra Regina. **Trabalho artístico na infância: estudo qualitativo em saúde do trabalhador**. 2012. Dissertação (Mestrado em Ciências) – Universidade de São Paulo, São Paulo. p. 83.

Apesar dos exemplos apontados aqui, são raros ainda os Estados que concedem a importância de uma regulamentação específica para a presente temática, sobretudo, como já apontado acima, pela ideia de sucesso que essa atividade traz. Cavalcante ao citar Vilani esclarece que:

Mais da metade dos países estudados pela comissão de peritos da OIT não têm requisitos especiais no que rege a atuação infantil em trabalhos artísticos, mas, entre os países que possuem tais restrições, constata-se condições bastante específicas. O que a OIT espera é que, ao ratificar a Convenção, o país tenha uma rigorosa regulamentação, a fim de que as autoridades que atuam nesses casos possam contar com o auxílio de diretrizes certas¹⁴³.

CAPÍTULO 3 – A AUTORIZAÇÃO PARA O TRABALHO INFANTO-JUVENIL ARTÍSTICO

3.1 REQUISITOS NECESSÁRIOS PARA A EMISSÃO DO ALVARÁ

Ao analisar o art. 8º da Convenção 138, depreende-se ser possível a emissão de alvará judicial para a realização de trabalho artístico por menores de 16 anos, todavia uma importante característica deve estar presente para que seja concedida a possibilidade de trabalho infantil artístico: a excepcionalidade. Para que essa característica se materialize, é fundamental que haja a fixação de certos parâmetros, que deverão ser observados pela autoridade competente.

Surge, então, a partir desse cenário, a seguinte indagação: quais são os parâmetros mínimos de proteção que esse alvará deve conter? Muitos desses parâmetros não estão claros e derivam de interpretação do sistema de proteção da infância. Daí a necessidade de o Brasil avançar nas suas Casas Legislativas e regulamentar esse tema.

Analisando-se o referido sistema de proteção, é concebível inferir, primeiramente que, para a incidência da excepcionalidade, é importante que, para o exercício daquela obra artística, seja imprescindível a presença de um menor de 16 anos, sob pena de desconfigurar a obra. Ademais, é fundamental que esse trabalho tenha a capacidade de trazer certo desenvolvimento ao pequeno artista, isto é, que seja, acima dos interesses econômicos, uma forma de aperfeiçoamento dos seus dons artísticos.

143 CAVALVANTE, Sandra Regina. *Trabalho artístico na infância: estudo qualitativo em saúde do trabalhador*, cit., p. 84.

O magistrado deve considerar, ainda, o caso concreto, de forma individualizada, avaliando-se elementos específicos como o roteiro que a criança irá se submeter, o local onde ocorrerá o trabalho, vetando ambientes insalubres, o tempo a ser despendido pelo artista naquela atividade, a fim de que não prejudique a frequência e o aproveitamento escolar, bem como o direito de repouso, alimentação, lazer e convivência comunitária.

Ainda, é preciso que a autoridade competente fixe condições especiais de trabalho, como a inclusão de atendimento psicológico, assistência médica, podendo, inclusive, requisitar os exames admissional, periódico e demissional¹⁴⁴ (art. 168, inc. I, II e III, da CLT), pelos quais são submetidos quaisquer trabalhadores, devendo essa prática ser incluída para os artistas mirins que, como será desenvolvido mais a frente, nada mais são que trabalhadores.

Isso porque, ao conceder autorização para o trabalho, o juiz deve ter olhos voltados para a proteção da criança ou do adolescente¹⁴⁵. Dessa maneira, além de fixar condições de trabalho como elementos determinantes para a concessão a autorização, e, embora a legislação brasileira não tenha previsão específica, consideramos importante haver uma disposição no alvará que indique uma porcentagem mínima obrigatória sobre o cachê recebido, a fim de que seja destinada para uma conta judicial em caderneta de poupança em nome do artista, o qual só poderá movimentá-la quando completar dezoito anos, ou, se antes dessa data, com ordem judicial¹⁴⁶.

Com o propósito de concretizar essas ideias, foram propostas diversas diretrizes nesse sentido, a título de exemplo temos a Orientação nº 2, produzida pelo Ministério Público do Trabalho em estudos importantes, bem como as conclusões do grupo de trabalho sobre trabalho infanto-juvenil artístico do I Encontro Nacional sobre Trabalho Infantil, realizado em Brasília, no ano de 2012, pelo Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) em parceria com o Conselho Nacional de Justiça (CNJ). *Verbis*:

ORIENTAÇÃO N. 02. Trabalho Infantil Artístico. Proibição Geral para menores de 16 anos. Excepcionalidades. Condições Especiais. I. O trabalho artístico, nele compreendido toda e qualquer manifestação

¹⁴⁴ **Trabalho infantil: 50 perguntas e respostas.** Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/documents/2237892/21583082/Cartilha+50+perguntas+e+respostas+sobre+o+trabalho+infantil>>. Acesso em: 27 out.2018.

¹⁴⁵ OLIVA, José Roberto Dantas. Autorização para o trabalho Infanto-juvenil artístico e nas ruas e praças: parâmetros e competência exclusiva do juiz do trabalho. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região**, Campinas, n. 28, p. 117-125, jan./ jun., 2006, p. 120. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/101099/2006_rev_trt15_no28.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 06 set. 2018.

¹⁴⁶ Idem.

artística apreendida economicamente por outrem, é proibido para menores de 16 anos, salvo na condição de aprendiz, a partir dos 14 anos, nos termos do art. 7º, XXXIII da Constituição Federal. II. Admite-se, no entanto, a possibilidade de exercício de trabalho artístico, para menores de 16 anos, na hipótese do art. 8º, item I da Convenção n. 138 da OIT, desde que presentes os seguintes requisitos: A) Excepcionalidade; B) Situações Individuais e Específicas; C) Ato de Autoridade Competente (autoridade judiciária do trabalho); D) Existência de uma licença ou alvará individual; E) O labor deve envolver manifestação artística; F) A licença ou alvará deverá definir em que atividades poderá haver labor, e quais as condições especiais de trabalho. III. Em razão dos princípios da proteção integral e prioridade absoluta, são condições especiais de trabalho a constar em qualquer alvará judicial que autorize o exercício de trabalho artístico para menores 16 anos, sob pena de invalidade: A) Imprescindibilidade de Contratação, de modo que aquela específica obra artística não possa, objetivamente, ser representada por maior de 16 anos; B) Prévia autorização de seus representantes legais e concessão de alvará judicial, para cada novo trabalho realizado; C) Impossibilidade de trabalho em caso de prejuízos ao desenvolvimento biopsicosocial da criança e do adolescente, devidamente aferido em laudo médico-psicológico; D) Matrícula, frequência e bom aproveitamento escolares, além de reforço escolar, em caso de mau desempenho; E) Compatibilidade entre o horário escolar e atividade de trabalho, resguardos dos direitos de repouso, lazer e alimentação, dentre outros; F) Assistência médica, odontológica e psicológica; G) Proibição de labor a menores de 18 anos em locais e serviços perigosos, noturnos, insalubres, penosos, prejudiciais à moralidade e em lugares e horários que inviabilizem ou dificultem a frequência à escola; H) Depósito, em caderneta de poupança, de percentual mínimo incidente sobre a remuneração devida; I) Jornada e carga horária semanal máximas de trabalho, intervalos de descanso e alimentação; J) Acompanhamento do responsável legal do artista, ou quem o represente, durante a prestação do serviço; L) Garantia dos direitos trabalhistas e previdenciários quando presentes, na relação de trabalho, os requisitos do arts. 2º e 3º da Consolidação das Leis do Trabalho¹⁴⁷.

GRUPO DE TRABALHO SOBRE TRABALHO INFANTO-JUVENIL ARTÍSTICO. I. O trabalho artístico, nele compreendida toda e qualquer manifestação artística apreendida economicamente por outrem, é PROIBIDO para menores de 16 anos, salvo na condição

de aprendiz, a partir dos 14 anos, nos termos do art. 7º, XXXIII da Constituição Federal. II. Admite-se, no entanto, a possibilidade de exercício de trabalho artístico, para menores de 16 anos, na hipótese do art. 8º, item I, da Convenção nº 138 da OIT, desde que presentes os seguintes requisitos: Excepcionalidade; Situações individuais e específicas; Ato de autoridade competente (autoridade judiciária); Existência de uma licença ou alvará individual; O labor deve envolver manifestação artística; A licença ou alvará deverá definir em que atividades poderá haver labor e quais as condições especiais de trabalho. III. Em razão dos princípios da proteção integral e prioridade absoluta, são condições especiais a serem observadas em qualquer alvará judicial que autorize o exercício de trabalho artístico para menores 16 anos, sob pena de invalidade:• Imprescindibilidade de contratação, de modo que aquela específica obra artística não possa, objetivamente, ser representada por maior de 16 anos; Observância do princípio do interesse superior da criança e do adolescente, de modo que o trabalho artístico propicie, de fato, o desenvolvimento de suas potencialidades artísticas; Prévia autorização de seus representantes legais e concessão de alvará judicial, para cada novo trabalho realizado; Impossibilidade de trabalho em caso de prejuízos ao desenvolvimento biopsicossocial da criança e do adolescente, devidamente aferido em laudo médico-psicológico; Matrícula, frequência e bom aproveitamento escolares, além de reforço escolar, em caso de mau desempenho; Compatibilidade entre o horário escolar e atividade de trabalho, resguardados os direitos de repouso, lazer e alimentação, dentre outros; Assistência médica, odontológica e psicológica; Proibição de labor a menores de 18 anos em locais e serviços perigosos, noturnos, insalubres, penosos, prejudiciais à moralidade e em lugares e horários que inviabilizem ou dificultem a frequência à escola; Depósito, em caderneta de poupança, de percentual mínimo incidente sobre a remuneração devida; Jornada e carga horária semanal máximas de trabalho, com intervalos de descanso e alimentação, compatíveis com o desenvolvimento biopsicossocial da criança e do adolescente; Acompanhamento do responsável legal do artista, ou quem o represente, durante a prestação do serviço; Garantia dos direitos trabalhistas e previdenciários quando presentes, na relação de trabalho, os requisitos dos arts. 2º e 3º da Consolidação das Leis do Trabalho. IV. Sugerir ao CNJ e ao CNMP que editem Recomendação Conjunta, prevendo os requisitos necessários para que se permita autorização judicial excepcional para o trabalho infantil artístico antes da idade mínima, em consonância com os enunciados acima propostos. V. Sugerir que as unidades do Ministério Público Estadual, em conjunto com o Ministério Público

do Trabalho, expeçam notificações recomendatórias aos órgãos de auto-regulamentação publicitária, para que observem o conteúdo protetivo dos enunciados propostos. VI. Sugerir que, em cada unidade da federação, seja firmado Termo de Cooperação Técnica entre Justiça do Trabalho, Justiça Estadual, Ministério Público do Trabalho, Ministério Público do Estado e Superintendência Regional do Trabalho, a fim de que sejam acertadas atuações em rede, no tema trabalho infantil artístico, tendo como pano de fundo os requisitos necessários para a abertura excepcional da via da autorização judicial para o trabalho infantil artístico. VII. Sugerir que seja solicitada manifestação técnica do Ministério do Trabalho e Emprego, quando a autoridade judiciária entender necessário, nos processos judiciais de autorização para trabalho infantil artístico, como elemento de convencimento do juiz, sobre a regularidade da situação. VIII. Declarar que é vedada toda e qualquer forma de trabalho infantil artístico que conduza à erotização precoce, considerando o prejuízo psicológico que a atividade proporciona, devidamente atestado em laudo psicológico. IX. Declarar que é vedada toda e qualquer forma de trabalho infantil artístico com conteúdo de pornografia infantil, assim entendido na forma do art. 2º, letra C, do Protocolo Facultativo sobre Venda de Criança, Prostituição Infantil e Pornografia Infantil (Decreto 5.007/2004), considerando o prejuízo psicológico que a atividade proporciona, bem como observância do Decreto 6.481/2008. X. Exortar o CNMP e CNJ a tornar permanente este foro interinstitucional de discussão, no tema do trabalho infantil. XI. Sugerir que o CNJ e o CNMP promovam ampla publicidade dos encaminhamentos tomados no presente grupo de trabalho, entre os sistemas de Justiça do Trabalho e Justiça Comum¹⁴⁸.

Os documentos apresentados, ainda que sem caráter cogente, representam um expressivo avanço em direção à promoção da proteção integral do artista mirim.

3.2 JUSTIÇA DO TRABALHO E A COMPETÊNCIA PARA AUTORIZAÇÃO DO TRABALHO ARTÍSTICO DE MENORES DE 16 ANOS

Uma vez ajustados os parâmetros de proteção para a devida expedição do alvará judicial, é forçoso definir qual seria a autoridade competente para tal feito, matéria nada pacífica na doutrina brasileira, pois com a nova redação do art. 114 da Constituição, ampliou-se a competência da Justiça do Trabalho, ge-

148 BRASIL. **Conclusões dos Grupos de Trabalho do Encontro Nacional Sobre trabalho Infantil**. Brasília/DF, 22 de ago. de 2012. Disponível em: <http://www.crianca.mppr.mp.br/arquivos/File/trabalho_infantil/conclusoes_finais_ultima_versao_enc_nac_trab_inf.pdf>. Acesso em: 04 set. 2018.

rando uma divergência no entendimento acerca de qual justiça caberia a análise dos pedidos de autorização para o exercício de trabalho infantil artístico.

Apesar da presente pesquisa perfilhar a ideia de ser o juiz do trabalho a autoridade competente para conceder a referida autorização, é necessário reconhecer, por questão de honestidade intelectual, que o Superior Tribunal de Justiça não tem entendido da mesma maneira. Dessa forma, com o intuito de alterar a jurisprudência dessa Corte, é crucial uma defesa jurídica rigorosa, o que aos poucos tem acontecido¹⁴⁹.

3.2.1 O ARTISTA MIRIM VISTO COMO TRABALHADOR

Contrariamente ao que muitos autores sustentam, existe claramente uma relação de trabalho, não se trata meramente de expressão artística quando há um interesse econômico da indústria do entretenimento por trás. Para atestar essa assertiva, uma explanação envolvendo a acepção de relação de emprego e relação de trabalho mostra-se fundamental.

Ambas as expressões são modalidades de relação jurídica, contudo a relação de emprego está englobada pela relação de trabalho, em outras palavras, esta é gênero, do qual aquela é uma espécie. Além da relação de emprego, são formas de prestação de trabalho o trabalho autônomo, o eventual, o voluntário, entre outras espécies.

A partir disso, pode-se definir relação de trabalho como “qualquer vínculo jurídico por meio do qual uma pessoa natural executa obras ou serviços para outrem, mediante pagamento de uma contraprestação”¹⁵⁰, enquanto que, por seu turno, na relação de emprego exige-se a presença de certos requisitos, quais sejam: pessoalidade, não eventualidade, dependência, onerosidade e subordinação jurídica. Tais elementos advêm da análise do caput do art. 3º da Consolidação das Leis do Trabalho, o qual considera empregado como “toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário”¹⁵¹.

A profissão de artista é regulamentada pela Lei nº. 6533/78, sendo que o profissional inserido nesse meio:

149 OLIVA, José Roberto Dantas. Competência para (des)autorização de trabalho infantil, inclusive artístico, é do Juiz do Trabalho *Revista Tribunal Superior do Trabalho, Brasília*, v. 79, nº 1, p.236-247, jan/mar 2013.p. 244.

150 SARAIVA, R. *Direito do Trabalho para concursos públicos*. 4 ed. São Paulo: Método, 2006. p.34.

151 BRASIL. Decreto-Lei nº. 5.452. 1º de maio de 1943. *Consolidação das Leis do Trabalho*. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm>. Acesso em: 04 set. 2018.

objetiva produzir coisas belas, ou ao menos, se apresenta em suas atividades como executante desses ideais. A autonomia que lhe é reconhecida decorre da magnífica relevância da própria Arte. Ocorre que essa autonomia é inerente ao trabalho de ‘criação’ ou ‘interpretação’, mas não afasta, contudo, a subordinação jurídica, especialmente porque o artista, em geral, não exerce suas atividades individualmente. Para que sua obra seja divulgada ao público que dela vai se beneficiar, há a necessidade de empresas que, sem prejuízo dos seus fins lucrativos, assegurem a realização dos espetáculos artísticos¹⁵².

Nesse sentido, afirma-se que na esfera artística existe relação de trabalho, sendo o artista, portanto, um trabalhador. Ora, se tal afirmação é indubitável em se tratando de um profissional adulto, porque seria diferente com um artista mirim? A criança ou o adolescente artista presta sua atividade ao lado dos adultos e sob as mesmas condições, a utilização de sofismas semânticos como “atividade”, “participação” ou “representação” nada mais é que relação de trabalho¹⁵³.

O artista mirim, mesmo não sendo especificamente mencionado pela Lei nº 6.533/78, faz parte de um segmento econômico que integra a indústria do entretenimento, da publicidade ou da moda¹⁵⁴, ou seja, é um trabalhador. Como já abordado em linhas pretéritas, trata-se de um fenômeno distinto do que se verifica em atividades artísticas com fito educacional. A art. 8º da Convenção nº 138 da OIT inclusive diferencia representação artística de relação de emprego ou trabalho, admitindo, portanto, a condição de trabalhador do artista mirim.

Um aspecto importante sobre essa questão é examinado no artigo publicado por Feliciano, Cavalcante e Oliva¹⁵⁵, alertando que, no caso dos artistas mirins, há relação de trabalho antes mesmo da liberação do alvará judicial. Assim, imediatamente após a aprovação no processo seletivo de determinação da produção artística, os responsáveis pela criança ou adolescente assinam o chamado “Termo de Autorização e Ajuste de Condições”, contendo cláusulas relacionadas ao período de ensaio, remuneração, hipóteses de multa, rescisão contratual, entre outras.

152 BARROS, apud BARRETO, Rafaela Barros. **Reflexões sobre o trabalho artístico infanto-juvenil e a competência da justiça do trabalho para sua autorização**. 2016. Trabalho de conclusão de curso – Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, Brasília. p.44.

153 FELICIANO, Guilherme Guimarães; OLIVA, José Roberto Dantas; CAVALCANTE, Sandra Regina. **Trabalho infantil artístico: compreensão pouca, proteção nada integral**. p. 9. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/trabalho-infantil-artistico-compreensao.pdf>>. Acesso em: 17. jul. 2017.

154 Idem.

155 Idem.

Com a assinatura do mencionado “Termo de Autorização e Ajuste de Condições”, inicia-se o período de ensaios de dança, canto, laboratórios de apresentação, etapa também em que a produção solicita o alvará ao Judiciário, ou seja, quando já existe uma relação de trabalho em andamento, com todos os riscos eventualmente existentes para aqueles pequenos artistas¹⁵⁶.

Vale mencionar, mais uma vez, a excelente pesquisa de Sandra Cavalcante que, ao investigar os contratos de publicidade de determinada rede de magazines se atentou para um termo de compromisso que tinha como contratado uma criança de 10 anos, a parte final desse termo dizia o seguinte:

Alinhada às melhores práticas internacionais e dentro do contexto de responsabilidade social empresarial, a [famosa rede] convida sua empresa a assumir por meio desse documento a adesão aos princípios relacionados aos seguintes temas: 1. Trabalho infantil. Trabalho infantil não é apoiado ou praticado pela organização. A empresa não utiliza trabalho de crianças (menores de 16 anos). No caso de utilização de trabalhadores jovens (com idade entre 16 e 18 anos) os mesmos não devem estar expostos a trabalhos noturnos ou situações que sejam perigosas, inseguras ou insalubres [...] ¹⁵⁷

Com esse fragmento, a autora evidencia que, diferentemente do adulto, o artista mirim não é visto por grande parte da sociedade como um trabalhador, o que pode ser bastante perigoso.

Para além desse fator, volta-se a frisar que o contexto profissional é muito diferente daquele voltado para a educação, sobretudo em razão do contrato realizado, o qual envolve questões financeiras significativas, como multas, desconto por falta, bem como outros fatores que poderão afetar não só os produtores e os responsáveis, mas principalmente as crianças e os adolescentes¹⁵⁸.

O apontamento de todos esses aspectos deixa muito clara a configuração ou não de trabalho infantil artístico na análise dos casos concretos, essa distinção mostra-se imprescindível, vez que a partir dela é que se determina qual justiça competente para conceder ou não autorização para o trabalho artístico.

3.2.2 DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº. 45 DE 2004

A Emenda Constitucional nº 45/2004 conduziu alterações importantíssimas a legislação trabalhista, vez que, por meio do art. 114 da Lei Maior,

156 ^{1,2} FELICIANO, Guilherme Guimarães; OLIVA, José Roberto Dantas; CAVALCANTE, Sandra Regina. Trabalho infantil artístico: **compreensão pouca, proteção nada integral**, op. cit.

157 CAVALVANTE, Sandra Regina. **Trabalho artístico na infância: estudo qualitativo em saúde do trabalhador**. 2012. Dissertação (Mestrado em Ciências) – Universidade de São Paulo, São Paulo. p.166.

158 FELICIANO, Guilherme Guimarães; OLIVA, José Roberto Dantas; CAVALCANTE, Sandra Regina. **Trabalho infantil artístico: compreensão pouca, proteção nada integral**, op. cit.

ampliou significativamente a competência material da Justiça do Trabalho, tornando-a competente para julgar não só as ações oriundas da relação de emprego como também da relação de trabalho, conforme a seguinte redação:

Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar:

I as ações oriundas da relação de trabalho, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;

II as ações que envolvam exercício do direito de greve;

III as ações sobre representação sindical, entre sindicatos, entre sindicatos e trabalhadores, e entre sindicatos e empregadores;

IV os mandados de segurança, *habeas corpus* e *habeas data*, quando o ato questionado envolver matéria sujeita à sua jurisdição;

V os conflitos de competência entre órgãos com jurisdição trabalhista, ressalvado o disposto no art. 102, I, o;

VI as ações de indenização por dano moral ou patrimonial, decorrentes da relação de trabalho;

VII as ações relativas às penalidades administrativas impostas aos empregadores pelos órgãos de fiscalização das relações de trabalho;

VIII a execução, de ofício, das contribuições sociais previstas no art. 195, I, a, e II, e seus acréscimos legais, decorrentes das sentenças que proferir;

IX outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, na forma da lei.¹⁵⁹

Logo, com o advento dessa mudança constitucional, seja o trabalho contínuo, seja eventual, ambos vão estar sob a luz do art. 114, I, da CF/88. Assim sendo, o trabalho de menores de 16 anos em espetáculos públicos, mesmo em caso de não se caracterizar relação de emprego, em razão da não eventualidade, um dos requisitos trazidos pelo art. 3º da CLT, é cabalmente enquadrado na competência da Justiça do Trabalho.

No tocante a essa matéria, apesar de perdurar o entendimento contrário, já existem julgados em defesa da nova competência jus trabalhista. Vejamos:

COMPETÊNCIA PARA APRECIACÃO DO PLEITO DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL PARA TRABALHO INFANTIL – É da Justiça do Trabalho a competência para apreciar pedido de autorização para ocorrência de trabalho por menores, que não guardem a condição de aprendizes nem tampouco possuem a idade mínima de dezesseis

anos. Entendimento que emana da nova redação do artigo 114, inciso I, da *Lex Fundamentalis*¹⁶⁰.

CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL CIVIL. AUTORIZAÇÃO PARA TRABALHO DE MENOR. JUSTIÇA DO TRABALHO. COMPETÊNCIA RECURSAL – Após a Emenda Constitucional nº45, fica evidente a competência da Justiça do Trabalho para dirimir conflito relativo à fiscalização do trabalho de menores – Competência declinada à Justiça do Trabalho¹⁶¹.

EMENTA: COMPETÊNCIA PARA APRECIÇÃO DO PLEITO DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL PARA TRABALHO INFANTIL – É da Justiça do Trabalho a competência para apreciar pedido de autorização para ocorrência de trabalho por menores, que não guardam a condição de aprendizes nem tampouco possuem a idade mínima de dezesesseis anos. Entendimento que emana da nova redação do artigo 114, inciso I, da *Lex Fundamentalis*¹⁶²

Nesse mesmo sentido, tivemos outros progressos no reconhecimento do alargamento da competência da Justiça do Trabalho, como o cancelamento das súmulas 4, 57, 222 e 396 do Superior Tribunal de Justiça, certificando, respectivamente, a competência da Justiça do Trabalho para apreciar questões envolvendo processo eleitoral sindical, ação de cumprimento de Acordo Coletivo de Trabalho e Convenção Coletiva de Trabalho (ACT/CCT), contribuição sindical e contribuição sindical rural pela Confederação Nacional da Agricultura (CNA)¹⁶³.

A mudança no art. 114 da Carta da República concentrou, portanto, na Justiça Laboral a competência para julgar inúmeras matérias que antes eram alocadas de maneira fragmentada, fato que contribuiu vigorosamente para a economicidade processual.

A esse respeito, constata-se que a defesa pelo reconhecimento da competência do magistrado do trabalho para julgar pedidos de autorização para

160 BRASIL. Tribunal Regional Federal (2ª Região). **Processo nº 00017544920135020063**. Rel. Des. Rosana de Almeida, j. em 10/12/2013, DJ de 10/01/2014. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/documents/10157/351894/autorizacao+trab+infantil+Processo+SP>. Acesso em: 10 ago. 2018.

161 BRASIL. Tribunal Regional Federal (4ª Região- 3ª Turma). **AC nº 2005.04.01.033601-0**. Rel. Des. Fed. José Paulo Baltazar Jr., j. em 06/03/2006, DJ de 03/05/2006. Disponível em: < <https://www.conamp.org.br/pt/biblioteca/artigos/item/843-trabalho-de-criancas-e-adolescentes-e-participacao-em-espetaculos-publicos-reflexoes-sobre-o-juizo-competente-para-autorizacoes.html> > . Acesso em: 10 ago. 2018.

162 BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho (TRT/SP). **Acórdão 00017544-49.2013.5.02.0063**, 3ª T, RO, Disp. DOE/TRT2 07.01.2014; Pub. 10.01.2014. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/diarios/89158383/trt-15-judiciario-06-04-2015-pg-2964>>. Acesso em: 08 ago. 2018.

163 OLIVA, José Roberto Dantas. Competência para (des)autorização de trabalho infantil, inclusive artístico, é do Juiz do Trabalho **Revista Tribunal Superior do Trabalho, Brasília**, cit., p. 245.

apresentação de crianças e adolescentes em espetáculos públicos, além de ser juridicamente acertada, envolve fundamentos lógicos, os quais foram notavelmente colocados por Oliva:

1. Se antes, em razão de uma autorização judicial, se formasse apenas uma relação de trabalho e não de emprego, a competência seria da Justiça Comum Estadual ou do Distrito Federal para resolver quaisquer litígios dela decorrentes; hoje, não mais, pois, ainda que não haja ou se pleiteie reconhecimento de vínculo empregatício, e mesmo que tenha de recorrer ao Código Civil, é o juiz do trabalho quem solucionará todas as questões que envolverem trabalho humano individualmente prestado;
2. Caso a criança ou adolescente, no exercício de trabalho autorizado judicialmente, sofresse eventual dano – material ou moral –, se derivado de relação que não fosse empregatícia, a competência seria da Justiça comum estadual e do Distrito Federal; havia, não faz muito tempo, questionamentos até sobre se seria da Justiça do Trabalho quando houvesse relação de emprego. Hoje, a teor do artigo 114, VI da Constituição Federal, não há dúvida que, em ambas as situações, será competente apenas a Justiça do Trabalho;
3. O contratante de pessoa em peculiar condição de desenvolvimento, criança ou adolescente, está sujeito à fiscalização e sanções administrativas por parte do Ministério do Trabalho e Emprego, conforme previsão contida nos artigos 434 e 438 da CLT; antes, qualquer insurgência a respeito teria que ocorrer na Justiça Federal. Agora, se houver penalidade administrativa imposta por órgãos de fiscalização das relações de trabalho e o contratante quiser discuti-la em Juízo, terá também de fazê-lo perante a Justiça do Trabalho, conforme artigo 114, VII, da CF/88;
4. Nos termos do inciso VIII do mesmo artigo 114 da CF, a Justiça do Trabalho é competente também para a execução de ofício das contribuições previdenciárias decorrentes das sentenças que proferir, mesmo em relações de trabalho sem vínculo empregatício, quando, antes, a tarefa era da Justiça Federal;
5. Na hipótese de sofrer a criança ou adolescente acidente no trabalho, trazendo-lhe este consequências danosas, tanto materiais como morais: se antes a competência era da Justiça Estadual e do Distrito Federal, hoje, inequivocamente é da Justiça do Trabalho, conforme pacificado, aliás, pela Súmula Vinculante n.º 22 do STF¹⁶⁴.

164 OLIVA, José Roberto Dantas. Competência para (des)autorização de trabalho infantil, inclusive artístico, é do Juiz do Trabalho *Revista Tribunal Superior do Trabalho*, cit., p. 242-243.

Por esse ângulo, indaga-se: se a participação de menores de 16 anos em espetáculos públicos é trabalho e, se os efeitos da relação de trabalho são de competência da Justiça Obreira, por qual razão lógica haveria de ser diferente com os casos de alvará judicial?

Mesmo com a clareza das reflexões apresentadas, há ainda a concepção doutrinária e jurisprudencial que remanesce na previsão do ECA, especificamente do art. 146, que traz como autoridade o juiz da infância, e o art. 149, II, que concede a referida autoridade a competência para, mediante alvará, autorizar a participação de crianças e adolescentes em espetáculos e certames de beleza. Entretanto, tal argumentação não merece prosperar, já que a legislação em tela não traz previsão clara se a participação prevista seria em uma esfera amadora e pedagógica, como apresentações organizadas por escolas, audições públicas de entidades filantrópicas¹⁶⁵, ou se seria realmente o caso de trabalho infantil.

Para atestar a falta de transparência do dispositivo citado, cumpre mostrar duas interpretações distintas sobre a matéria, a do Ministério Público do Trabalho (MPT) e a do Superior Tribunal de Justiça (STJ).

O MPT posiciona-se pelo entendimento de que as hipóteses elencadas pelo art. 149 do ECA tratam-se apenas de simples participação artística. Conforme essa interpretação, portanto, somente caberia ao juiz de direito autorizar participações que não envolvam relação de trabalho, dado que estas obrigatoriamente devem ser atribuídas ao crivo do magistrado do trabalho. É o que se conclui da Orientação n.º 1 dada pelo órgão aqui versado:

ORIENTAÇÃO N. 01. Autorizações Judiciais para o Trabalho antes da idade mínima. Invalidez por vício de inconstitucionalidade. Inaplicabilidade dos arts. 405 e 406 da CLT. Inaplicabilidade do art. 149 da CLT como autorização para o trabalho de crianças e adolescentes. I – Salvo na hipótese do art.8º, item I da Convenção n. 138 da OIT, as autorizações para o trabalho antes da idade mínima carecem de respaldo constitucional e legal. A regra constitucional insculpida no art. 7º, inciso XXIII, que dispõe sobre a idade mínima para o trabalho é peremptória, exigindo aplicação imediata. II – As disposições contidas nos arts. 405 e 406 da CLT não mais subsistem na Ordem Jurídica, uma vez que não foram recepcionadas pela Ordem Constitucional de 1988, a qual elevou à dignidade de princípio constitucional os postulados da proteção integral e prioridade absoluta (art. 227), proibindo qualquer trabalho para menores de 16 anos, salvo na condição de aprendiz, a partir dos 14. **III – A autorização a que se refere o art. 149, inciso II, do Estatuto**

165

¹³ FELICIANO, Guilherme Guimarães; OLIVA, José Roberto Dantas; CAVALCANTE, Sandra Regina. Trabalho infantil artístico: **compreensão pouca, proteção nada integral**, op. cit.

da Criança e do Adolescente, não envolve trabalho, mas a simples participação de criança e de adolescente em espetáculo público e seu ensaio e em certame de beleza.¹⁶⁶ [Grifo nosso].

Já o STJ filia-se da ideia de que o termo espetáculo público não se aplicaria apenas no contexto amador ou pedagógico, mas também para crianças na condição de atores televisivos, por exemplo. Como mostra a jurisprudência abaixo:

AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. PARTICIPAÇÃO DE MENOR EM PROGRAMA DE TELEVISÃO. NECESSIDADE DE ALVARÁ JUDICIAL. ART. 149, I E II, DO ECA.

1. É necessária a expedição de alvará judicial para que menores possam participar de programas televisivos na condição de atores ou figurantes e para que possam desempenhar outra atividade assemelhada, ainda que acompanhadas.

2. Agravo regimental improvido. (STJ – 2ª T; AgRg no AI n. 2005/0140545-5; Rel. Min. João Otávio de Noronha; j. 20/10/2005; DJ. 13.02.2006, p. 755)¹⁶⁷.

Contudo, o cerne da questão não está necessariamente na falta de transparência do artigo, visto que, ainda que a obscuridade da lei tivesse sido superada, entraríamos no fundamento da não recepção, quer dizer, diante da nova redação do art. 114 da Constituição Federal, qualquer regra infraconstitucional que outorgue ao juiz e direito competência para apreciar casos trabalhistas não poderia ser recepcionada¹⁶⁸, visto que a autoridade judiciária a que se refere o §1º do art. 149 do ECA não poderia ser o juiz da infância e da juventude, mas sim o manifestadamente designado pela Carta da República, ou seja o magistrado do trabalho. O mesmo aplica-se ao art. 406 da CLT, que outorga a aludida competência ao antigo Juiz de Menores, o que evidencia, além da não recepcionabilidade, o caráter obsoleto da norma.

Outro argumento utilizado pelos defensores da competência do juiz da infância é o de que pedidos dessa espécie estão vinculados à matéria da jurisdição

166 DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. **Orientação nº 1**. Disponível em: <https://www.mpba.mp.br/sites/default/files/biblioteca/crianca-e-adolescente/trabalho-infantil/doutrinas_e_artigos/nota_tecnica_sobre_autorizacoes_judiciais_trabalho_antes_idade_minima_legal.pdf>. Acesso em: 04 set. 2018.

167 CAVALCANTE, Sandra Regina. **Trabalho Infantil Artístico: do deslumbramento à ilegalidade**, cit., p. 60.

168 CORREA, Lélío Bentes; ARRUDA, Kátia Magalhães; OLIVA, José Roberto Dantas. **O juiz do trabalho e a competência para autorizações do trabalho artístico de crianças e adolescentes**. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/1939/100802/2015_correa_lelio_juiz_trabaltr.pdf?sequence=1>. Acesso em 26 jul.2017.

voluntária. Por isso, para parte da doutrina tradicional, seria uma mera atividade de administração pública de interesses e não uma atividade jurisdicional¹⁶⁹.

Segundo Oris de Oliveira, defensor desse vertente, a inexistência de contraditório permitiria que ambos, juiz do trabalho e juiz da infância, competentes para emitir tais alvarás¹⁷⁰. Porém, opina pela permanência da competência com a Justiça e Estadual sob a alegação de que haveria uma insuficiência estrutural por parte da Justiça Obreira. Para ele, “a justiça do trabalho não tem quadros próprios para exame prévio da complexidade que implica uma prévia autorização para participação de adolescentes em representações artísticas”¹⁷¹.

No entanto, a argumentação acima não merece prosperar. Como bem alega Oliva, o próprio Código de Processo Civil estabelece a jurisdição civil como gênero que comporta duas espécies: contenciosa e voluntária. Dessa forma, o juiz ao autorizar o trabalho infanto-juvenil está exercendo jurisdição civil, ou seja, parcela da jurisdição¹⁷².

Quanto à alegação da falta de estrutura, é inadmissível que se deixe de aplicar um comando constitucional simplesmente pela ausência de aparelhagem, o que se deve fazer é proporcionar condições a Justiça Trabalhista, como a montagem de equipes técnicas multidisciplinares, para que ela tenha cumpra com a incumbência que lhe foi dada constitucionalmente¹⁷³.

3.2.3 JUSTIÇA DO TRABALHO E OS PRINCÍPIOS PROTETIVOS AO TRABALHADOR

Para além das razões de ordem lógica e jurídica, devemos também nos atentar para o fato de que, corroborada a manifesta natureza trabalhista nos casos de contratação de artistas mirins para espetáculos públicos, os magistrados do trabalho estão logicamente mais aptos para lidar com questões de cunho trabalhistas. Em apertada síntese, o juiz do trabalho, por estar diretamente ligado à realidade do trabalho e todos os riscos ocupacionais que dela derivam, compreende melhor a dinâmica do trabalho.

169 OLIVA, José Roberto Dantas. Competência para (des)autorização de trabalho infantil, inclusive artístico, é do Juiz do Trabalho *Revista Tribunal Superior do Trabalho, Brasília*, cit., p. 240.

170 OLIVEIRA, apud CAVALCANTE, Sandra Regina. *Trabalho Infantil Artístico: do deslumbramento à ilegalidade*. São Paulo: LTr, 2011. p. 65.

171 OLIVEIRA, Oris de. *Trabalho infantil artístico*. Rio de Janeiro: 2007. p.6. Disponível em: <http://www.fnpeti.org.br/artigos/trabalho_artístico.pdf/view>. Acesso em: 30 ago.2018.

172 OLIVA, José Roberto Dantas. Competência para (des)autorização de trabalho infantil, inclusive artístico, é do Juiz do Trabalho *Revista Tribunal Superior do Trabalho, Brasília*, cit., p. 243.

173 OLIVA, José Roberto Dantas. O trabalho infantojuvenil artístico e a idade mínima: sobre a necessidade de regulamentação e a competência para sua autorização. *Revista da Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho da 15ª Região*, n. 3. São Paulo: LTr, 2010, p. 136.

Tal posicionamento, como será demonstrado, não advém unilateralmente da Justiça do Trabalho, mas das instituições do sistema de justiça comum como um todo, inclusive de juízes da infância e da juventude. Como bem expôs a Dra. Sirley Claus Prado Tonello, Juíza de Direito da vara da Infância e da Juventude do Foro Regional II – Santo Amaro, no Seminário “Trabalho Infantil Artístico: entre o sonho e a realidade”, o juiz da infância não só tem plenas condições, como está muito mais aparelhado para lidar com esses casos, justamente pelo fato de estar acostumado a lidar com esse tipo de questão, diferentemente do juiz da infância¹⁷⁴.

Isso porque, o juiz da infância e da juventude, em grande parte dos casos, irá estudar a possibilidade de concessão do alvará por outra dimensão, distante da realidade trabalhista, sem considerar princípios e fundamentos caríssimos no âmbito laboral.

O Direito do Trabalho possui como função precípua a de tutela, que visa à proteção do trabalhador diante do poder econômico, a fim de que por este não seja absorvido¹⁷⁵. No caso dos artistas mirins, essa proteção deve ser, além de tudo, integral, ou seja, é conferida a ela um peso muito maior, em virtude da vulnerabilidade da criança e do adolescente diante de uma empresa com fortes interesses econômicos. A premência da indústria por celeridade e, conseqüentemente pelo lucro, não podem jamais atravessar à saúde, o bem estar e a integridade da criança e do adolescente.

Partindo dessa função, irrompem princípios específicos como o da proteção, da irrenunciabilidade dos direitos e o da primazia da realidade. O primeiro é fundido na condição mais benéfica, direcionada a proteger situações pessoais mais vantajosas que se incorporaram ao patrimônio do empregado, e na norma mais favorável, em que, na existência de duas ou mais normas, aplica-se a mais favorável ao trabalhador. O propósito desse princípio é justamente tentar corrigir as desigualdades, criando uma superioridade jurídica do trabalhador, em razão de sua hipossuficiência¹⁷⁶.

Já o segundo princípio tem como regra que o trabalhador não poderá renunciar aos seus direitos trabalhistas previstos em lei. No caso de haver renúncia, o art. 9º da CLT determina que “serão nulos de pleno direito os atos

174 Informação fornecida pela juíza de direito Dra. Sirley Claus Prado Tonello no Seminário “Trabalho Infantil Artístico: entre o sonho e a realidade”, em São Paulo, em junho de 2015.

175 NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Iniciação ao Direito do Trabalho**. 26ª edição. São Paulo: Editora LTr, 2000. p.61.

176 BARROS, Alice Monteiro. **Curso de Direito do Trabalho**, cit., p. 122-123.

praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos trabalhistas”¹⁷⁷.

No que concerne ao último princípio enumerado, a regra está na valorização dos fatos em detrimento dos aspectos formais. O objetivo desse princípio é salvaguardar o trabalhador diante dos possíveis abusos da forma.

Outra função relevantíssima do Direito do Trabalho é a social, em que, por meio da atuação da Justiça Laboral, preservam-se os valores sociais, como dignidade do trabalhador, e não apenas os econômicos. Assim, o magistrado do trabalho, ao se deparar com casos de violação, ou mesmo de risco de violação, por estar familiarizado com essas circunstâncias, teria mais cabedal para lidar com o sucedido, inclusive se o caso envolver uma criança ou um adolescente artista, pois como já foi sustentado, é um trabalhador.

O juiz do trabalho, como muito bem lembrado por Cavalcante, Feliciano e Oliva, não é mais ou menos sensível que qualquer outro, mas o mais preparado para analisar as situações concretas e garantir a proteção integral aos artistas mirins¹⁷⁸. O discurso de que o magistrado trabalhista não seria qualificado para lidar com a Constituição Federal e com o Estatuto da Criança e do adolescente, além de carregado de preconceitos, é extremamente falacioso.

O Direito do Trabalho, mesmo com sua especificidade, não é um organismo absolutamente desprendido dos princípios constitucionais, o juiz do trabalho de maneira alguma decide as questões obreiras unicamente no conjunto de normas infraconstitucionais¹⁷⁹. A inviolabilidade, por exemplo, do direito à vida, à dignidade, à liberdade, à segurança e à igualdade são tão caros ao magistrado do trabalho quanto ao da infância.

A diferença está na dimensão para qual a análise dos pedidos de alvará está voltada, pois são casos que exigem um olhar meticuloso para as questões laborais, adquirido apenas com a vivência em situações que exigem essa criticidade. Há, é claro, uma manifestação artística no caso de participação de menores de 16 anos em obras públicas, mas há ainda, e de maneira mais impactante, uma relação de trabalho, com todos os seus riscos ocupacionais, sobretudo em se tratando de seres em desenvolvimento.

177 BRASIL. Decreto-Lei nº. 5.452. 1º de maio de 1943. **Consolidação das Leis do Trabalho**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm>. Acesso em: 04 set. 2018.

178 FELICIANO, Guilherme Guimarães; OLIVA, José Roberto Dantas; CAVALCANTE, Sandra Regina. Trabalho infantil artístico: **compreensão pouca, proteção nada integral**, op. cit.

179 NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Iniciação ao Direito do Trabalho**, cit., p.61.

3.2.4 A ATUAÇÃO DA JUSTIÇA DO TRABALHO NA EFETIVAÇÃO DA PROTEÇÃO INTEGRAL E ABSOLUTAMENTE PRIORITÁRIA

Nos últimos anos a Justiça do Trabalho tem sido um agente primordial no combate ao trabalho infantil, definindo ações com o fito de auxiliar na sua erradicação. A relevância de sua conduta foi, até mesmo, reconhecida pelo diretor adjunto do Programa Internacional para Erradicação do Trabalho Infantil (IPEC), da Organização Internacional do Trabalho (OIT). Que declarou ser vantajosa a existência dos Tribunais do Trabalho para o enfrentamento à exploração infantil¹⁸⁰.

Nesse segmento, em maio de 2012, o então presidente do Conselho Superior da Justiça do Trabalho (CSJT), João Oreste Dalazen, por meio do Ato nº 99/CSJT, criou a Comissão Nacional sobre Trabalho Infantil, a qual, além de apresentar propostas de atuação para a erradicação do trabalho infantil, fundou a Comissão de Erradicação do Trabalho Infantil da Justiça do Trabalho (CETI)¹⁸¹.

Ademais, destaca-se que a Justiça Obreira foi a única integrante do Judiciário brasileiro a participar da organização da III Conferência Global sobre Trabalho Infantil, realizada em Brasília, em outubro de 2013, episódio que representou um reflexo da apresentação pública da Justiça do Trabalho para o debate¹⁸². Diversos programas de combate ao trabalho infantil passaram, pois, a dialogar, na primeira década deste século, com a funcionalidade da estrutura jurisdicional, notadamente em face dos compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, como por exemplo, o de extinguir as piores formas de trabalho infantil¹⁸³.

Ainda sobre os programas em destaque, uma importante ação do Conselho Superior da Justiça do Trabalho (CSJT) e do Tribunal Superior do Trabalho (TST) instituiu um o Programa de Combate ao Trabalho Infantil no âmbito da Justiça do Trabalho, o qual mobilizou os 24 Tribunais Regionais do Trabalho (TRTs), e representou, à luz da interpretação adequada do ECA e da CLT,

180 OLIVA, José Roberto Dantas. Competência para (des)autorização de trabalho infantil, inclusive artístico, é do Juiz do Trabalho **Revista Tribunal Superior do Trabalho, Brasília**, cit., p. 246.

181 TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. Justiça do Trabalho estabelece sua competência para autorizar trabalho de menores. Disponível em: < http://www.tst.jus.br/noticias/-/asset_publisher/89Dk/content/justica-do-trabalho-estabelece-sua-competencia-para-autorizar-trabalho-de-menores>. Acesso em: 10 jun. 2018.

182 TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. **Justiça do Trabalho estabelece sua competência para autorizar trabalho de menores**, op cit.

183 FELICIANO, Guilherme Guimarães; OLIVA, José Roberto Dantas; CAVALCANTE, Sandra Regina. Trabalho infantil artístico: **compreensão pouca, proteção nada integral**, op. cit.

uma nova visão institucional acerca das competências materiais da Justiça do Trabalho e da Justiça Estadual¹⁸⁴.

Em observância ao aludido programa, no domínio do TRT-15, foram criados 10 (dez) dos chamados Juizados Especiais da Infância e da Adolescência (JEIAs), nas cidades de Araçatuba, Bauru, Campinas, Presidente Prudente, Ribeirão Preto, São José do Rio Preto, São José dos Campos e Sorocaba, além dos municípios de Fernandópolis e Franca. Sua criação se deu por conta da Resolução Administrativa nº 14 de 2014 e foi aprovada em outubro de 2016, em sessão administrativa do Órgão Especial do TRT.

Os JEIAs foram instalados com o intento de afirmar a competência material da Justiça do Trabalho para analisar, conciliar e julgar os processos que digam respeito aos trabalhadores menores de 18 anos, incluindo os pedidos de autorização para trabalho de crianças e adolescentes, as ações civis públicas e coletivas e as autorizações para controle do trabalho infantil doméstico. Além disso, poderão atuar tanto de forma fixa quanto itinerante, é o que diz o art. 2º da Resolução 14/2014.

A título de exemplo, a região de Franca, interior de São Paulo possuía um índice bastante alto de trabalho infantil, realidade paulatinamente alterada com a instalação do JEIA, prova disso é a marca de aproximadamente 80 (oitenta) pedidos de autorização negados, isso em três meses de funcionamento. Ao passar pelo Juizado, os adolescentes são encaminhados para diversos cursos preparatórios, sendo que aqueles com grave situação de vulnerabilidade social são contemplados com bolsas oriundas de Termos de Ajustamento de Conduta (TAC) firmadas entre empresas e o Ministério Público do Trabalho (MPT)¹⁸⁵.

Para viabilizar esse projeto, o Ministério do Trabalho e Emprego contou com algumas parcerias e com o trabalho conjunto entre Justiça do Trabalho, Defensoria Pública Estadual e Ministério Público do Trabalho. A rede de proteção promove audiências coletivas com os pais, audiências públicas com as empresas da região, tudo isso a fim de incentivar a capacitação dos adolescentes e a erradicação da exploração da mão de obra infantil.

Existem iniciativas similares de outros Tribunais, como no TRT-21, que compreende o estado do Rio Grande do Norte, o TRT-10, que abarca o Distrito Federal e Tocantins, e o TRT-22, do Piauí, “o que não corresponde

184 Idem.

185 ² TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO A 15ª REGIÃO. **Jeia mobiliza rede de proteção na região de franca e evita o trabalho de crianças e adolescentes**. Disponível em: <http://portal.trt15.jus.br/mais-noticias/-/asset_publisher/VIGo/content/jeia-mobiliza-rede-de-protacao-na-regiao-de-franca-e-evita-o-trabalho-de-criancas-e-adolescentes;jsessionid=B766EB40982874823D08A4B100BC43A3.lr2>. Acesso em: 10 set. 2018.

a novas varas do trabalho. Os juízes responsáveis apenas acumulam atribuições, não havendo aumento de despesa ou qualquer afronta à Constituição da República Federativa do Brasil”¹⁸⁶.

O TRT da 2ª região tem ações, como o [Ato do Gabinete da Presidência \(GP\) nº 15/2013](#) e a Portaria 34/2013, no sentido de contribuir com a erradicação do trabalho infantil e em condições análogas à escravidão. O Ato define as ações institucionais voltadas ao cumprimento da agenda de trabalho decente, especialmente, quanto à erradicação do trabalho infantil e em condições análogas à de escravo no âmbito do TRT-2, e a Portaria cria a Comissão de Erradicação do Trabalho Infantil e de proteção ao trabalho decente do adolescente.

O Ato GP nº 19/2013 do TRT-2, um dos alvos da ADI 5326, analisada a posteriori, instituiu o Juízo Auxiliar da Infância e Juventude, o qual, segundo o ato, ficaria encarregado de verificar os pedidos de autorização para trabalho infanto-juvenil, contudo foi revogado pelo Ato GP nº 07/2018.

O Ministério Público do Trabalho também é órgão que age na proteção da infância e da juventude, foi responsável pela criação da Coordenadoria Nacional de Combate à Exploração do Trabalho de Crianças e Adolescentes e vem atuando em prol da proteção da criança e do adolescente no âmbito laboral como um todo, mas também para que as diversas expressões do trabalho infantil artístico ocorram em obediência aos padrões normativos.

O Procurador do Trabalho tem a incumbência de investigar as irregularidades que lhe chegam e, caso seja de fato comprovada a ilicitude, pode, então, a autoridade convocar os infringentes para a assinatura de um Termo de Ajustamento de Conduta, ou até mesmo instaurar uma Ação Civil Pública.

Preventivamente, o MPT participa de audiências públicas e de fóruns temáticos. Nesse sentido, constatou-se que inúmeras tratativas, em prol da defesa dos direitos das crianças e dos adolescentes, tem sido mantidas, por iniciativa da Justiça do Trabalho, com juízes da infância, promotores de justiça, procuradores do trabalho, juízes do trabalho e auditores fiscais do trabalho, os quais, ao longo dos últimos tempos, desenvolveram conjuntamente diversas atividades interinstitucionais.

Foram realizados numerosos seminários, palestras, ciclos de debates entre a Justiça Estadual, do Trabalho, Ministério Público Estadual, Ministério Público do Trabalho, entre outros agentes. Ilustrando, tivemos, por exemplo, o I

186 CORREA, Lélío Bentes; ARRUDA, Kátia Magalhães; OLIVA, José Roberto Dantas. **O juiz do trabalho e a competência para autorizações do trabalho artístico de crianças e adolescentes.** *Revista do Tribunal*, cit., p. 120

Seminário Nacional para a Erradicação do Trabalho Infantil, o Curso de aperfeiçoamento sobre Trabalho Infantil, além dos seminários “Trabalho Infantil, Aprendizagem e Justiça do Trabalho”, “Trabalho Infantil Artístico entre o Sonho e a Realidade”, “Justiça do Trabalho e Infância e Juventude”, todos eles com o escopo de consolidar parcerias institucionais, auxiliar no debate para o aperfeiçoamento da legislação.

Destaca-se, por fim, a atuação conjunta entre TJSP, TRT-2, TRT-15, MPT e MPE na edição da Recomendação Conjunta nº. 01/2014, que dispõe sobre a competência da Justiça do Trabalho e da Estadual nos casos de pedido de autorização para trabalho, inclusive artístico e desportivo de crianças e adolescentes, sendo que no estado do Mato Grosso foi adotada iniciativa da mesma natureza:

I – As causas que tenham como fulcro os direitos fundamentais da criança e do adolescente e sua proteção integral, nos termos da [Lei 8.069](#), de 13 de julho de 1990, inserem-se no âmbito da competência dos Juízes de Direito da Infância e da Juventude; II – As causas que tenham como fulcro a autorização para trabalho de crianças e adolescentes, inclusive artístico e desportivo, e outras questões conexas derivadas dessas relações de trabalho, debatidas em ações individuais e coletivas, inserem-se no âmbito da competência dos Juízes do Trabalho, nos termos do art. 114, [incisos I e IX](#), da Constituição da República¹⁸⁷.

Todas essas iniciativas auxiliam no reforço da ideia de que “a competência material da Justiça do Trabalho para as autorizações de trabalho infanto-juvenil não é, em absoluto, uma tese cerebrina ou isolada”¹⁸⁸. A Justiça do Trabalho, comprovadamente, tem atuado para salvaguardar os direitos da infância e da adolescência, como prevê o art. 227 da Magna Carta e o Estatuto da Criança e do Adolescente. É imprescindível reforçar que o intento não é jamais excluir a Justiça Estadual da Infância e Juventude, mas sim unir forças para que, com uma participação bem articulada de toda a rede, se possa efetivamente avançar na concretização do princípio da proteção integral.

3.3 ANÁLISE DA ADI Nº. 5326

3.3.1 DOS FATOS

Cuida-se de Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI nº 5326/DF), cumulado com pedido liminar, perante o Supremo Tribunal Federal (STF), pela

187 TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO – 2ª REGIÃO. **Recomendação Conjunta nº 01/2014**. Disponível em: < http://www.trtsp.jus.br/geral/tribunal2/Normas_Presid/Recom_Conjunta/CJ_01_14.html >. Acesso em: 04 set. 2018.

188 FELICIANO, Guilherme Guimarães; OLIVA, José Roberto Dantas; CAVALCANTE, Sandra Regina. **Trabalho infantil artístico: compreensão pouca, proteção nada integral**, op. cit.

Associação Brasileira de Emissoras de Rádio e Televisão (ABERT), que objetiva a declaração de inconstitucionalidade das Recomendações Conjuntas nº. 01/2014-SP e nº. 01/2014-MT, além do Ato GP nº. 19/2013 e do Provimento GP/CR nº. 07/2014.

Em apertada síntese, como já abordado anteriormente, tratam-se de documentos que reconhecem a competência da Justiça do Trabalho para processar e examinar pedidos de autorização para participação profissional de crianças e adolescentes em eventos artísticos públicos.

Os autos, devidamente protocolados e autuados em maio de 2015, foram distribuídos ao Ministro Marco Aurélio Mello, o qual negou o pedido de intervenção como *amici curiae* feito pela Associação Nacional dos procuradores do Trabalho (ANPT), da Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (ANAMATRA) e, posteriormente, aos 27.08.2015, da Associação Nacional dos Magistrados Estaduais (ANAMAGES).

Em 16.12.2016, o Tribunal Pleno negou provimento aos Agravos Regimentais da ANAMATRA e da ANPT no que tange à questão do *amici curiae*, fato que, como bem apontado por Feliciano, Oliva e Cavalcante, gera situação insólita, já que não há nos autos defesa real da tese contrária à da autora¹⁸⁹.

Em 14.08.2015, o Ministro Relator deferiu medida liminar, que afastou cautelarmente as recomendações e atos em questão, assentando ser da Justiça Comum a competência para fornecer os alvarás. Atualmente, os autos encontram-se conclusos ao Relator, a fim de que se dê continuidade a ação.

3.3.2 ASPECTOS FORMAIS DE ILEGITIMIDADE E INADMISSIBILIDADE

Antes de adentrarmos especificamente no mérito da demanda, faz-se urgente uma investigação acerca do cabimento da ADI, assim como da legitimidade ativa da ABERT. Diante disso, cabe, primeiramente, um exame da natureza dos atos que se pretende declarar como inconstitucionais (Recomendação Conjunta nº. 01/2014-SP, Recomendação Conjunta nº. 01/2014 – MT, o Ato GP nº 19/2013 e Provimento GP/CR nº. 07/2014).

Tratam-se de atos meramente administrativos, sem força normativa, com o fito de recomendar aos magistrados do trabalho e membros de Ministérios Públicos o cumprimento do que foi estabelecido constitucionalmente com a EC nº 45/2004. Partindo desse cenário, e considerando que o controle de constitucionalidade tem por objeto apenas espécies de conteúdo normativo, pode-

189 FELICIANO, Guilherme Guimarães; OLIVA, José Roberto Dantas; CAVALCANTE, Sandra Regina. *Trabalho infantil artístico: compreensão pouca, proteção nada integral*, op. cit.

-se afirmar que a Ação Direta de Inconstitucionalidade proposta não poderia ser conhecida.

De forma notável, ensina Feliciano que, na acepção técnica do termo, não há propriamente uma dimensão normativa, posto que os atos atacados não têm o escopo de produzir quaisquer efeitos jurídicos imediatos, mas sim direcionar seus agentes políticos, não havendo, pois, o que se deva ou possa “corrigir” em sede de controle concentrado abstrato de constitucionalidade¹⁹⁰.

E mais, caso houvesse alguma normatividade nesses atos, estes estariam desrespeitando diretamente as leis (CLT, ECA), não diretamente a Constituição Federal, quer dizer, haveria um vício de ilegalidade, com violação constitucional indireta¹⁹¹.

Quanto à legitimidade ativa da ABERT, cabe primeiramente mencionar o art. 103 da CF/88, que enumera os legitimados para propor ADI, dentre eles, estão as entidades de classe de âmbito nacional (art. 103, IX), categoria em que a ABERT se coloca em sua petição. Contudo, vale lembrar a relevância do caráter nacional para a análise de legitimidade, nesse sentido, aplica-se analogicamente a Lei Orgânica dos Partidos Políticos, que exige ampla representação no território nacional, em pelo menos um terço dos estados da Federação. Vejamos:

Carece de legitimação para propor ação direta de inconstitucionalidade a entidade de classe que, embora de âmbito estatutário nacional, não tenha representação em, pelo menos, nove Estados da Federação, nem represente toda a categoria profissional, cujos interesses pretenda tutelar¹⁹².

Além disso, compreende-se por classe determinada categoria profissional, de composição homogênea, não se qualificando aquelas compostas de maneira fragmentada, como já decidiu o STF:

Ação direta de inconstitucionalidade. Legitimidade ativa *ad causam*. CF/1988, art. 103. Rol taxativo. Entidade de classe. Representação institucional de mera fração de determinada categoria funcional. Descaracterização da autora como entidade de classe. Ação direta não conhecida. (...) A Constituição da República, ao disciplinar o tema concernente a quem pode ativar, mediante ação direta, a jurisdição constitucional concentrada do STF, ampliou, significativamente,

190 Idem.

191 FELICIANO, Guilherme Guimarães; OLIVA, José Roberto Dantas; CAVALCANTE, Sandra Regina. **Trabalho infantil artístico: compreensão pouca, proteção nada integral**, op. cit.

192 BRASIL. STF. ADI 3.617 AgR, rel. min. Cezar Peluso, j. 25-5-2011, P, DJE de 1º-7-2011. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigoBd.asp?item=1106>>. Acesso em: 09 ago. 2018.

o rol – sempre taxativo – dos que dispõem da titularidade de agir em sede de controle normativo abstrato. **Não se qualificam como entidades de classe, para fins de ajuizamento de ação direta de inconstitucionalidade, aquelas que são constituídas por mera fração de determinada categoria funcional.** Precedentes¹⁹³.

Passando então a investigar a composição da ABERT, insta transcrever aqui as principais conclusões de Guilherme Guimarães Feliciano, juiz titular da 1ª Vara do Trabalho de Taubaté, em seu elogiável artigo:

[...] a ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE EMISSORAS DE RÁDIO E TELEVISÃO – ABERT não é, nessa acepção, uma “associação de classe de âmbito nacional”. Com efeito, a ABERT estatutariamente é “uma sociedade civil sem fins econômicos, de duração indeterminada, constituída por empresas de radiodifusão autorizadas a funcionar no País e por outras pessoas físicas e jurídicas com vínculos e participação no setor” [...] Daí que, a rigor, nem tem âmbito nacional, nem tampouco é associação de classe.

Não tem âmbito nacional. Não o tem, a uma, porque essa vocação nacional sequer decorre da sua tessitura estatutária (podem compô-la quaisquer empresas de radiodifusão, nacionais, regionais ou locais). E, a duas, é fato notório (artigo 335/CPC) que, em termos qualitativos, a ABERT a rigor não pode representar nacionalmente todas as empresas emissoras de rádio e televisão do país, simplesmente porque, ao tempo da propositura da ADI, havia uma segunda entidade “nacional”, igualmente representativa dos mesmos interesses, que congrega cabeças-de rede e afiliadas de outros dois grandes grupos brasileiros de telecomunicações (a TV BAND e a REDE TV): a ABRA – ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DOS RADIODIFUSORES, fundada em 21.5.2005, cuja finalidade estatutária é — tal qual a ABERT — “a representação dos associados em todos os fóros parlamentares, civis ou judiciais e debates que digam respeito à atividade de radiodifusão de sons e imagens e televisão fechada” (artigo 2º do Estatuto da ABRA). A própria ABRA registra, em seus documentos oficiais, ser “uma entidade sem fins lucrativos, com sede em Brasília/DF e atuação em todo o território nacional e internacional, [f]undada pelas emissoras de TV Band e Rede TV!” (v. http://www.abra.inf.br/quem_somos.php). E, para mais, registre-se que a TV RECORD, como cabeça-de-rede, tampouco compõe a ABERT (desde outubro de 2012, quando a abandonou em razão da “suposta parcialidade da entidade na representação dos interesses do setor”), como também não compõe

193 BRASIL. STF. ADI 1.875 AgR., Rel. min. Celso de Mello, j. 20-6-2001, P, DJE de 12-12-2008. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigoBd.asp?item=1106>>. Acesso em: 09 ago. 2018.

a ABRA (v. <http://www.teletime.com.br/29/10/2012/record-sai-da-abert/tt/308258/news.aspx>, em 21.6.2015). Ao tempo do ajuizamento da ação direta de inconstitucionalidade, portanto, apenas a TV GLOBO e o SBT, com suas afiliadas, seguiam sistematicamente vinculadas à ABERT (o que, supõe-se, ainda se dava quando, anteriormente, o STF reconheceu essa legitimidade — vide a nota n. 7 da petição inicial da própria ABERT na ADI 5326).

Tampouco é, a ABERT, uma “entidade de classe”. E não é porque, a rigor, não congrega profissionais, mas basicamente congrega *empresas de radiofusão*, com um anódino hibridismo estatutário que permite a filiação concomitante de “pessoas jurídicas e físicas” ligadas ao segmento¹⁹⁴.

Partindo, então, desses ensinamentos, nota-se a manifesta ilegitimidade da Associação Brasileira de Emissoras de Rádio e Televisão na propositura da ADI aqui em análise. Em primeiro lugar porque não detém a condição de nacional, uma vez que em seu estatuto nem ao menos consta o caráter nacional exigido, além do mais, a representatividade de toda uma categoria funcional, não apenas fração dela, como é o caso da ABERT, tendo em vista, à época da propositura da ação, a existência de outra entidade com os mesmos interesses.

E finalmente, a fim de ratificar a ilegitimidade ativa da autora, o termo entidade de classe não se enquadra nos quadros da ABERT, dado que, para que isso ocorresse, seria necessário que a Associação reunisse profissionais da área de radiofusão, porém, seus congregados são compostos essencialmente por pessoas jurídicas, o que desfigura a concepção de entidade de classe.

3.3.3 DO MÉRITO

Superadas as considerações de ordem introdutórias, passemos agora para um exame do mérito. A autora inicia sua exposição negando a haver uma relação de trabalho na participação profissional de menores de 16 anos em espetáculos artísticos, afirmação inverídica, como já comprovado previamente.

A partir dessa perspectiva, a petionária então aponta para uma definição de competência, esta fixada pela Constituição e estabelecida por meio da natureza jurídica da questão controvertida, o que levaria, segundo ela, a concluir que, como a natureza jurídica da questão não seria trabalhista, a competência

194 ³ FELICIANO, Guilherme Guimarães. A ADI n. 5326/DF e a competência da Justiça do Trabalho para pedidos de autorização relativos à participação de crianças e adolescentes em representações artísticas: um passo para trás. Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/43474/a-adi-n-5326-df-e-a-competencia-da-justica-do-trabalho-para-pedidos-de-autorizacao-relativos-a-participacao-de-criancas-e-adolescentes-em-representacoes-artisticas-um-passo-para-tras>>. Acesso em: 02 ago. 2018.

não poderia ser da Justiça do Trabalho, ou melhor, não seria possível enquadrar o trabalho infantil artístico nas hipóteses do art. 114 da CF/88.

Nas palavras da ABERT, portanto, “para que aquela justiça especializada seja competente, é necessário, em primeiro lugar, que haja uma relação de trabalho ou que a relação estabelecida entre as partes seja uma decorrência dessa relação, o que não se verifica na hipótese de participações artísticas”¹⁹⁵.

O que causa estranheza é que a mesma atividade artística realizada por adultos é, muitas vezes, exercida por menores de 16 anos, entretanto, uma é considerada trabalho e a outra simples “exercício de sua liberdade de expressão e cultura”¹⁹⁶. Uma criança ou um adolescente que participa profissionalmente de um espetáculo público é sim um trabalhador. E, como a própria autora afirmou, a competência é estabelecida constitucionalmente, sendo que:

Justiça Laboral abarca não apenas a clássica *relação de emprego*, mas as ações oriundas da *relação de trabalho*. O constituinte derivado teve a nítida intenção de elastecer a competência da justiça especializada, que passou a decidir sobre questões decorrentes de outras modalidades de vínculo que não apenas o empregatício¹⁹⁷.

Outro ponto levantado pela postulante é o de que somente a atuação do juiz da infância é ditada pelo princípio da proteção integral, raciocínio de certa forma discriminatório, como se um magistrado do trabalho, em sua prática diária, não se valesse do direito material e processual comuns, como disposto pela própria CLT nos art. 8º e 769¹⁹⁸, além da gama de princípios constitucionais afetos ao direito como um todo.

Além disso, vale frisar a especialidade do juiz laboral para com o mundo do trabalho e todos os riscos dele decorrentes. Como defende a própria Ada Pellegrini Grinover, em parecer anexado aos autos pela ABERT um magistrado “não pode continuar decidindo todos os tipos de causas ou julgando todos os delitos, quando se sabe que há profissionais especializados para enfrentar certas questões”¹⁹⁹. Não se pretende aqui, desmerecer o juiz da infância e da

195 STF. **Petição inicial na Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.326**. Distrito Federal. p. 11. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4781750>>. Acesso em: 06 jul.2017.

196 STF. **Petição inicial na Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.326**. Distrito Federal. p.19. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4781750>>. Acesso em: 06 jul.2017.

197 STF. **Petição inicial na Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.326**, cit., p. 12.

198 CORREA, Lélío Bentes; ARRUDA, Kátia Magalhães; OLIVA, José Roberto Dantas. **O juiz do trabalho e a competência para autorizações do trabalho artístico de crianças e adolescentes**. *Revista do Tribunal*, cit. p. 124.

199 STF. **Parecer Ada Pellegrini Grinover na Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.326**. p. 12. Distrito Federal. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/>

juventude, muito pelo contrário, reconhecemos sua magnitude na proteção dos direitos da criança e do adolescente, contudo, o juiz do trabalho está naturalmente mais voltado para a dimensão laboral.

Ao longo da petição, os autores perpassam por pontos como a recepção dos arts. 149, II, “a” e 146 do ECA, e art. 406 da CLT, além do debate acerca da natureza dos pedidos de alvará, se pertencentes ou não à atividade jurisdicional. Todos esses tópicos já foram outrora esclarecidos, não devendo, pois, prosperar a sustentação da ABERT. Pelas razões expostas, portanto, é seguro afirmar a competência da Justiça do Trabalho para examinar os pedidos de alvará judicial para trabalho infantil artístico.

CONCLUSÃO

No decorrer deste estudo o propósito central da presente pesquisa foi examinar criticamente o exercício do trabalho artístico infantil na realidade brasileira, analisando-se suas limitações e possibilidades, tendo em vista que, apesar de matéria relevantíssima, não previsão normativa segura, sendo extremamente controversa na doutrina.

A partir disso e, tendo em vista o panorama histórico apresentado, observa-se que a utilização da mão de obra infantil não é uma prática exclusiva da atualidade que, apesar de ainda afligir-se desse mal, tem progredido no sentido de ampliar a proteção para com a infância e a juventude. A figura do Estado na construção dessa evolução foi primordial, dado que outrora o Estado comportava-se apenas como mero expectador, passando a regular e resguardar os interesses das crianças e dos adolescentes de forma paulatina.

Hodiernamente, no Brasil, tais direitos ganharam força com a Constituição da República de 1988, responsável pela gênese do princípio da proteção integral na realidade brasileira, princípio esse que alicerça e rege todo um sistema de direitos e garantias de indivíduos manifestadamente vulneráveis. À luz dessa nova percepção, a Carta da República, em seu art. 7º, inc. XXXIII, proibiu o trabalho de menores de 16 anos, salvo na condição de aprendiz, todavia, mesmo com explícita vedação, o trabalho infantil permanece como uma realidade.

Números apontam que existem ainda 2,7 milhões de trabalhadores infantis de 05 a 17 anos de idade em nosso país²⁰⁰, concluindo-se, assim, pela

consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4781750>. Acesso em: 06 jul.2017.

200 IBGE. *Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios*. Disponível em: <<https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv98887.pdf>> Acesso em: 06 jul. 2018.

urgência de execução de políticas públicas de prevenção e de fiscalização. Para que se atinja o cerne da questão, garantindo-se maior efetividade na implementação das referidas políticas públicas, vê-se como fundamental um estudo mais aprofundado das causas e consequências da utilização ilegal da mão de obra infanto-juvenil.

Muitos são os fatores que suscitam o ingresso precoce de jovens e crianças no mundo laboral, dentre os principais estão a dificuldade econômica das famílias e a cultura de valorização do trabalho, inclusive o prematuro, em nossa sociedade. Tal prática pode acarretar danos seríssimos e, por vezes, irreversíveis a esses pequenos trabalhadores, inclusive no que concerne ao trabalho artístico.

Desse modo, contrariamente ao que se pensa, tendo em vista o imaginário glamour e aprazimento criado entorno da vida artística, a atividade profissional indústria da moda, da publicidade e do entretenimento, assim como qualquer outro trabalho, se não realizada de maneira absolutamente responsável, à luz dos princípios de garantias de proteção da infância e do trabalho, pode ser bastante prejudicial à saúde física e psíquica da criança e do adolescente.

Isto posto, é nesse contexto que se insere a discussão a respeito da permissividade excepcional ou não dessa atividade laboral. A grande questão está na falta de regulamentação específica da matéria (a qual mostra-se urgente), acarretando diferentes pontos de vista sobre a licitude das autorizações para trabalho artístico de menores de 16 anos. A presente pesquisa, diante da ratificação da Convenção nº 138 da OIT, concebeu pela possibilidade, de maneira excepcional, dessa forma de trabalho, entendendo-se pela necessidade de harmonização do direito à liberdade de manifestação artística, estabelecido pelo art. 5º, inc. IX, CRFB, com o direito ao não trabalho, tratado pelo art. 7º, XXXIII, CRFB.

Dessa maneira, é imprescindível que a autoridade competente, diante de pedidos de autorização para trabalho artístico, avalie os casos de forma individualizada, por meio de parâmetros prefixados, os quais devem levar em conta não só a condição de vulnerável da criança ou do adolescente, mas também o fato de que as produções artísticas são feitas para auferirem lucro. Não se trata única e exclusivamente de expressão artística, há toda uma indústria por traz dos palcos, que se utilizam da mão de obra infantil como fonte de renda.

É preciso desenvolver mecanismos para que cada caso seja analisado com o cuidado necessário, pois a proteção integral deve prevalecer sempre, sendo fundamental que se leve em conta o quanto a atividade interessa ao desenvolvimento dessa criança ou adolescente.

Diante dessa lógica, é possível extrair a principal conclusão deste estudo, a de que a competência para analisar tais pedidos é do juiz do trabalho. Essa ideia se dá, em primeiro lugar, pela Emenda Constitucional nº. 45 de 2004, que alarga a competência material da Justiça Laboral, conferindo-lhe poderes para analisar as ações oriundas de qualquer relação de trabalho, não somente as relações de emprego, como anteriormente.

Assim, sendo a atividade artística profissional uma forma de trabalho, composta, no mínimo por uma relação de trabalho, é evidente a competência da Justiça Obreira. Ademais, seguindo essa lógica de que trabalho artístico infantil é trabalho, é categórico afirmar que o juiz laboral, por lidar em seu cotidiano com todos os riscos e adversidades da esfera trabalhista, nada mais lógico do que conferir a ele a competência para apreciar os pedidos de alvará, que como já visto, exigem um exame cuidadoso, cercado de princípios e, sobretudo, sob um olhar experiente.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALBERTO, Maria de Fátima. **Crianças e adolescentes que trabalham: cenas de uma realidade negada**. 2003. Disponível em: < http://www.cchla.ufpb.br/nupedia/wp-content/uploads/2010/12/livro1-criancas_e_adolescentes_que_trabalham_-_cenas_de_uma_realidade_negada.pdf>. Acesso em 20 jun. 2018
- AMIN, Andréa Rodrigues. Princípios orientadores do direito da criança e do adolescente. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (coord.) **Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- ANDI. **A grave relação entre trabalho infantil e evasão escolar**. Disponível em: < <http://www.andi.org.br/clipping/grave-relacao-entre-trabalho-infantil-e-evasao-escolar>> Acesso em: 07 jul. 2018.
- ANDI. **Criança ou adolescente sofre acidente de trabalho a cada três horas e meia**. Disponível em: < <http://www.andi.org.br/clipping/crianca-ou-adolescente-sofre-acidente-de-trabalho-cada-tres-horas-e-meia>>. Acesso em: 07 jul. 2018.
- BAKHTIN, Mikhail. **Marxismo e filosofia da linguagem**. Trad. Michel Lahud e Yara Frateschi Vieira. 9.ed. São Paulo: Hucitec, 1999.
- BARRETO, Rafaela Barros. **Reflexões sobre o trabalho artístico infanto-juvenil e a competência da justiça do trabalho para sua autorização**. 2016. Trabalho de conclusão de curso – Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, Brasília.
- BARROS, Alice Monteiro. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTR, 2005.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Diário Oficial da União, Brasília, 05 out. 1988. Diário Oficial da União, Brasília, 05 out. 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 04 set. 2018.
- BRASIL. Decreto-Lei nº. 5.452. 1º de maio de 1943. **Consolidação das Leis do Trabalho**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm>. Acesso em: 04 set. 2018.

- BRASIL. Lei nº. 8.069. 13 de julho de 1990. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm>. Acesso em: 04 set. 2018.
- BRASIL. Lei nº. 8.069. 13 de julho de 1990. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm>. Acesso em: 04 set. 2018.
- BRASIL. STF. **ADI 1.875 AgR**. Rel. min. Celso de Mello, j. 20-6-2001, P, *DJE* de 12-12-2008. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigoBd.asp?item=1106>>. Acesso em: 09 ago. 2018.
- BRASIL. STF. **ADI 3.617 AgR**. Rel. min. Cezar Peluso, j. 25-5-2011, P, *DJE* de 1º-7-2011. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigoBd.asp?item=1106>>. Acesso em: 09 ago. 2018.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 466343/SP**. Relat. Min. Cezar Peluso. Brasília, DF. Julgado em 03.12.2008. Publicado em 22.11.2006, Informativo 449 do STF. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>>. Acesso em: 18.ago. 2018.
- BRASIL. Tribunal Regional Federal (4ª Região- 3ª Turma). **AC nº 2005.04.01.033601-0**. Rel. Des. Fed. José Paulo Baltazar Jr., j. em 06/03/2006, DJ de 03/05/2006. Disponível em: < <https://www.conamp.org.br/pt/biblioteca/artigos/item/843-trabalho-de-criancas-e-adolescentes-e-participacao-em-espetaculos-publicos-reflexoes-sobre-o-juizo-competente-para-autoriza-los.html>> . Acesso em: 10 ago. 2018.
- BRASIL. Tribunal Regional Federal (2ª Região). **Processo nº 00017544920135020063**. Rel. Des. Rosana de Almeida, j. em 10/12/2013, DJ de 10/01/2014. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/documents/10157/351894/autorizacao+trab+infantil+Processo+SP>>. Acesso em: 10 ago. 2018.
- BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho (TRT/SP). **Acórdão 00017544-49.2013.5.02.0063**, 3ª T, RO, Disp. DOE/TRT2 07.01.2014; Pub. 10.01.2014. Disponível em: < <https://www.jusbrasil.com.br/diarios/89158383/trt-15-judiciario-06-04-2015-pg-2964>>. Acesso em: 08 ago. 2018.
- CÂMARA DOS DEPUTADOS. **PL 6.937/2010**. Disponível em: < http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=E5B028AA6FEE3C095C7C7A10B B4516C4.proposicoesWebExterno2?codteor=742119&filename=PL+6937/2010>. Acesso em: 01 ago. 2018.
- CAMARGO, Angélica Maria Juste. **O papel do Estado na proteção dos direitos da criança e do adolescente em face da atividade econômica: o trabalho artístico**. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito Empresarial e Cidadania) – Centro Universitário Curitiba, Curitiba.
- CARVALHO, Luciana Paula Vaz de. **O trabalho da criança e do adolescente no ordenamento jurídico brasileiro: normas e ações de proteção**. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo.
- CAVALVANTE, Sandra Regina. Trabalho infantil artístico: conveniência, legalidade e limites. **Revista Tribunal Superior do Trabalho, Brasília**, v. 79, nº 1, p.139-158, jan/mar 2013.
- CAVALCANTE, Sandra Regina. **Trabalho Infantil Artístico: do deslumbramento à ilegalidade**. São Paulo: LTr, 2011.
- CAVALVANTE, Sandra Regina. **Trabalho artístico na infância: estudo qualitativo em saúde do trabalhador**. 2012. Dissertação (Mestrado em Ciências) – Universidade de São Paulo, São Paulo.
- COORDENADORIA NACIONAL DE COMBATE À EXPLORAÇÃO DO TRABALHO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. **Orientação nº 1**. Disponível em: < https://www.mpba.mp.br/sites/default/files/biblioteca/crianca-e-adolescente/trabalho-infantil/doutrinas_e

- artigos/nota_tecnica_sobre_autorizacoes_judiciais_trabalho_antes_idade_minima_legal.pdf>. Acesso em: 04 set. 2018.
- COORDENADORIA NACIONAL DE COMBATE À EXPLORAÇÃO DO TRABALHO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. **Orientação nº 2**. Disponível em: < http://www.mpt.gov.br/camaraArquivos/CCR_10947_2012_201.pdf>. Acesso em: 04 set. 2018.
- CORREA, Lélío Bentes; ARRUDA, Kátia Magalhães; OLIVA, José Roberto Dantas. **O juiz do trabalho e a competência para autorizações do trabalho artístico de crianças e adolescentes**. *Revista do Tribunal* Disponível em: < https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/1939/100802/2015_correa_lelio_juiz_trabaltr.pdf?sequence=1>. Acesso em 26 jul.2017.
- DIR. **Child Labor Law**. Disponível em: <<https://www.dir.ca.gov/dlse/ChildLaborLawPamphlet.pdf>>. Acesso em: 28 jul.2018.
- DRE. **Lei nº 105/2009**. Disponível em: <<https://dre.pt/pesquisa/-/search/489755/details/maximized>>. Acesso em: 28 jul. 2018.
- ELIAS, Roberto João. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990)**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- FELICIANO, Guilherme Guimarães. **A ADI n. 5326/DF e a competência da Justiça do Trabalho para pedidos de autorização relativos à participação de crianças e adolescentes em representações artísticas: um passo para trás**. Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/43474/a-adi-n-5326-df-e-a-competencia-da-justica-do-trabalho-para-pedidos-de-autorizacao-relativos-a-participacao-de-criancas-e-adolescentes-em-representacoes-artisticas-um-passo-para-tras>>. Acesso em: 02 ago. 2018.
- FELICIANO, Guilherme Guimarães; OLIVA, José Roberto Dantas; CAVALCANTE, Sandra Regina. **Trabalho infantil artístico: compreensão pouca, proteção nada integral**. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/trabalho-infantil-artistico-compreensao.pdf>>. Acesso em: 17. jul. 2017.
- FNPETI. **Nota explicativa sobre dados de trabalho infantil da PNAD Contínua 2016**. Disponível em: <<http://www.fnpeti.org.br/noticia/1840-nota-explicativa-sobre-os-dados-de-trabalho-infantil-da-pnad-continua-2016.html>> Acesso em: 05 jul.2018.
- FNPETI. **O trabalho infantil nos principais grupamentos de atividades econômicas do Brasil**. Disponível em: < <http://www.fnpeti.org.br/arquivos/biblioteca/bc9f7b232c179601a-4cef519bf2e91c6.pdf>> Acesso em: 07 jul.2018.
- GARCIA, Emerson. Trabalho de crianças e adolescentes e participação em espetáculos públicos: reflexões sobre o juízo competente para autorizá-los. **Revista Jurídica do Ministério Público do Estado do Paraná**, São Paulo, v.4, nº 6, p. 39- 97, jun. 2017.
- IBGE. **Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios**. Disponível em: <<https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv98887.pdf>> Acesso em: 06 jul. 2018.
- JULIO, Isabela Guimarães Di. **Trabalho infanto-juvenil artístico: entre a ilegalidade e a possibilidade**. 2016. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo.
- LIMONGI, Marcelo Pato Papaterra. Trabalho Infantil esportivo e artístico: conveniência, legalidade e limites. **Revista Tribunal Superior do Trabalho, Brasília**, v. 79, nº 1, p. 181-185, jan/mar 2013.
- MACEDO, Adriana Gomes Medeiros de; ACIOLE, Tereza Joziene Alves da Costa. **Trabalho infantil em atividades artísticas: direitos humanos violados?** Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=cf43a9e6874c5afb>> . Acesso em: 20 jun. 2018.
- MARQUES, Rafael Dias. Trabalho infantil artístico: possibilidades e limites. **Revista Tribunal Superior do Trabalho, Brasília**, v. 79, nº 1, p. 204-226, jan/mar 2013.
- MARTINEZ, Luciano. **Curso de Direito do Trabalho**. 5º ed. São Paulo: Saraiva. 2014.

- MARTINS, Ana Luiza Leitão. **O trabalho artístico da criança e do adolescente**. 2013. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo.
- MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do Trabalho**. 30ª edição. São Paulo: Editora Atlas, 2014.
- MENDES, Gilmar F., COELHO, Inocêncio M., BRANCO, Paulo Gustavo G. **Curso de Direito Constitucional**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- MENDES, Macyr Pereira. **A doutrina da proteção integral da criança e do adolescente frente à Lei 8.069/90**. 2006. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo.
- MINHARRO, Erotilde Ribeiro dos Santos. **A criança e o adolescente no Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2003.
- MIRANDA, Silvanir Marcelino de. **Infância, trabalho e direitos no Vale do Mucuri – MG**. 2006. Tese (Doutorado em História Social) – Universidade de São Paulo, São Paulo.
- MPGO. **Guia Trabalho Infanto-juvenil para Profissionais**. Disponível em: < http://www.mp.go.gov.br/portalweb/hp/8/docs/guia_trabalho_infantojuvenil_para_profissionais_-_mpmg.pdf> Acesso em 03 jul.2009.
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho**. 26ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Iniciação ao Direito do Trabalho**. 26ª edição. São Paulo: Editora LTr, 2000.
- OIT. **Convenção nº. 138**. 06 de junho de 1973. Disponível em: < <http://www.tst.jus.br/documentos/2237892/0/Conven%C3%A7%C3%A3o+138+da+OIT++Idade+m%C3%ADnima+d e+admiss%C3%A3o+ao+emprego>>. Acesso em: 04 set. 2018.
- OIT. **Convenção nº 182**. 1 de junho de 1999. Disponível em: < http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/pfdc/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/crianca-e-adolescente/convencao_OIT_182_proibicao_trabalho_infantil.pdf>. Acesso em: 04 set. 2018.
- OLIVA, José Roberto Dantas. Autorização para o trabalho Infanto-juvenil artístico e nas ruas e praças: parâmetros e competência exclusiva do juiz do trabalho. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região**, Campinas, n. 28, p. 117-125, jan./ jun., 2006, p. 120. Disponível em: < https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/101099/2006_rev_trt15_n028.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 06 set. 2018.
- OLIVA, José Roberto Dantas. Competência para (des)autorização de trabalho infantil, inclusive artístico, é do Juiz do Trabalho **Revista Tribunal Superior do Trabalho, Brasília**, v. 79, nº 1, p.236-247, jan/mar 2013.
- OLIVA, José Roberto Dantas. **O Princípio da Proteção Integral e o trabalho da criança e do adolescente no Brasil**. São Paulo: LTr, 2006.
- OLIVA, José Roberto Dantas. O trabalho infantojuvenil artístico e a idade mínima: sobre a necessidade de regulamentação e a competência para sua autorização. **Revista da Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho da 15ª Região**, n. 3. São Paulo: LTr, 2010, p. 136.
- OLIVEIRA, Assis da Costa. Implicações da doutrina da proteção integral na consideração das crianças e dos adolescentes como pessoas em desenvolvimento. **XVII Congresso Nacional do CONPEDI**, Brasília, DF, nov. 2008.
- OLIVEIRA, Oris de. **O trabalho da criança e do adolescente**. São Paulo: LTr, 1994.
- OLIVEIRA, Oris. **Parecer sobre o projeto de lei do senado nº 83 de 2006**. 2008. Disponível em : < https://www.senado.gov.br/comissoes/CE/AP/Ap20081008_Jurista_Oris.pdf> Acesso em: 01 ago. 2018.

- OLIVIERI, Marla Romana Pita. **Trabalho infante-juvenil em foco: uma análise da atividade artística, suas possibilidades e restrições**. 2015. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Faculdade Baiana de Direito, Salvador.
- OVIDIO, Francisco. Aspectos do Direito Comparado. **Revista da Faculdade de Direito Universidade de São Paulo**. V. 79, 1984.
- PERES, Antonio Galvão; ROBORTELLA, Luiz Carlos Amorim. Trabalho artístico da criança e do adolescente: Valores constitucionais e normas de proteção. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho** Porto Alegre, v. 79, n. 1, p. 159-180, jan./mar. 2013.
- PEREZ, Viviane Matos González. **Criança e adolescente: o direito de não trabalhar antes da idade mínima constitucional como vertente do princípio da dignidade humana**. 2006. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito de Campos, Campos dos Goytacazes.
- QUIXADÁ, Leticia Antônio. **O Supremo e os Tratados Internacionais de Direito Humanos: debate jurisprudencial em relação ao nível hierárquico-normativo dos tratados internacionais**. 2009. Monografia – Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público, São Paulo.
- REDE PETECA. **Consequências do trabalho infantil**. Disponível em: < <http://www.chegadetrabalho infantil.org.br/trabalho-infantil/consequencias/> > Acesso em: 18 jul. 2018.
- REDE PETECA. **O que é trabalho infantil?** Disponível em: < <http://www.chegadetrabalho infantil.org.br/trabalho-infantil/conceito/> > Acesso em: 07 jul. 2018.
- REDE PETECA. **Trabalho infantil no Brasil e no mundo**. Disponível em: < <http://www.chegadetrabalho infantil.org.br/trabalho-infantil/estatisticas/> > Acesso em: 07 jul. 2018.
- REIS, Antero Maximiliano Dias dos. **Trabalho infante-juvenil, impactos e dilemas do ECA: a luta por direitos na Justiça do Trabalho – TRT 12 (Florianópolis, Década de 1990)**. 2016. Dissertação (Doutorado em História) – Universidade de São Paulo, São Paulo.
- SAHYOUN, Nacoul Badoui. **Os direitos personalíssimos, e as obrigações, no poder familiar**. 2008. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, São Paulo.
- SANTOS, Eliane Araque dos. A naturalização do trabalho infantil. **Revista Tribunal Superior do Trabalho**. Brasília, v.72, nº 3, set/dez 2006.
- SENADO FEDERAL. **PLS 83/2006**. Disponível em: < <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4271135&disposition=inline> > Acesso em: 01 ago. 2018.
- STF. **Parecer Ada Pellegrini Grinover na Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.326**. Distrito Federal. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4781750> >. Acesso em: 06 jul.2017.
- STF. **Petição inicial na Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.326**. Distrito Federal. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4781750> >. Acesso em: 06 jul.2017.
- Trabalho infantil: 50 perguntas e respostas**. Disponível em: < <http://www.tst.jus.br/documents/2237892/21583082/Cartilha+50+perguntas+e+respostas+sobre+o+trabalho+infantil> >. Acesso em: 27 out.2018.
- TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO – 2ª REGIÃO. **Recomendação Conjunta nº 01/2014**. Disponível em: < http://www.trtsp.jus.br/geral/tribunal2/Normas_Presid/Recom_Conjunta/CJ_01_14.html >. Acesso em: 04 set. 2018.
- TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO – 15ª REGIÃO. **Jeia mobiliza rede de proteção na região de franca e evita o trabalho de crianças e adolescentes**. Disponível em: < http://portal.trt15.jus.br/mais-noticias/-/asset_publisher/VIG0/content/jeia-mobiliza-rede-de-pro >

teca-na-regiao-de-franca-e-evita-o-trabalho-de-criancas-e-adolescentes;jsessionid=B766EB40982874823D08A4B100BC43A3.lr2>. Acesso em: 10 set. 2018.

TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. **Justiça do Trabalho estabelece sua competência para autorizar trabalho de menores**. Disponível em: < http://www.tst.jus.br/noticias/-/asset_publisher/89Dk/content/justica-do-trabalho-estabelece-sua-competencia-para-autorizar-trabalho-de-menores>. Acesso em: 10 jun. 2018.

UNICEF. **The state of the world's children**. 1997. Disponível em: < <http://www.unicef.org/sowc97/>> Acesso em 11ago.2018.

VERONESE, Josiane Rose Petry. A proteção integral da criança e do adolescente no direito brasileiro. **Revista Tribunal Superior do Trabalho**. Brasília, v. 79, nº 1, jan/mar 2013.

VIERO, Eliana Endres. **Trabalho artístico infanto-juvenil: uma realidade questionável à luz do ordenamento jurídico constitucional e da regulamentação a ele aplicável**. 2015. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação Ciências Jurídicas e Sociais) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre.

DIREITO PENAL E RISCO: CRÍTICA SOCIOLÓGICA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA COMO RESPOSTA À CRIMINALIDADE MODERNA

ALEXYS CAMPOS LAZAROU

ORIENTADOR:
PROFESSOR TITULAR RENATO DE MELLO JORGE SILVEIRA

RESUMO

Não se pode traçar um perfil fidedigno do Direito na sociedade atual sem aprofundar a análise nos elementos que orbitam as instituições modernas. Um traço especial desse momento histórico está em perceber que, mesmo após diversas vitórias civilizatórias no processo de modernização, o nosso *dever* está profundamente atrelado a uma constante incerteza de como ele será, desprovido de previsibilidade, calculabilidade ou visibilidade; algo que nos parece revelar um certo descontrole do passo civilizatório. Pensando nisso, este presente estudo tem por objeto perscrutar a imputação objetiva, como categoria central na compreensão da noção funcionalista de Direito Penal. A partir disso, destacado o fator do risco – a pedra de toque da imputação objetiva –, lançar investigação sociológica dessa categoria, a partir da teoria da *sociedade de risco*, largamente utilizada por estudiosos da dogmática penal, para, na sequência, observar seus efeitos na construção do Direito Penal. Com a sobreposição de uma a outra, busca-se uma formação solidificada para uma análise crítica, dialogando os modelos propostos para valorar a ideia de um Direito Penal meramente simbólico no contexto desta sociedade moderna.

INTRODUÇÃO

Como muitos o fazem, é perfeitamente satisfatório enfrentar as bases do Direito Penal de Perigo, ou da defesa funcionalista na teoria da imputação objetiva, pela via estritamente dogmática, pontuando inconstâncias dessas construções no que tange princípios básicos constitucionais, ou ainda garantias penais consolidadas¹. Com esse mesmo fim, é o que se observa no clássico *El*

¹ Quanto às garantias: “Como já se defendeu, é ele um dos elementos fulcrais do Direito Penal moderno, procurando cumprir função preventiva evidente, principalmente contra os grandes fraudadores e sonegadores. Peca, entretanto, por ser vítima das máculas da técnica legislativa

Derecho Penal en la Sociedad del Riesgo, no qual Blanca Mendoza Buergo, logo em seu início, declara ter por objeto o terreno estritamente jurídico, tratando a teoria da sociedade de risco como uma ferramenta puramente instrumental, mesma aproximação esta já realizada por outros juristas², e, ainda assim, expondo o debate com maestria ímpar.

Contudo, o que se propõe nesse presente estudo é justamente o contrário. Em muitas leituras realizadas se observam algumas inconstâncias no aporte dado à *sociedade de risco*, nas quais, por vezes, a ideia geral acaba particularizada em um ou outro aspecto da teoria construída por Ulrich Beck. Na realidade, a *sociedade de risco* apresenta uma construção de categorias tão importantes quanto o próprio critério do risco e o seu paradoxo, elencando-se a esse os fenômenos da *individualização*, *subpolítica*, *globalização* ou mesmo o câmbio entre modernidades; na ideia da reflexividade complementada por Anthony Giddens. Essas categorias aqui trazidas não são autônomas e sua compreensão só se dá no tratamento em conjunto; esses elementos todos são causa e consequência de um mesmo movimento de modernização, no qual o risco é apenas uma das categorias em destaque, e cujos efeitos alcançam, amplamente, o Direito Penal.

Frente a tamanho campo explorável, pelo lado da sociologia, o presente estudo visa, em três partes, reconstruir o universo da crítica atual na dogmática penal para, partindo dela, alcançar considerações de natureza para além da técnica jurídica pura; típica das análises voltadas apenas para as categorias clássicas da Teoria do Delito. Para tanto, o objeto aqui destacado é a teoria da imputação objetiva – invólucro técnico do elemento do risco no Direito Penal moderno –, à qual, a par das considerações de seus próprios autores, é a grande pedra de toque para a sobreposição entre política-criminal e Teoria do Delito, indispensável no esforço de modernização do Direito Penal – com preocupação especial para a contenção de crimes econômicos – e, tão logo, elemento central para o entendimento geral da abordagem funcionalista.

Assim, em um primeiro momento, traçam-se as bases desse Direito Penal moderno, datado com a superação do modelo finalista, a exposição das categorias referentes à imputação objetiva e o estado atual das críticas desse mode-

casística e fundada em uma política de 'Lei e Ordem', não raro admitindo até mesmo atentados ao consagrado princípio da proporcionalidade". SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. A tutela penal do mercado de capitais e o sarbanes-oxley-act: novas considerações. In: RUIZ FILHO, Antonio; SICA, Leonardo (coord.). Responsabilidade Penal na atividade econômico-empresarial. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 377.

2 MENDOZA BUERGO, Blanca. *El derecho penal en la sociedad del riesgo*. Madrid: Civitas, 2001. p. 24.

lo, bem como os posicionamentos de seus partidários. Com isso, no segundo momento, passa-se ao aporte na sociologia moderna, com a estrita seleção de autores preocupados com as dinâmicas do risco e as mudanças vivenciadas na sociedade atual, tirando desse substrato os elementos necessários para entender as causas e consequências do risco em nossos sistemas político, econômico, jurídico e demais. Com o quadro geral dado, passando ao terceiro momento, levantamos o diagnóstico dos problemas atuais apontados pela doutrina com as mutações sofridas pelo Direito Penal, e o quanto tais movimentos têm relação estrita com as dinâmicas do risco aqui tratado. Ao final, com tudo sobreposto, concluímos pela análise da eficiência da imputação objetiva na busca pela modernização do Direito Penal – tanto em critério de eficácia do intento, quanto em seus efeitos reversos – aportando também considerações para tratar do Direito Penal meramente simbólico, traço máximo dos tempos modernos.

Com essa volta, dentro e fora do Direito, espera-se trazer aos leitores, mais do que soluções, as considerações suficientes para um despertar crítico das formas com as quais pensamos nosso sistema criminal, impulsionamos as ondas punitivas e retroalimentamos as dinâmicas do risco em nosso cotidiano. Estando todos presos nesse mesmo globo, sem muitas mais escolhas de para onde ir, resta a segurança como uma preocupação universal, mas cujos meios para sua consecução, certamente, estão distantes de quaisquer panaceias, cobrando de cada um de nós um esforço reflexivo legítimo e desprovido de interesses particularizados, visando repensar como construímos nossos sistemas e realizamos nossas interações sociais.

PARTE I. AS BASES DO DIREITO PENAL MODERNO

“Fica claro que o caminho correto só pode ser deixar as decisões valorativas político-criminais introduzirem-se no sistema do direito penal, de tal forma que a fundamentação legal, a clareza e a previsibilidade, as interações harmônicas e as consequências detalhadas deste sistema não fiquem a dever nada à versão formal-positiva de proveniência lisztiana”.

CLAUS ROXIN³

1. AVANÇO DOGMÁTICO DAS CIÊNCIAS PENAIIS: A SUPERAÇÃO DO MODELO FINALISTA

Há muito acerto em diagnosticar as diferentes escolas do Direito Penal a partir dos ares próprios dos seus respectivos tempos históricos, como se a dog-

mática construída em cada pensamento fosse um retrato de sua experiência social par. Para o objeto aqui em destaque, nesse primeiro momento, tal consideração é de primeira importância, reputando-se de indispensável importância traçar, ainda que brevemente e de forma incipiente, o avanço linear das ciências penais como meio de melhor embasar as considerações que seguirão.

Nesse esforço biográfico do Direito Penal, buscando datar os marcos de maior importância para a construção daquilo que hoje se entende como uma dogmática moderna, podemos tomar como referência inicial o nascimento da Teoria do Delito já na baixa do século XIX, a partir dos postulados propostos por Franz von Liszt⁴, cuja inegável influência partia do positivismo que capitaneava toda teoria filosófica daquela época. O rigor científico, imanente da lógica positivista, atrelado à consolidação de direitos fundamentais dentro da crescente ordem liberal (aqui, ainda no sentido clássico)⁵, germinou uma miríade de novas noções de Direito Penal que viriam a se consolidar no chamado Programa de Marburgo (1882), por meio do qual von Liszt proveu a sistematização de um Direito Penal norteado pela função finalística da pena, voltada para o próprio delincente, a partir de uma lógica de prevenção especial.

Mais do que a mera inovação em categorias dogmáticas de aplicação penal, este novo rigor imposto competiu também para o patrocínio de um valor até hoje muito caro para as ciências penais, traduzido no princípio da legalidade. Com a aplicação estritamente formal e mais oclusa possível de juízos valorativos terceiros, esse Direito positivo primava pela segurança jurídica⁶, pela proteção do indivíduo frente aos desmandos Estatais, fazendo com que a

4 Em boa síntese de sua ideia: *“Liszt, a quem se pode atribuir a atual estrutura da teoria do delito em seus fundamentos, na última edição de seu manual, considerava ‘a verdadeira tarefa do direito penal: ver o crime e a pena como generalizações conceituais numa abordagem puramente técnico-jurídica; desenvolver os preceitos legais, ascendendo até os últimos conceitos e princípios básicos, num sistema fechado’. A ciência jurídica, a seu ver, ‘deve ser e permanecer uma ciência definitivamente sistemática: pois só a organização dos conhecimentos num sistema garante um domínio claro e sempre manuseável de todos os detalhes, domínio sem o qual a aplicação jurídica nunca passará de diletantismo, entregue ao acaso e ao arbítrio”*. ROXIN, Claus. Política criminal ... cit., p. 4 e 5.

5 MIR PUIG, Santiago. Límites del normativismo en Derecho Penal. In: BOLAÑOS GONZÁLEZ, Mireya (comp.). Imputación Objetiva y Dogmática Penal. Mérida: Producciones Karol, 2005. p. 29 e 30.

6 *“Por otra parte, dicha subordinación al Derecho positivo realizaba por sí misma uno de los valores indiscutibles del Derecho: la seguridad jurídica, que a su vez representaba ya el principio capital del Estado de Derecho: el imperio de la ley, que en Derecho penal se traducían en el principio de legalidad. El formalismo y la exclusión de juicios de valor del método positivista añadían una forma fácilmente objetivable de analizar, reconstruir y aplicar el Derecho que parecía blindarlo frente al peligro de manipulación subjetiva por parte del intérprete. En von Liszt el naturalismo ofrecía, además, a la elaboración dogmática una base sólida, la realidad científicamente observable, que parecía también contribuir a la seguridad jurídica. Al mismo tiempo, ponía el Derecho detrás del hecho y al servicio de la vida real, abriendo una brecha en el sistema jurídico por la que podía penetrar la realidad y que evitaba la concepción del Derecho como un fin en sí mismo”*. MIR PUIG, Santiago. Límites del normativismo ... cit., p. 31.

sua leitura se transformasse também em um sinônimo indissociável da garantia de um Estado Democrático.

Ocorre que, em um momento posterior, tal rigor estrito passou a ser colocado também como insuficiente para as necessidades do Direito Penal⁷. Aquela nova dogmática ali criada prescindia de uma valoração de suas categorias, capaz de dar sentido mais adequado às noções propostas de ação, anti-juridicidade e culpabilidade. Exemplo disso, ao tomar como objeto integrante do Direito Penal apenas aquele rigor formalista positivo, essa escola não pôde resolver questões básicas ligadas à realidade social que compõe o fenômeno do crime; de certa forma, as noções mais modernas de criminologia e dogmática jurídica eram completamente apartadas e incommunicantes. Dessa carência, motivada pela falta de sedimento social, advém uma forte onda de teóricos que virão a impulsionar o Direito Penal justamente em seu sentido mais valorativo, consolidando aquilo que se viria posteriormente a chamar de escola neokantiana.

Desse novo momento na dogmática, é destacável, a partir de nomes como Wildelband e Rickert, a robusta referência aos valores sociais e construções histórico-materiais, em uma fundamentação que buscava garantir a permanência do Direito Penal em seu status de ciência, ainda que sem aquele mesmo rigor formalista do método indutivo positivista, justamente por entender o Direito enquanto uma ciência cultural e não natural, sendo indispensável a sua calibragem a partir dos valores sociais⁸. Alçando o Direito Penal a tal categoria, a leitura valorativa neokantiana jogou o pêndulo para o polo completamente oposto na calibragem da dogmática, uma vez que, a partir de uma aplicação estritamente subjetiva, as categorias de ação, omissão, tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade jamais puderam alcançar estabilidade em suas aplicações⁹.

A patente falta de segurança jurídica, com larga margem para a justificação de arbitrariedades, impulsionou a nova mudança na noção de Direito Penal que seguiria. Atento aos problemas até então vigentes com a falta de medida para o equilíbrio de uma dogmática suficientemente formalista, sem olvidar a realidade social e o caráter cultural adstrito ao Direito, Hans Welzel surgiria com uma nova proposta de posicionamento da Teoria do Delito. Vindo da crítica ao neokantismo, Welzel apontaria que o Direito Penal não deve partir, metodologicamente, do significado que a sociedade dá para um feito ao lhe indicar como crime, mas sim do modo pelo qual um determinado feito se desenrolou em seu curso final, o significado que ação imposta tem, a partir de uma estru-

7 Ibid., p. 31.

8 Ibid., p. 32.

9 Ibid., p.33.

tura lógico-objetiva¹⁰. Para Welzel, a “ação humana é um exercício de uma atividade final”¹¹, tão logo, o seu entendimento se deve basear “no fato de que o homem, graças ao seu saber causal, pode prever, dentro de certos limites, as possíveis consequências de sua conduta, designar-lhe fins diversos e dirigir sua atividade, conforme um plano, à consecução desses fins”¹². Em outras palavras, haveria categorias de análise anteriores àquela propriamente jurídica, no âmbito da compreensão dos fenômenos naturais, capazes de dotar a ação de seu sentido real e, tão logo, passíveis ou não de um juízo punitivo.

Essa nova compreensão de Direito Penal, chamada de escola finalista, permitiu a aproximação de parte daquele formalismo positivista, proposto anteriormente por von Liszt, com uma nova forma de valoração subjetiva, cujo foco estava não na concepção que a sociedade faz de uma determinada ação, mas sim no próprio agente e na natureza de seu feito. Tal leitura tem uma recepção muito favorável à época, catapultada pelo contexto do clima pós-guerra, ainda à sombra as arbitrariedades vividas pelo regime nazista¹³. Isto porque, com essa nova calibragem dogmática, o finalismo permitia uma leitura de Direito Penal dissociada de valorações subjetivas similares àquelas que fundamentaram os desmandos vivenciados na Europa, deslocando a interpretação do fato para um eixo ontológico do ser; o que, em muitas medidas, conforme a crítica posterior viria a destacar, traria uma subjetividade atrelada a categorias quase que metafísicas, por demais filosóficas.

Com a escalada aqui narrada da dogmática penal – centrados em seu sedimento principal, sem muito atentar para os elementos técnicos variáveis entre as diferentes escolas – chegamos ao objeto presente, passando ao momento em que o esgotamento do modelo finalista impulsionaria o advento de um novo Direito Penal. Nesse contexto, Claus Roxin, em 1970, lança duras críticas ao modelo encabeçado por Welzel, questionando a real capacidade do finalismo em trazer rendimentos práticos à ciência penal, como se esse tivesse distanciado o Direito Penal da realidade social justamente por se aproximar demais de “soluções deduzidas de conceitos sistemáticos superiores”¹⁴. Dentro disso, o

10 MIR PUIG, Santiago. Límites del normativismo ... cit., p.34.

11 WELZEL, Hans. O novo sistema jurídico-penal: uma introdução à doutrina da ação finalista – 4.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 31.

12 Ibid., p. 37. Também em: SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. Tipicidade penal e sociedade de risco. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 71.

13 MIR PUIG, Santiago. Límites del normativismo ... cit., p.36.

14 V.g.: “Um sintoma disso é que a polêmica em torno da teoria finalista da ação e de suas consequências, que na década de cinquenta levou às mais acaloradas discussões, hoje desperta muito pouco interesse. Não se acredita mais em soluções deduzidas de conceitos sistemáticos superiores, e menospreza-se a capacidade de rendimento prática de tais categorias. Por outro lado, basta imaginarmos um direito penal sem parte geral, para concluirmos que o desprezo a uma teoria do delito, tanto generalizadora,

retorno do formalismo lisztiano, sobreposto às categorias ontológicas do pensamento finalista, representavam, para Roxin, uma fundamentação normativa vazia, cujo único remédio possível seria a revisão de todo sistema dogmático penal a partir dos próprios preceitos de política criminal vigentes na sociedade¹⁵; sendo esse o meio único de retomar um Direito Penal útil para a realidade fática, diante de um cenário no qual o descompasso aqui narrado marcava também a própria desvalorização do sistema criminal¹⁶.

No novo impulso valorativo patrocinado por Roxin, que viria a marcar a tônica central dessa nova escola funcionalista de Direito Penal, essa noção de política criminal é chamada ao prosicênio da construção dogmática, a partir de uma chamada “correção valorativa”¹⁷, sem que, com isso, se pudesse retomar aquela medida de valoração subjetiva tão criticada na escola neokantiana, ainda que se valesse de seus princípios básicos¹⁸. A medida certa para tal feito, conforme medicado por Roxin, viria de um sistema pautado pela “ordem e clareza conceitual, proximidade à realidade e orientação por fins-político criminais”¹⁹, sendo lógico que, dentro de uma política criminal especialmente voltada para uma determinada sociedade, seus predicados seriam já de aceitação harmônica naquele grupo social e²⁰, uma vez revestidos por categorias

como diferenciadora, em favor de uma ‘valoração’ individual, faria nossa ciência retroceder vários séculos, relançando-a naquele estado de ‘acaso’ e ‘arbitrio’, que é lembrado desde os tempos de Liszt por todos os apologistas do sistema”. ROXIN, Claus. Política criminal ... cit., p. 9 a 11.

- 15 *Vg.: “(...) a pesar de sua fundamentação normativa, uma tal dogmática está bem mais estreitamente ligada à realidade que a feita no reino das pirâmides sistemáticas de conceitos. Pois enquanto abstrações cada vez mais altas se afastam numa razão crescente da realidade, o desenvolvimento dos pontos de vista político-criminais exige que passe em revista toda a matéria de regulamentação”. Ibid., p. 83.*
- 16 *Vg.: “(...) surge uma dupla medida, que faz com que possa ser dogmaticamente correto o que é político-criminalmente errado, e vice-versa. Já demonstrei anteriormente que isso significa uma desvalorização da importância do sistema”. Ibid., p. 17.*
- 17 *“(...) não se pode dizer que tais conhecimentos tenham sido processados metodológica e sistematicamente de modo satisfatório. Para uma teoria do delito que, à maneira positivista, exclui os pontos de vista político-criminais, sendo concebida como pura classificação formal, a única saída é a já explicada ‘correção valorativa’”. Ibid., p. 16.*
- 18 *“(...) el funcionalismo retoma los principios del pensamiento neohegeliano y neokantiano, desarrollándolos sistemáticamente con las bases de la moderna teoría de los fines del Derecho y de la pena”. CHAMPO SÁNCHEZ, Nimrod Mihael. El derecho penal de la sociedad de riesgo. Azcapotzalco: Ubijus Editorial, 2012. p. 77.*
- 19 *ROXIN, Claus. Política criminal ... cit., p. 28. Em outra leitura: “Funcionalismo – no Direito Penal isso significa hoje a migração do interesse político para os princípios normativos da determinação do merecimento de pena e de sua execução. (...) um pensamento que funcionaliza princípios de Direito Penal a partir da necessidade de uma política criminal efetiva”. HASSEMER, Winfried. Linhas gerais de uma teoria pessoal do bem jurídico. In: GRECO, Luis; TÓRTIMA, Fernanda Lara (orgs.). O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar? Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 10 e 11.*
- 20 *“El contenido de los elementos de la teoría del delito depende de los fines y funciones que cumpla el derecho, consistentes en garantizar la identidad de una sociedad. Esto significa, entonces, que se trata de conceptos normativos edificados con total independencia de la naturaleza de las cosas”.*

formais de interpretação rigorosa – para fins de Teoria do Delito –, não se haveria perda alguma em segurança jurídica²¹.

Cumprido destacar que, não obstante o pioneirismo na medida crítica lançada por Roxin, há também vertente distinta no estudo da escola funcionalista que só pontua o total rompimento com o finalismo de Welzel em 1983, quando Günther Jakobs, no prólogo da primeira edição de seu tratado de Direito Penal, radicaliza a crítica para solapar qualquer resquício ontológico ainda vigente na dogmática²², aproximando a leitura funcionalista de um extremado cabedal de categorias sócio valorativas; algo melhor exposto adiante.

Não obstante, a crítica de Roxin revoluciona as bases dogmáticas do Direito Penal e abre espaço para uma nova releitura de todo sistema, abrangendo cada uma de suas categorias, tendo por preocupação principal erigir uma Teoria do Delito capaz de fazer frente ao novo universo de crimes nascidos da modernidade – em especial, aqueles relacionados aos bens supraindividuais, como, por exemplo, o meio ambiente ou a ordem econômica –, vindo a política criminal como principal arma para tal intento. Assim, o Direito Penal passaria para a linha de frente da prevenção de delitos, e não só uma ferramenta reativa às lesões já ocorridas, em uma medida da qual, pelo menos para Roxin, não necessariamente isso significasse uma ostensiva expansão do Direito Penal, mas sim a sua colocação cirúrgica e eficaz, caso a caso, sendo recomendável até mesmo a substituição de penas corpóreas por medidas alternativas²³; isso quando, por certo, se visse tal feito como medida suficientemente adequada para a neutralização de um determinado delito, pensando aqui uma coexistência entre prevenção geral e especial.

Centralmente, como destacado por Eduardo Montealegre Lynett, pode-se resumir essa influência das estruturas sociais no funcionalismo penal em

LYNETT, Eduardo Montealegre. Estudio introductorio a la obra de Günther Jakobs. In: LYNETT, Eduardo Montealegre (org.), *El funcionalismo en derecho penal*. Bogotá: Panamericana Formas e Impresos, 2003. p. 23.

21 Fundamentando sobre tal medida: “(...) fica claro que o caminho correto só pode ser deixar as decisões valorativas político-criminais introduzirem-se no sistema do direito penal, de tal forma que a fundamentação legal, a clareza e a previsibilidade, as interações harmônicas e as consequências detalhadas deste sistema não fiquem a dever nada à versão formal-positiva de proveniência *lisztiana*”. ROXIN, Claus. *Política criminal* ... cit., p. 20.

22 LYNETT, Eduardo Montealegre. Op. cit., p. 23.

23 V.g.: “El normativismo que Roxin opuso al finalismo, desvinculó el fundamento de la dogmática de exigencias ontológicas, para basarla en decisiones político-criminales -como la atribución a las penas y medidas de seguridad de una función de protección de bienes jurídicos a través de la prevención de delitos-, que no se imponen al legislador, sino que éste elige de entre otras posibles opciones. El punto de vista normativo presupondría, pues, libertad de elección, frente a la sujeción a estructuras lógico-objetivas de que partía el ontologismo de Welzel”. MIR PUIG, Santiago. *Límites del normativismo* ... cit., p.34 e 35.

torno de três aspectos distintos. Um primeiro remetendo aos fundamentos da responsabilidade por meio da competência na organização ou competência institucional do agente. O segundo em uma nova concepção de bem jurídico mais ampla, passível de abarcar os novos bens lidos como indispensáveis para a boa organização social. E terceiro, por fim, convergente à noção de imputação objetiva como nova antessala da tipicidade penal, calibrada a partir da noção de risco e do ato comunicativamente relevante do agente²⁴.

O valor desse terceiro ponto destacado é a grande pedra de toque para compreender a essência da escola funcionalista. Para Jakobs, é a imputação objetiva que permite a inserção do Direito Penal na realidade do âmbito social, uma vez que exatamente aquilo que melhor marca a mudança do finalismo para o funcionalismo é o câmbio no sentido geral da ação, não sendo mais relevante “se uma ação produziu-se de maneira objetivamente imputável, mas se um resultado, por ser objetivamente imputável, constitui uma ação jurídico-penalmente relevante”²⁵. Ainda no esforço de traçar os arquétipos gerais desse Direito Penal moderno, fica clara a indispensabilidade da noção de imputação objetiva, para a qual se passa o esforço da presente análise.

2. A IMPUTAÇÃO OBJETIVA COMO CHAVE INTERPRETATIVA PARA OS CRIMES NA MODERNIDADE

o primeiro esboço da imputação objetiva vem junto daquele mesmo posicionamento crítico de Claus Roxin, em 1970²⁶, quando, ao debater os mecanismos competentes para a transposição entre a dogmática formal e a realidade social, o autor apontava para as insuficiências da teoria da equivalência dos antecedentes enquanto ferramenta para demonstrar o nexo causal entre conduta e resultado. Na oportunidade, Roxin apontou que tal posição, ainda que somada às expectativas de previsibilidade ou evitabilidade, era por demais extensa e permitia a responsabilização de praticamente qualquer agente, justamente por verificar que, abstratamente, qualquer coisa poderia ser previsível ou evitável de antemão²⁷. Para o autor, era necessário alterar esse parâmetro, para um que pudesse ser acompanhado de elementos exteriores ao direito, o que,

24 LYNETT, Eduardo Montealegre. Op. cit., p. 23.

25 JAKOBS, Günther. A imputação objetiva no direito penal – 3.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 22.

26 “En la modalidad en la que es aplicada, desarrollada y discutida en la actualidad, no cabe duda alguna de que la teoría de la imputación objetiva es debida en lo fundamental a varios artículos de Roxin publicados a principios de los años setenta del siglo pasado”. CANCIO MELIÁ, Manuel. Aproximación a la teoría de la imputación objetiva. In: BOLAÑOS GONZÁLEZ, Mireya (comp.). Imputación Objetiva y Dogmática Penal. Mérida: Producciones Karol, 2005. p. 92.

27 ROXIN, Claus. Política criminal ... cit., p. 45.

naquela oportunidade, ele exemplificou na noção de “princípio da confiança” e na ideia do risco como força motriz social; hoje, dois elementos componentes da imputação objetiva.

Adiante, ao formalizar a teoria, Roxin remontou as raízes históricas dadas à imputação objetiva, nascida a partir de um primeiro esboço tomado das ideias de Karl Larenz (1927) e Richard Honig (1930) – naquele momento, voltada para um critério geral baseado no “homem inteligente-prudente”²⁸-, mas alinhada com a noção de um “princípio do risco”²⁹, o qual acreditava, a par de toda sua construção de uma Teoria do Delito voltada à política-criminal, seria um elemento de contenção às imputações generalizadas pelas leituras de uma teoria causal da ação e do tipo; especialmente, significava para Roxin um filtro muito mais justo para a responsabilidade por culpa³⁰.

O sucesso de tal empreitada, segundo Jakobs, está no fato de que todo conjunto de normas positivadas em uma determinada sociedade representam uma configuração específica de mundo, uma expectativa de dever ser social, que, em sua soma, apontam para uma teoria da imputação³¹. Sendo esse um movimento social natural, Jakobs lê na imputação objetiva, calibrada por aquele “princípio do risco”, um reflexo ideal daquilo que espera a sociedade e projeta em sua política-criminal³². Em linhas claras, se vivemos em uma sociedade complexa circulada pela dinâmica do risco, na qual cada indivíduo assume um papel social, e cujo papel carrega consigo uma expectativa de conduta pré-determinada, qualquer violação dessas expectativas – tão logo, de propensão ao risco – pode claramente indicar a quem cabe a imputação pelo crime correspondente. Conclusivamente, “se todos se comportam conforme o papel só fica a possibilidade de explicar o ocorrido como fatalidade ou acidente”³³.

28 PRADO, Luiz Régis. A imputação objetiva no direito penal brasileiro. Revista de Ciências Penais, São Paulo, vol. 3, p. 81, jul/2005.

29 ROXIN, Claus. Estudos de direito penal – 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 125.

30 Ibid., p. 115. Em igual sentido: “Mesmo entre aqueles que em princípio seguem a teoria da imputação objetiva, ainda pouco foi reconhecido que ela permite, pela primeira vez, construir um sistema do ilícito culposo. De acordo com esta visão, será culposo aquilo que, de acordo com os princípios acima expostos possa ser imputado ao tipo objetivo. Os conceitos com os quais a dogmática tradicional tentou apreender a culpa – violação de dever de cuidado, previsibilidade, reconhecibilidade, evitabilidade – são supérfluos e podem ser abandonados, pois aquilo que se deseja dizer através deles pode ser descrito de modo bem mais preciso pelos critérios de imputação por mim expostos”. Ibid., p. 116.

31 JAKOBS, Günther. Fundamentos e determinação da conduta não permitida. In: AMBOS, Kai; BÖHM, Maria Laura (coords.). Desenvolvimentos atuais das ciências criminais na Alemanha – 1.ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013. p. 17.

32 Ibid., p. 18.

33 JAKOBS, Günther. A imputação ... cit., p. 22 e 23.

Partindo dessa essência, podemos destacar a importância da imputação objetiva na construção do funcionalismo penal, em especial, em sua jornada pela modernização do Direito Penal³⁴. Ao pensar em categorias como *risco*, *confiança* ou *violação de deveres*, essa teoria limita o tipo penal ao alcance dos riscos não permitidos pelo legislador, o que, em uma dupla via, tanto subtrai aquelas valorações ônticas da escola finalista – dando maior protagonismo ao tipo objetivo, em viés do tipo subjetivo, até então decisivo na tipicidade³⁵ –, quanto coloca a construção da dogmática alinhada aos postulados de política-criminal vigentes em uma sociedade qualquer³⁶, uma vez que só estará na mira da imputação penal aquelas condutas que, de fato, estimam-se socialmente inadequadas³⁷.

Para além de considerações quanto à sua gênese, cumpre também observar as categorias postas no interior da imputação objetiva, que compreendem os requisitos técnicos necessários para a sua imposição; e cujos postulados encontram alguma mínima variação entre os diferentes autores.

Em Roxin, sinteticamente, verifica-se a imputação objetiva diante da criação de um risco não permitido que se realiza no resultado lesivo, estando esse resultado no alcance previsto pelo tipo³⁸, ou, no caso dos crimes de perigo abstrato – nos quais essa verificação do resultado resta prejudicada –, dá-se maior valoração aos deveres de cuidado para os quais o agente da conduta estava obrigado³⁹, e, ainda, nos casos de bens jurídicos espiritualizados (aprofundados adiante), o próprio desvalor da ação já basta para fundamentar a punibilidade⁴⁰.

34 “(...) a teoria da imputação objetiva vai bem além do aspecto externo do princípio da culpabilidade, constituindo um cosmo de diversos princípios sociais de ordenação, em cujo desenvolvimento sistemático consiste a moderna teoria do ilícito”. ROXIN, Claus. Estudos ... cit., p. 138.

35 Ibid., p. 114.

36 Ibid., p. 79 e 80. Também em: “Entendida la teoría de la imputación objetiva de este modo, es un procedimiento de interpretación de los tipos penales que significa la conexión entre el texto de la Ley la realidad social”. CANCIO MELIÁ, Manuel. Aproximación ... cit, p. 119.

37 JAKOBS, Günther. A imputação ... cit., p. 15. Em sentido similar: “A imputação objetiva se chama ‘objetiva’ não porque circunstâncias subjetivas lhe sejam irrelevantes, mas porque a ação típica constituída pela imputação – o homicídio, as lesões, o dano etc. – é algo objetivo, ao qual só posteriormente, se for o caso, se acrescenta o dolo, no tipo subjetivo”. ROXIN, Claus. Estudos ... cit., p. 122.

38 ROXIN, Claus. Derecho penal, parte general, tomo I. Madrid: Civitas, 1997. p. 365 e s. Também em: “Em sua forma mais simplificada, diz ela: um resultado causado pelo agente só deve ser imputado como sua obra e preenche o tipo objetivo unicamente quando o comportamento do autor cria um risco não permitido para o objeto da ação, (1), quando o risco se realiza no resultado completo (2) e este resultado se encontra dentro do alcance do tipo (3)”. ROXIN, Claus. Estudos ... cit., p. 104.

39 ROXIN, Claus. Derecho penal ... cit., p. 407 e s.

40 Ibid., p. 411 e s.

Nessa mesma linha também Jakobs, que dá ao princípio de confiança um relevo de maior importância na valoração da imputação⁴¹. Isto porque, no cerne da interpretação de Direito Penal construída pelo autor, há uma preocupação especial com aquilo que ele denomina “contatos anônimos”, referentes aos papéis sociais assumidos pelo indivíduo – já brevemente aqui mencionados –, na medida em que, na leitura de Jakobs, o Direito Penal não está voltado para a neutralização de todos os possíveis danos, posto a impossibilidade de tal intento, sendo mais prudente que seu foco esteja voltado para papéis específicos, e as expectativas que neles se constroem⁴². Vindo disso, não seria necessário ao Direito Penal verificar o perfil individual de cada agente que empreende uma conduta criminosa (como postulava o finalismo), bastando que se verifique qual papel, no contexto desses “contatos anônimos” o agente assume, e em qual medida esse a expectativa desse papel foi violada⁴³.

Dessa soma de posições, há um sentido dominante na análise da imputação objetiva por qualquer doutrinador, observado no elemento do *risco permitido*; cuja compreensão é central para a análise que se pretende neste presente estudo, em especial, da relevância da projeção sociológica na compreensão do funcionalismo penal.

Em Roxin, a análise do risco permitido é o ponto de partida para aplicação da imputação objetiva, e compreende um esforço cognitivo externo ao direito, fixado no âmbito do processo legislativo, no qual os representantes da sociedade fixaram na norma as condutas socialmente aceitáveis, bem como os limites de ação que certos agentes – em critério de ofício (como um operador do mercado financeiro) ou posição momentânea (como um condutor de automóvel) – devem observar em suas atividades. Para o autor, a posição da ciência (na categoria adiante tratada por *sistemas peritos*) é de igual importância no processo de fixação do risco, pois onde o risco permitido “não estiver fixado legalmente, o juízo jurídico não poderá ser formulado sem levar em conta investigações empíricas”, concluindo que “tanto a política social como alguns dados da realidade introduzem-se, através do princípio sistemático do risco,

41 Em sucinto exemplo: “(...) quando se produz, atendendo ao resultado, um risco em si não permitido, especialmente quando a vítima não age por risco próprio e não vige um princípio de confiança, como quando se materializa um curso causal lesivo, cuja evitação era competência propriamente do mesmo autor”. JAKOBS, Günther. Fundamentos ... cit., p. 23.

42 JAKOBS, Günther. A imputação ... cit., p. 19.

43 Ibid., p. 19. Mais a fundo: “Com essa explicação creio que fica claro qual é o alvo na imputação objetiva do comportamento: imputam-se os desvios a respeito daquelas expectativas que se referem ao portador de um papel. Não são decisivas as capacidades de quem atua, mas as capacidades do portador de um papel, referindo-se a denominação papel a um sistema de posições definidas de modo normativo, ocupado por indivíduos intercambiáveis; trata-se, portanto, de uma instituição que se orienta com base nas pessoas”. Ibid., p. 20.

de modo imediato na interpretação das ações típicas”⁴⁴, em um esforço que equaciona os custos e benefícios de uma determinada intervenção estatal, balanceando a liberdade de comportamento e o peso que eventual constrição de riscos pode trazer à sociedade.

Quanto à valoração aqui lançada, Jakobs é contrário à noção de que a fixação do risco advém de um balanceamento entre prós e contras, partindo da premissa de que certos bens, como a vida, não podem ser quantificados matematicamente⁴⁵. Desta forma, para ele, a saída é a análise daquilo que é socialmente adequado para o Direito, respeitando-se a configuração social⁴⁶. Isto porque, e com acerto na observação, o risco “não fica legitimado pela referência ao Direito, mas que se legitima de maneira histórica, é dizer, por sua própria evolução”, sendo o Direito uma mera ferramenta auxiliar à sua efetivação no plano das relações humanas⁴⁷. Em outras linhas, e de acordo com a visão dogmática sustentada pelo autor, se a sociedade fixa um valor do qual entende ser nocivo para sua permanência, desejando então a sua constrição no plano fático, não cabe ao Direito Penal ponderar em qual medida isso pode, ou não, ser feito; simplesmente deve.

Desta forma, ainda em discordância, Jakobs compreende que a arbitragem de um determinado risco não parte do processo legislativo, mas sim da própria *práxis* cotidiana, bastando aos cidadãos se comportarem de maneira socialmente adequada para não se encontrarem sob o julgo de um risco não permitido pelos demais. Ou, em suas palavras, “todo aquele que esteja de boa vontade comporta-se de maneira acorde com essa *práxis* e não se define a si mesmo como um potencial homicida”⁴⁸.

Dizendo isso, visto que o entendimento de política-criminal em Roxin ainda busca um sedimento estável de segurança mínima para as complexas relações sociais atuais, temos a preocupação com a impossibilidade de que cada cidadão tenha em si a plena capacidade cognitiva para antever um determinado risco, tal qual teria um perito experiência naquela mesma matéria, sendo necessário somar ao *risco permitido* outras demais análises. Em Roxin, tais ferramentas complementares tratam de “aspectos diversos de imputação”, cujo conjunto delas diz “que características deve ter o vínculo entre o comporta-

44 ROXIN, Claus. Estudos ... cit., p. 81.

45 JAKOBS, Günther. A imputação ... cit., p. 37.

46 Ibid., p. 38.

47 Ibid., p. 38 e 39.

48 JAKOBS, Günther. Fundamentos ... cit., p. 22.

mento e o resultado”, tratando-se de uma mesma massa homogênea de fatores ligados à noção de risco permitido⁴⁹.

Dentre elas, Roxin coloca a ideia de *observador prudente* (einsichtig), para a qual se deve valorar o conhecimento especial do autor (um dado subjetivo) somado da expectativa média que se tem de um indivíduo dentro daquela sociedade exposto à mesma situação⁵⁰. Com acerto, Volker Haas observa a similitude que essa ideia tem daquela vista em Larenz, nos primórdios da imputação objetiva, ao dizer do “homem inteligente-prudente”, sendo clara a necessidade de uma análise *ex ante* das circunstâncias cognoscíveis pelo autor ao empreender a ação⁵¹. Nessa mesma linha, despontam também o *princípio da confiança*, segundo o qual “pode-se confiar em que os outros se comportarão conforme ao direito, enquanto não existirem pontos de apoio concretos em sentido contrário”⁵².

Com tais predicados, sublinhadas as valorações advindas da política-crime e a busca por categorias que alcancem os delitos próprios da sociedade moderna, tem-se na imputação objetiva o eixo central da resposta funcionalista aos problemas até então destacados no Direito Penal em escolas dogmáticas anteriores. Exemplar disso, dentro dessa lógica em dar uma resposta efetiva aos novos crimes, Bernardo Feijoo Sanchez aponta para a imputação objetiva também como um instrumento direto de condução da economia, consolidado a partir da exclusão de uma responsabilidade penal excessivamente formal⁵³, uma vez que não se mantém mais decisiva a demonstração de vontade do agente, mas sim a incompatibilidade de sua conduta com uma norma re-

49 O autor ainda elenca outras demais, não pormenorizadas aqui, a saber: “*criação de risco e superação do risco permitido, diminuição do risco e fim de proteção da norma de cuidado, os princípios da responsabilidade da vítima e de terceiros*”. ROXIN, Claus. Estudos ... cit., p. 130 e 131.

50 V.g.: “*No exame da pergunta quanto a se existe uma criação não permitida de um risco, é decisivo o ponto de vista que teria tomado um observador prudente (einsichtig) antes da prática do ato; mas a este observador devem-se acrescentar os conhecimentos especiais do autor concreto. (...) o conhecimento especial do autor, ou seja, um dado subjetivo, fundamenta aqui a criação do perigo e, assim, a imputação ao tipo objetivo!*”. Ibid., p. 121.

51 V.g.: “*La fórmula básica de la todavía hoy absolutamente dominante doctrina de la imputación objetiva establece que un resultado de injusto que, en el sentido de la teoría de la equivalencia (doctrina de la conditio sine qua non o de la condición ajustada a las leyes de la naturaleza [gesetzmäßige Bedingung]), ha sido causado por un comportamiento humano, es objetivamente imputable cuando el autor mediante su comportamiento ha creado un riesgo no permitido y dicho riesgo se ha realizado en el resultado. Como base del pronóstico del riesgo –igual que ya hicieran parcialmente los partidarios de la teoría de la adecuación– se recurre al conjunto de circunstancias conocidas o cognoscibles por el autor desde una perspectiva objetiva ex ante. Igualmente se dice, siguiendo a LARENZ, que hay que basarse en el pronóstico de un autor razonable*”. HAAS, Volker. La doctrina penal de la imputación objetiva. InDret, Barcelona, 1, jan. 2016. p. 7.

52 ROXIN, Claus. Estudos ... cit., p. 105.

53 FEIJOO SANCHEZ, Bernardo. Imputación objetiva en el Derecho penal económico y empresarial. InDret, Barcelona, 2, maio/2009. p. 6 e 7.

gulatoria prescrita⁵⁴. Em Feijoo Sánchez, o sucesso da imputação objetiva na contenção, especialmente, da criminalidade econômica e empresarial é garantido exatamente por uma fundamentação de ordem material, não meramente formal, voltada para as categorias aqui debatidas de deveres previamente fixados e obrigações voltadas à contenção de riscos⁵⁵.

Ante o exposto, conclui-se que, no movimento de passagem entre as perspectivas finalista e funcionalista, o elemento central para compreensão do sentido dogmático que passa a ser adotado pela leitura de Direito Penal orbita, diretamente, a noção de imputação subjetiva. Para essa, dentre suas categorias principais de interpretação da imputação, o critério do risco permitido – enquanto aquele juízo prévio, anterior ao próprio Direito, determinado por nossos legisladores, a partir das reivindicações projetadas pela sociedade ou aquela arbitrada pelos sistemas peritos (cientistas, no geral) – encontra posição de especial relevo e indispensável importância para este presente estudo. Isto porque, como demonstrado, se a imputação objetiva é o eixo central do mérito funcionalista ao aproximar o Direito Penal da realidade social, é exatamente o fator do risco que servirá de intermediador entre essas duas ordens, garantindo um eixo em comum capaz de transpor questões relevantes de uma à outra. Se o Direito Penal moderno é sinônimo da noção de Direito Penal econômico⁵⁶, certamente o denominador comum entre ambos é a noção de risco.

3. O ESTADO RECENTE DA CRÍTICA DOGMÁTICA E APONTAMENTOS PARA O FUTURO DO DIREITO PENAL

Antes de partirmos para as considerações de ordem sociológica, com foco na determinação do risco e seu reflexo nas alterações sentidas no Direito Penal, compete, anteriormente, traçar breves apontamentos quanto às posições atuais no âmbito da doutrina penal, tanto aquelas na mesma linha do funcionalismo aqui ilustrado, quanto as demais erigidas em crítica aos postulados propostos para essa noção de Direito Penal moderno.

54 FEIJOO SANCHEZ, Bernardo. Imputación objetiva ...cit., p. 7.

55 Ibid., p. 24.

56 Sobre isso: “La teoría de la imputación objetiva, mediante el topos de la creación de un riesgo no permitido, ha sido construida básicamente a partir de la pre-existencia de deberes muy básicos de respeto hacia los otros, dejándose tradicionalmente las relaciones basadas en vinculaciones jurídicas más estrechas al ámbito de la teoría de la comisión por omisión. Sin embargo, los tipos penales que configuran el denominado “moderno Derecho Penal”, del que resulta un prototipo el Derecho Penal económico, son construidos en muchas ocasiones a partir de la existencia de relaciones o vínculos jurídicos que exceden los deberes más básicos o primarios de respeto o de no lesionar. El horizonte que queda por delante es desarrollar una teoría del tipo que tenga en cuenta ambas dimensiones materiales del injusto”. Ibid., p. 25.

Como já antevê a suspeita, a calibragem de todo sistema dogmático atual a partir das dinâmicas do risco certamente é objeto de controvérsia entre os doutrinadores. Assim tratado em ponto específico adiante, não se podem negar os efeitos de expansão no alcance do Direito Penal – até porque, a própria noção de surgimento de novos crimes já permitiria um passo nesse sentido –, vindo o debate doutrinário exatamente nesse sentido, dividindo-se as fileiras entre aqueles justificadores de tal movimento e os demais contrários. Compreender esse marco, aqui, ainda que por linhas breves, abre as portas para as noções de ordem sociológica, posto que, mesmo no âmbito dessa discussão da estrita dogmática penal, os argumentos elencados aqui e lá demonstram com clareza o substrato sociológico que permeia o centro do debate.

Grande parte dessa noção advém da própria natureza da construção do Direito Penal proposto com o funcionalismo, com norte dado a partir da política-criminal. Espera-se com isso que as valorações de ordem social assumam o centro da construção do Direito Penal, devendo estar voltado para concretizar as expectativas de conduta projetadas por uma dada sociedade e, no mais, fazer da dogmática penal um meio eficaz de resposta à criminalidade, voltado para as dinâmicas de prevenção geral e especial, com especial atenção para as relações entre culpabilidade e prevenção de crimes.

Partindo desta lógica, estão os posicionamentos de Roxin e Jakobs, em muito até aqui tratados, estando ambos, em maiores medidas, orientados para esta finalidade posta. Entretanto, divergem no ponto em que, para Jakobs, a extensão de seus efeitos é muito mais radical, levando às últimas consequências a lógica criada por Roxin de conexão entre culpabilidade e prevenção.

Isto porque, o Direito – em uma leitura luhmanniana – é um sistema autorreferencial, limitando a dogmática penal à análise funcional do Direito positivado⁵⁷, sendo sua única missão a própria afirmação do Direito perante a sociedade, centrado, desta forma, na prevenção geral positiva⁵⁸. Assim apontado por Eduardo Montealegre Lynett⁵⁹ e, criticamente, por Manuel Cancio Meliá⁶⁰, Jakobs constrói seu funcionalismo radical em vias de impor a pena

57 MIR PUIG, Santiago. Límites del normativismo ... cit., p. 28.

58 LYNETT, Eduardo Montealegre. Op. cit., p. 23.

59 *"Podríamos afirmar que se trata de una nueva lectura de HEGEL a través de la concepción del derecho de NIKLAS LUHMANN. La finalidad de la pena es mantener la vigencia de la norma como modelo del contacto social. Con su comportamiento, el infractor quebranta unas expectativas normativas y la pena tiene como función demostrar que la sociedad, a pesar de la desautorización de la norma, puede seguir confiando en la vigencia de las mismas". Ibid., p. 23 e 24.*

60 *"En la concepción de JAKOBS, el derecho penal obtiene su legitimación material de su necesidad para garantizar la vigencia de las expectativas normativas esenciales (aquellas de las que depende la propia configuración o identidad de la sociedad) frente a aquellas conductas que expresan un significado contrario a la norma correspondiente y ponen a ésta, por tanto, en cuestión como modelo general de*

como meio de manter a vigência da norma, como se pudesse a sanção penal mostrar à sociedade que o Direito se faz confiável ainda quando violado. Esta concepção geral, sintetizada na ideia de neutralização do comportamento delitivo de uma vontade individual, por violar uma vontade coletiva⁶¹, compõe aquilo que Jakobs viria a chamar de Direito Penal do inimigo, uma radicalização extrema das bases funcionalistas lançadas por Roxin.

Nessa concepção de Direito Penal, a lógica básica está na ideia de que o Direito “obriga a ‘maltratar’ o sujeito a quem se obriga como parte da natureza, isto é, não se trata como pessoa, ainda que seja sua própria personalidade a que tenha causado, em primeiro lugar, o desencadeamento dessa permissão ou desse mandado”⁶², o que permite a despersonalização deste indivíduo que, por violar a expectativa social, não oferece mais garantia alguma de que se comportará do modo adequado no futuro⁶³. Jakobs reconhece que a percepção aqui posta pode ter forte matiz autoritária, algo temerário para qualquer sociedade que se pretende democrática, mas insiste na defesa do modelo a partir da as-

orientación en el contacto social. La pena es entendida como respuesta frente al quebrantamiento de la norma”. CANCIO MELIÁ, Manuel. Dogmática y política criminal en una teoría funcional del delito. In: LYNETT, Eduardo Montealegre (org.), El funcionalismo en derecho penal. Bogotá: Panamericana Formas e Impresos, 2003. p. 110.

- 61 V.g.: “El filósofo alemán entendió que hay una voluntad general que está constituida por el derecho abstracto, y frente a ella se contrapone una voluntad particular que, con su comportamiento, niega esa voluntad general. La finalidad de la pena es restablecer la voluntad general a través de una negación; es decir, de una negación de la negación. Quien comete un delito expresa un especial esbozo del mundo, una especial concepción del mismo, porque para él no rige el ordenamiento jurídico sino su voluntad particular (una negación). Con la pena, el Estado manifiesta que esa concreta concepción no vale y que debe imperar la voluntad general (negación de la negación). De esta manera se restablece la vigencia del derecho (síntesis). A partir de este fundamento, JAKOBS aplica una teoría institucional del derecho, que entiende las normas como estructura de la sociedad. El derecho, en la concepción de NIKLAS LUHMANN, es una estructura a través de la cual se facilita la orientación social, y la norma una generalización de expectativas”. LYNETT, Eduardo Montealegre. Op. cit., p. 24.
- 62 JAKOBS, Günther. Sobre a teoria do direito penal do inimigo. In: AMBOS, Kai; BÖHM, Maria Laura (coords.). Desenvolvimentos atuais das ciências criminais na Alemanha – 1.ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013. p. 3. Nesse mesmo sentido: “La respuesta a la defraudación de una expectativa normativa es distinta. Cuando otro miembro de la interacción social se comporta en forma diversa a lo esperado, el hombre puede seguir confiando en esa expectativa a pesar de su incumplimiento, porque el sistema social tiene un mecanismo para que se mantenga como modelo de la orientación social: la sanción. A través de esta el Estado pone de presente que, a pesar de que se ha quebrantado una norma de conducta (hay una negación), el ciudadano puede seguir confiando en ella, porque con la imposición de la pena se afirma que no rige la especial concepción del mundo que tiene el sujeto (hay una negación de la negación), y por ende que la persona puede seguir orientando su conducta con base en las expectativas generales. Es decir, con la imposición de la pena se mantiene la vigencia de la norma como modelo del contacto social”. LYNETT, Eduardo Montealegre. Op. cit., p. 25.
- 63 V.g.: “a exclusão ocorre porque o autor já não oferece garantia alguma de comportamento futuro adequado ao Direito, isto é, porque sua personalidade não está fundamentada suficientemente de maneira cognitiva. A exclusão não recai sobre o autor como um destino trágico e imerecido. Por ter que estar toda instituição normativa cognitivamente fundamentada, o sujeito perigoso – como todos nós – tem a obrigação de se mostrar de certa maneira, até certo ponto, confiável, de modo que nem delitos graves nem delitos mais graves devem ser esperados dele nem de mais ninguém. O cidadão tem, pois, a obrigação de se comportar de maneira fiel ao Direito”. JAKOBS, Günther. Sobre a teoria ... cit., p. 11.

sertiva de que “uma sociedade que não se encontra em situação de – para repetir uma expressão frequentemente criticada – neutralizar seus inimigos, há de desmoronar-se”⁶⁴.

Em uma leitura muito mais moderada, Roxin critica essa posição de Jakobs por entender que despersonalizar o indivíduo unicamente em face de um “exercício de fidelidade ao direito” é uma clara violação à dignidade humana⁶⁵, para a qual o Direito Penal não se presta atender. Isto porque, conforme já argumentado, os postulados de culpabilidade de prevenção não são totalmente integrados, existindo entre ambos um forte substrato regulatório que limita um e outro⁶⁶. O que se tem em Roxin, no passo de tudo já exposto, é uma rigorosa construção dogmática, pensada, principalmente, em viés de casos reais (a todo momento Roxin lança uso de casos práticos para ilustrar seus postulados), com o fim de cumprir sua proposta inicial de aproximar o Direito Penal da realidade, trazendo a política-criminal para o âmbito da Teoria do Delito⁶⁷, sem que, com isso, se permitam arbitrariedades e valorações obtusas que descaracterizariam o Direito Penal enquanto medida democrática, ou, ainda, em sua natureza imutável de *ultima ratio*; como sua crítica de Jakobs deixa claro não assentir.

Para além destas leituras dogmáticas nas quais o Direito Penal está orientado para as suas consequências – ilustradas nesse ponto com o funcionalismo moderado de Roxin e aquele de matiz radical de Jakobs -, destacam-se também leituras de ordem crítica à essa expansão e voltada para um Direito Penal restrito em sua aplicação e centrado em seus postulados clássicos liberais.

Dentre esses, destacam-se, atualmente, Winfried Hassemer e seus seguidores da escola de Frankfurt (como Wolfgang Naucke e Peter-Alexis Albrecht), partidários de um Direito Penal nuclear, centrado em suas garantias básicas centrais e diametralmente oposto a este Direito Penal preventivo, próprio da modernidade, cujo fim tem se voltado a combater os problemas da sociedade moderna. Isto porque, não consignam possível a flexibilização de princípios em um Direito cuja essência está no rol de sanções mais duras oponíveis pelo Estado, em referência aos castigos corporais, ademais a sua vocação estrita para lidar com fatos inscritos no passado, e não, como quer a futurologia, àqueles

64 JAKOBS, Günther. Sobre a teoria ... cit., p. 12.

65 ROXIN, Claus. Estudos ... cit., p. 144.

66 MIR PUIG, Santiago. Límites del normativismo ... cit., p. 27.

67 “En concreto, en materia de derecho penal, esta orientación se manifiesta en la existencia de un acuerdo generalizado en torno a que el sistema dogmático no existe, en realidad, sin ser rellenado por aspectos político-criminales (...) es la ya mencionada y conocida “orientación del sistema a las consecuencias”, encabezada fundamentalmente por ROXIN”. CANCIO MELIÁ, Manuel. Dogmática y política ...cit., p. 109.

remotamente possíveis no futuro. Em atenção aos novos crimes da modernidade, essa vertente propõe o chamado Direito de intervenção – situado entre o Direito Penal, Direito das Contravenções e um Direito Administrativo Público –, dotado de procedimentos e regulações menos exigentes e sanções menos pesadas ao indivíduo⁶⁸.

Outra posição destacável, chamada também de “terceira via do Direito Penal”, vem de Günther Stratenwerth, também contrário à dogmática essencialmente funcionalista, por entender que a finalidade do Direito Penal está apenas para a manutenção de normas fundamentais para o funcionamento mínimo da sociedade, de forma pragmática, e não para uma “justiça superior na Terra”⁶⁹. Contudo, esse caráter restritivo do Direito Penal ainda estaria voltado para uma defesa eficaz dos riscos futuros, algo renegado pela escola de Frankfurt, mas sem estar calibrado a partir de interesses individuais, como julga passível de ocorrer pela lógica da escola funcionalista⁷⁰.

Ambas as correntes, nas dinâmicas de suas respectivas finalidades perseguidas, trazem consigo a necessidade de uma completa releitura de categorias primárias do Direito Penal, em especial a noção de bem jurídico. A crítica lançada por esses doutrinadores atravessa uma miríade de distintos postulados, convergentes na noção de que a expansão do Direito Penal tem sido nociva para a própria ciência penal, trazendo para o centro do debate também as noções de Direito Penal de perigo e crimes de perigo abstrato, indispensáveis para ilustrar o movimento aqui debatido. A essas categorias retornaremos adiante quando, cobertos pelas leituras de âmbito sociológico, pudermos melhor traçar as críticas necessárias; oportunidade também na qual poderemos aprofundar o entendimento desses autores.

Para tanto, resta ainda uma última posição destacável dentre aquelas voltadas para a compreensão do Direito Penal na modernidade, nascida justamente da leitura pioneira das teorias sociais referentes à chamada *sociedade de risco* sobrepostas à dogmática penal; e, portanto, propositalmente deixada como última análise. Essa questão aqui levantada – central para o presente estudo – compreende a teoria proposta por Cornelius Prittwitz, em monografia apresentada em 1993, cujo cerne era exatamente a noção de que o Direito Penal não está apto para resolver a maior parte das dinâmicas de risco das quais a sociedade lhe impõe tutelar. Para Prittwitz, só pode o Direito Penal cobrir o risco den-

68 ROXIN, Claus. Derecho penal ... cit., p. 61.

69 STRATENWERTH, Günther. /derecho penal, parte general I: el echo punible. Navarra: Thomson Civitas, 2005. p. 31.

70 ROXIN, Claus. Derecho penal ... cit., p. 62.

tro de suas próprias ferramentas liberais clássicas, posto que qualquer flexibilização que intente ampliar suas técnicas dogmáticas, visando a criminalização de riscos, acabam, no reverso, por tão somente agravar a ineficiência do sistema. Em outras palavras, o Direito Penal só tem espaço quando a neutralização de um determinado risco pode ser feita individualmente de modo justo⁷¹.

As noções críticas ao funcionalismo, aqui brevemente indicadas, convergem para fora do Direito, em uma análise que remete às causas e consequências dos problemas apontados no Direito Penal moderno em categorias anteriores ao próprio Direito; em especial, de imanente análise sociológica. Do quanto perscrutado até o momento, compreendido o funcionalismo penal como carro-chefe no movimento de expansão do sistema – em vistas de buscar um Direito Penal mais próximo da realidade – e vindo a imputação objetiva como chave interpretativa para tal empreitada – por meio da Teoria do Delito –, resta necessária uma detida análise do risco enquanto substrato essencial da imputação objetiva, sendo aquele que, conforme demonstrado, seria o grande denominador comum entre dogmática e política-criminal, responsável, tão logo, pela aproximação entre ambos.

PARTE II. O RISCO NA SOCIEDADE CONSTITUÍDA: A SOCIEDADE DE RISCO

“Algo que se reveste de importância decisiva é a constatação da suposição de causalidade inscrita nos riscos da modernização, cuja comprovação é, por razões teórico-científicas se não impossível, bastante difícil”.

ULRICH BECK⁷²

1. QUESTÕES PRELIMINARES NECESSÁRIAS À ANÁLISE DO RISCO E A SOCIEDADE ATUAL

Não se pode traçar um perfil fidedigno do Direito na sociedade atual sem aprofundar a análise nos elementos que orbitam as instituições modernas. Como se demonstrará, a construção do Direito acaba sendo uma consequência à pergunta: como queremos viver? ⁷³. Um traço especial deste momento histórico está em perceber que, mesmo após diversas vitórias civilizatórias no processo de modernização, o nosso *devoir* está profundamente atrelado a uma

71 ROXIN, Claus. Derecho penal ... cit., p. 61.

72 BECK, Ulrich. Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade. São Paulo: Ed. 34, 2010. p. 75 e 76

73 BECK, Ulrich. Sociedade de... cit., p. 34.

constante incerteza de como ele será, desprovido de previsibilidade, calculabilidade ou visibilidade; algo que nos parece revelar um certo descontrole do passo civilizatório.

Neste sentido, é razoável questionar: se nosso *dever* social é incerto, qual o fundamento que se lança no *dever ser* do Direito? Qual a base referencial que norteia nosso avanço pela modernidade?

A resposta a essas questões, essencialmente sociológicas, cobram um aporte teórico especial, possibilitando trazer ao observador as ferramentas corretas para delimitar, primeiramente, as dinâmicas próprias da modernidade para, em um segundo momento, viabilizando um aporte mais detido na análise de seus efeitos no Direito; aqui, em especial, na seara penal.

O referencial escolhido para esse estudo parte da teoria da *sociedade de risco mundial*, a partir da construção de Ulrich Beck, mas à qual se somam, necessariamente, análises como as de Anthony Giddens, Niklas Luhmann, Gilles Lipovestky e Richard Sennet; ainda que possível elencar outros tantos, esporadicamente tratados adiante.

Tal seleção se faz por três motivos centrais. O primeiro, em face do modelo da *sociedade de risco* já ter se solidificado na análise acadêmica, sendo considerado uma referência obrigatória no estudo da matéria que aqui se propõe debater⁷⁴; principalmente, tendo em mente uma crítica sociológica à construção de um Direito Penal simbólico, tal base se comprovará de maior importância⁷⁵. Um segundo motivo determinante para escolha está na maneira com a qual a teoria transpassa, com exatidão, as ciências sociais e jurídicas, estabelecendo uma ponte perfeita para análise cruzada⁷⁶; da qual a resultante explica,

74 Nesse sentido: “Ello no quiere decir, sin embargo, que su espacio de influencia se reduzca a ese ámbito; por el contrario, la tesis sociológica que aborda la problemática de los nuevos riesgos y que acuña este modelo de la sociedad del riesgo ha extendido su influencia de tal manera en Alemania que no sólo resulta un tema de muy vasto alcance en la literatura científica tanto en el campo de la Sociología como del Derecho, sino que hoy prácticamente es una referencia obligada -aunque sea para criticar o rechazar el modelo o minimizar sus supuestos efectos negativos en el sistema- al abordar el análisis de ciertas materias”. MENDOZA BUERGO, Blanca. *El derecho penal en la sociedad del riesgo*. Madrid: Civitas Ediciones, 2001. p. 37.

75 Prelúdio desta assertiva: “En otro orden de cosas, hay que señalar que el término ‘sociedad del riesgo’ y con ello también, en un cierto sentido, la ‘aceptación’ o recepción de tal modelo sociológico, se introduce en la discusión jurídica sobre el actual desarrollo del Derecho en general y del derecho penal en particular, precisamente por el sector doctrinal más crítico con tal evolución ‘moderna’ v como concepto clave al que referir los puntos de cambio social que, a su vez, se conectarían con las transformaciones operadas en el sistema penal y que lo convertirían, precisamente, según este mismo sector crítico, en un ‘Derecho penal del riesgo’”. MENDOZA BUERGO, Blanca. Op. cit. p., 37.

76 Análise esta trabalhada em: “(...) el concepto de sociedad del riesgo, considerado ‘de moda’ entre los sociólogos, filósofos sociales o políticos, pero al que se le han dirigido también críticas, ha traspasado estas fronteras del análisis social para incorporarse, como el nuevo paradigma de la configuración social actual, a las reflexiones sobre la evolución del ordenamiento jurídico y, específicamente, acerca

satisfatoriamente, fenômenos próprios da construção de um e outro. Por fim, como se verá, a construção moderna do Direito Penal está intimamente atrelada à lógica da *sociedade de risco*, sendo esse o referencial usado por muitos dos autores a serem tratados neste estudo; logo, a pretensão de se criticar uma ou outra posição deve, necessariamente, atacar também as bases da teoria à qual se remetem essas construções modernas do Direito Penal.

De fato, quando nos valem um estudo mais detido na construção da teoria, percebemos que aqueles que a constroem o fazem em um sentido valorativo muito específico, a crítica da modernidade é muito clara em seus objetos e em suas conclusões. As categorias ali tratadas deixam muito claro os efeitos nocivos da dialética do risco à nossa sociedade, cujas considerações perpassam análises firmes de natureza social, econômica e, inclusive, jurídicas. Curiosamente, muitas das críticas apresentadas por autores contrários à construção de um Direito Penal de Perigo – à exemplo de Mendoza Buergo – acabam, justamente, acompanhando categorias também apresentadas nas análises sociológicas; mesmo partindo de objetos e metodologias distintas, análises jurídicas e sociológicas cumprem de tratar, satisfatoriamente, a mesma questão.

Valendo-se dessa constatação que se opta por uma análise de matiz sociológica, majoritariamente. O objetivo aqui é o de, nesse primeiro momento, construir as bases da teoria da *sociedade de risco* para, na sequência, passar a estudar seus efeitos na construção do Direito Penal. Com a sobreposição de uma a outra, busca-se uma formação solidificada para uma análise crítica, dialogando com segurança os modelos propostos para, adiante, valorar a ideia de um Direito Penal Econômico no contexto dessa sociedade moderna.

A análise necessária que precede o estudo da *sociedade de risco mundial* aponta para a virada dos últimos séculos, e as mudanças essencialmente sociais ocorridas com o advento de uma nova modernidade; em contraponto ao que seria uma primeira modernidade, defendida pelos autores que trabalham a *sociedade de risco*. Com essa nova modernidade, também tratada por segunda modernidade, demais tópicos merecem breve reflexão, como a *individualização*, surgimento da *subpolítica* e traços de *globalização*; que, em igual intensidade marcam a teoria da *sociedade de risco* e, sem as quais, a correta interpretação encontra-se seriamente prejudicada.

Preliminarmente, cumpre uma observação criteriosa sobre o conjunto da obra da *sociedade de risco* e, especificamente, sobre a metodologia adotada por

Ulrich Beck. Sua primeira redação sobre o tema, em 1986, parte de um método ensaísta, pelo qual o autor provoca os temas e surge com os problemas para, na mesma sequência, trazer sua reflexão sobre a questão; ao exemplo da *sociologia reflexiva* de Pierre Bourdieu⁷⁷. Também como Bourdieu, encontra-se em ambas as obras uma forte carga de clássicos como Marx e Weber, associados a modernos como Adorno e Luhmann, cujo resultado será claramente demonstrado nas considerações que seguirão.

Dessa forma, o efeito imediato dessa construção acaba sendo uma teoria dispersa, sem um modelo fechado apto a identificar, de modo categorizado, os postulados lançados por Beck na construção da *sociedade de risco*. Esse caráter é reconhecido pelo próprio autor⁷⁸, justificado como resultado de sua escolha pela teorização prática, o que dá à *sociedade de risco* ares de uma teoria em constante construção, nunca fechada, na qual os argumentos estão dispersos ao longo de diferentes obras do autor; inclusive, com mudanças de posicionamentos verificados entre diferentes escritos. Bem por este motivo que se dá a necessidade anterior de reconstrução da teoria da *sociedade de risco* em suas bases, de modo que se evite uma leitura errada do conceito.

2. A MUDANÇA ENTRE MODERNIDADES: A SOCIEDADE INDUSTRIAL E SOCIEDADE DE RISCO

para sustentar a teoria de uma nova modernidade é necessário demonstrar uma mudança, algo sintomático que permita identificar dois momentos diferentes entre o que seria uma primeira modernidade, e uma segunda posterior.

A questão é trazida por Beck, mas encontra melhor definição em Anthony Giddens (de maneira sistematizada), que aponta essa mudança a partir do ritmo ditado pelo sistema de produção industrial; algo, para o autor, não encontrado em nenhum outro momento histórico anterior⁷⁹.

Com base nessa premissa, ambos os autores trazem o espaço da modernidade dividido em dois momentos distintos: um primeiro denominado *modernidade simples*, e um segundo pontuado por *modernidade reflexiva*. Ao longo das diferentes obras, como acima já exposto, observam-se algumas mudanças

77 Cf. BOURDIEU, Pierre. Introdução a uma sociologia reflexiva. In: _____. O poder simbólico. Lisboa: Difel, 1989. p. 17 a 58.

78 BECK, Ulrich. La sociedad del riesgo global. Madrid, Siglo XXI España Editores, 2002. p. 214.

79 Assim afirmado em: “*Algumas formas sociais modernas simplesmente não se encontram em períodos históricos precedentes – tais como o sistema político do Estado-nação, a dependência por atacado da produção de fontes de energia inanimadas, ou a completa transformação em mercadoria de produtos e trabalho assalariado*”. GIDDENS, Anthony. As consequências da modernidade. São Paulo: Editora Unesp, 1991. p. 1.

quanto à terminologia aplicada; para a modernidade simples encontramos *primeira modernidade*⁸⁰, para a modernidade reflexiva encontra-se *segunda modernidade*⁸¹ ou ainda *modernidade tardia*⁸². As mudanças patrocinadas entre esses diferentes momentos não se restringem a uma esfera institucional, mas afetam também a própria dinâmica do indivíduo com a sociedade ao seu redor⁸³. Essa reforma completa na ordem mundial tem intensidade suficiente para alterar o *tempo* e *espaço*, com o esvaziamento do primeiro, e o deslocamento do segundo a partir da globalização; no qual *espaço* e *lugar* perdem referencial em face de forte interferência de influências completamente distantes⁸⁴.

Em um momento anterior, a sociologia se debatia em denominadores distintos, atrelados estritamente ao critério de produção na sociedade. Giddens vê em Marx, por exemplo, a humanização do sistema com eventual colapso da ordem capitalista, sendo a produção o fator de crise dessa sociedade, ao passo em que Durkheim observava nas dinâmicas do mundo industrial uma possibilidade de harmonização do convívio pelo trabalho⁸⁵, e Weber, por sua vez, via a questão do progresso como a necessidade de expansão da burocracia e autonomia individuais, em um processo de controle racionalizado de informação na sociedade capitalista. Como se vê, a concepção de modernidade está atrelada diretamente à questão da produção e, em um segundo momento, às conseqüências do modelo industrial nas questões de classe.

A partir disso, a dinamização desta sociedade industrial tomou rumos próprios, à revelia do debate social ou de uma revolução que subvertesse as bases de classe e marcasse um novo momento histórico (como era observado até então). A velocidade com que a produção se aperfeiçoou, e com ela as dinâmicas de consumo, fez com que a sociedade se transformasse sem que fosse ne-

80 BECK, Ulrich. *Liberdade ou capitalismo*. São Paulo: Editora Unesp, 2003. p. 202.

81 Idem.

82 *"Na modernidade tardia, a produção social de riqueza é acompanhada sistematicamente pela produção social de riscos"*. BECK, Ulrich. *Sociedade de...* cit., p. 23.

83 *"(...) as transformações envolvidas na modernidade são mais profundas que a maioria dos tipos de mudança característicos dos períodos precedentes. Sobre o plano extensional, elas serviram para estabelecer formas de interconexão social que cobrem o globo; em termos intencionais, elas vieram a alterar algumas das mais íntimas e pessoais características de nossa existência cotidiana"*. GIDDENS, Anthony. Op. cit., p. 4.

84 Ibid., p. 29.

85 Algo que parece próprio ao avanço da lógica protestante, ainda que a questão não se encerre na observação, no sentido de que *"(...) a maior participação de protestantes nas posições empresariais e de gerência seja atualmente entendida, pelo menos em parte, simplesmente como o resultado da grande riqueza material que eles herdaram. Mas há outros fenômenos que não podem ser explicados dessa forma"*. WEBER, Max. *A ética protestante e o espírito do capitalismo*. São Paulo: Martin Claret, 2013. p. 35.

cessária uma ruptura abrupta⁸⁶. A especialização crescente e contínuo avanço tecnológico rompem com os conceitos providenciais de história⁸⁷, e frustram a previsão marxista de que *o capitalismo seria o seu próprio cozeiro*, a partir de uma mudança silenciosa, de dentro para fora⁸⁸.

A sociedade de classes, ponto central da modernidade simples (aquela industrial), também não é mais a mesma. As novas dinâmicas sociais – ao melhor exemplo do fator *risco*, tratado adiante⁸⁹ – não permitem uma cisão da sociedade entre proletários e detentores de meios de produção; sendo esse um dos traços mais marcantes desta *segunda modernidade* defendida pela teoria. São duas as razões para tal análise.

Uma primeira desponta, como dito, da especialização crescente tanto da produção quanto do indivíduo proletário. Ainda há a exclusão de pessoas do sistema capitalista e da lógica de consumo, mas seu conjunto é irrepresentável em uma só figura, em uma só classe⁹⁰. Rótulos como *o pobre*, *o excluído*, *o desempregado* são de difícil assimilação geral a um grupo, não há um referencial unitário como havia no século XIX, dando lugar às discussões genéricas de *pobreza*, *exclusão* e *desemprego*⁹¹. Para Rosanvallon, os excluídos da sociedade não mais representam uma ordem, classe ou grupo, tornando-se elementos

86 Sobre isso: “O que se enfatiza é que o dinamismo industrial, extremamente veloz, está se transformando em uma nova sociedade sem a explosão primeva de uma revolução, sobrepondo-se a discussões e decisões políticas de parlamentos e governos (...) extrapolando todos os fóruns das decisões políticas, as linhas de conflito e as controvérsias partidárias”. BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony; LASH, Scott. *Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna*. São Paulo: Editora Unesp, 2012. p. 14

87 Desta forma demonstrado em: “A ruptura com as concepções providenciais da história, a dissolução da aceitação de fundamentos, junto com a emergência do pensamento contrafactual orientado para o futuro e o ‘esvaziamento’ do progresso pela mudança contínua”. GIDDENS, Anthony. Op. cit., p. 61.

88 Nesta mudança de perspectivas, motivada na diferença entre as categorias de cada tipo de sociedade: “Em situações de ameaça, portanto, diferente do que ocorre nas situações de classe, situações de vida e produção de conhecimento são diretamente situadas uma na outra e limitadas uma à outra”. BECK, Ulrich. *Sociedade de...* cit., p. 66.

89 Sintético em: “Com a generalização dos riscos da modernização, é desencadeada uma dinâmica social que não mais pode ser abarcada em termos de classe”. *Ibid.*, p. 47.

90 Desta forma, “nos confrontamos não apenas com a crise do conceito de classe – ou seja, a crise da maneira socialista de pensar o coletivo – mas com a crise do conceito de indivíduo proveniente das teorias liberais”. LAZZARATO, Maurizio. *As revoluções do capitalismo*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006. p. 28.

91 Em igual sentido: “Mientras tanto, en lo económico-social se ha ido produciendo –como ya adelanté– una substitución del modelo de la sociedad dividida en clases, por una que por un lado da lugar a una rápida y elevada concentración de la riqueza en pocas manos, a la vez que por otro lado produce una expansiva difusión de la miseria. Esto es lo que se conoce como la sociedad de dos tiempos, en la cual la acumulación ya no se facilita por los medios productivos tradicionales, sino por procedimientos meramente especulativos. Este es el cuadro en el que se va configurando la exclusión de amplias franjas de nuestras sociedades”. BERGALLI, Roberto. *Liberdad y seguridad: Un equilibrio extraviado en la Modernidad tardía*. In: MUÑOZ CONDE, Francisco; LOSANO, Mario G. (coord.). *El derecho ante la globalización y el terrorismo*. València: Tirant lo Blanch, 2004. p. 71.

residuais próprios da sociedade industrial, aceitos por todos, não mais vistos como uma falha do sistema⁹². Ainda para este autor, os excluídos não constituem uma força social, estando mais próximos de uma “não classe” do que de uma classe propriamente, no sentido marxista da categoria⁹³.

A segunda razão para categorizar o fim da dinâmica de classes, na chamada *modernidade tardia*, está no bojo de um novo elemento protagonista nas relações sociais: o *risco*.

Para essa segunda linha argumentativa, em razão do *risco* ter se tornado elemento central na maneira como o indivíduo se relaciona com o meio (ideia essa devidamente aprofundada adiante), a relevância de se debater a disputa de classes se torna mínima, uma vez que o “inimigo maior” do *risco* afeta todas as “classes” de maneira igual, e as congrega comunitariamente para uma união de esforços em prol de sua contenção⁹⁴. Na análise de Beck, que encabeça tal postulado dentre os demais autores, as “sociedades de classe são sociedades nas quais, para além das trincheiras de classe, a disputa gira em torno da conspícua satisfação das necessidades materiais”⁹⁵, sendo que “justamente essas evidências do tangível deixam de valer nas sociedades do risco. O visível incorre nas sombras de ameaças invisíveis”⁹⁶. Conclusivamente, sentencia que “o mundo da carência ou fartura visíveis ensombrece-se sob o peso da superioridade de forças dos riscos”⁹⁷.

92 Assim demonstrado em: “For the same reason, the excluded are “unrepresentable,” since they do not constitute a class that might have its delegates or its spokesmen. Hence there are no unions of the unemployed, and all attempts to transform them into an organized collective force have failed. The traditional idea of representation assumes an implicit sociology, for it is orders, classes, and groups that are represented. The excluded do not constitute an order, a class, or a group. They indicate instead a failure, a flaw of the social fabric. Hence there is a tendency for a population to be obliterated by the problem that defines it. We speak more about poverty than about the poor, more about unemployment than about the unemployed, about exclusion rather than about the excluded. In these cases, social knowledge must be substituted for the classic process of representation.” ROSANVALLON, Pierre. *The new social question: rethinking the welfare state*. New Jersey: Princeton University Press, 1995. p. 99.

93 Para esta diferença entre modelos: “It is difficult to mobilize and represent the excluded because they are defined first of all by their failures, and hence do not constitute a social force. They are not the new proletariat of the society of unemployment. Strictly speaking, they do not have a common interest, and are not an objective class in the traditional Marxist sense of the term. The excluded form a “nonclass,” the shadow of social malfunction, the result of decomposition, desocialization in the strongest sense of the term. While society is constituted positively by the coalescence of individual activity, the fusion of individual features into average characteristics, exclusion results from a process of disinclusion”. *Ibid.*, p. 98.

94 Posição igualmente acompanhada por Beck em: “Ao sujeito político da sociedade de classe – o proletariado – corresponde, na sociedade de risco, a mera suscetibilidade de todos em razão de imenso perigos mais ou menos palpáveis. Algo assim sempre pode ser facilmente reprimido. Competentes para tanto são todos e ninguém”. BECK, Ulrich. *Sociedade de...* cit., p. 59.

95 *Ibid.*, p. 54.

96 *Idem.*

97 *Idem.*

Ainda que exista fundamento para assimilar, com clareza, uma crise no conceito de classe da dialética marxista, não seria ele suficiente para negar a relevância de dinâmicas do gênero atualmente, mesmo que nesta chamada *modernidade tardia*, como faz Beck. Algumas dinâmicas próprias da sociedade pós-industrial, ao melhor exemplo do inchaço nos centros urbanos (fator este que compete também para a sensação de risco)⁹⁸, continuam de extrema relevância para a análise sociológica, ainda mais quando se trata de América Latina⁹⁹, como seria nosso caso aqui no Brasil. Ainda, especificamente nesse debate de classe, a construção da teoria da sociedade de risco parece de forte matiz eurocêntrica, crítica essa acompanhada por alguns resenhistas da obra¹⁰⁰. Por vezes, o próprio Beck parece recuar e ser mais reticente na assertiva, reconhecendo que a distribuição de riscos tem diferentes impactos em diferentes classes¹⁰¹, que a ideia do alcance das ameaças possa camuflar novas desigualdades sociais¹⁰², ou ainda que subsista em alguns países uma ditadura da escassez, que verte em conflitos na distribuição de riquezas¹⁰³.

Demais diferenças são diagnosticadas nessa *nova modernidade*, para além da dita superação da questão de classes sociais. Como se vê, existe uma mudança constante da sociedade, seja ela direcionada pelo modo de produção, seja pela ininterrupta revolução tecnológica ou ainda pela forma como a informação e o conhecimento se produzem e se replicam a todos; processos esses indepen-

-
- 98 Evidente o papel deste elemento na questão dos sistemas produtivos, e como ciclicamente competem para acirramento de uma disputa de classes, v.g.: *“Desde que passaram a existir, as cidades surgiram da concentração geográfica e social de um excedente de produção. A urbanização sempre foi, portanto, algum tipo de fenômeno de classe, uma vez que os excedentes são extraídos de algum lugar ou de alguém, enquanto o controle sobre o uso desse lucro acumulado costuma permanecer nas mãos de poucos”*. HARVEY, David. *Cidades rebeldes: do direito à cidade e à revolução urbana*. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 30
- 99 Local onde as dinâmicas históricas recentes ainda fazem eco na organização social, e lançam reflexos na desigualdade social, ainda que dentro de um contexto de globalização, v.g.: *“A desigualdade social, uma das maiores da América Latina, e a escravidão vigente até pouco mais de um século atrás são características que se somam a um Estado patrimonialista e à universalização da ‘política do favor’”*. MARICATO, Ermínia. *É a questão urbana, estúpido! In: MARICATO, et al. Cidades Rebeldes: Passe livre e as manifestações que tomaram as ruas do Brasil*. São Paulo: Boitempo, 2013. p. 20.
- 100 O próprio Beck cita, dentre outras, a crítica de Zygmunt Bauman à sua teoria. Cf.: BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony; LASH, Scott. *Op. cit.*, p.24.
- 101 Demonstrado em: *“Essa ‘lei’ da distribuição de riscos determinada pela classe social e, em decorrência, do aprofundamento dos contrastes de classe através da concentração de riscos entre os pobres e débeis por muito tempo impôs-se, e ainda hoje se impõe”*. BECK, Ulrich. *Sociedade de...* cit., p. 41.
- 102 Conclusivamente: *“A equalização mundial das situações de ameaça não deve, entretanto, camuflar as novas desigualdades sociais no interior da suscetibilidade ao risco”*. *Ibid.*, p. 49.
- 103 Neste mesmo sentido, defende: *“A distribuição e os conflitos distributivos em torno da riqueza socialmente produzida ocuparão o primeiro plano enquanto em países e sociedades o pensamento e a ação das pessoas forem dominados pela evidência da carência material, pela ditadura da escassez”*. *Ibid.*, p. 24.

dentos de quaisquer instituições e processados de maneira indiscriminada na base da sociedade¹⁰⁴. Para Giddens, a questão se resume a uma reflexividade da vida social moderna, para qual “as práticas sociais são constantemente examinadas e reformadas à luz de informação renovada sobre estas próprias práticas, alterando assim constitutivamente seu caráter”¹⁰⁵.

No que tange o conhecimento nessa *nova modernidade*, temos uma dinâmica na qual construímos e projetamos informação a todo segundo, sem qualquer segurança que as verdades construídas ao nosso redor não serão, em breve, revisadas e substituídas por novas¹⁰⁶. Giddens aponta ainda uma faceta subjetiva na produção desse conhecimento, alegando que quatro conjuntos de fatores filtram este conhecimento socializado, sendo: (i) *poder diferencial*, no qual alguns grupos são mais ou menos aptos a se apropriar de um conhecimento; (ii) *papel dos valores*, indicando que o conhecimento empírico se confunde com os valores éticos; (iii) *o impacto das consequências não pretendidas*, no qual a vida social transcende as intenções daqueles que aplicam o conhecimento com fins transformativos; (iv) *a circulação do conhecimento social*, para o qual este conhecimento replicado, reflexivamente construído, altera o objeto do qual ele originalmente se referia¹⁰⁷. Evidente, esses fatores competem para agravar uma sensação de inconstância social, dificuldade de referencial, e subsequente agravação na sensação de risco; ademais ilustrar perfeitamente a ideia de reflexividade dessa modernidade que se coloca no debate.

Exatamente nessa *reflexividade* demonstrada que reside a chave interpretativa da *sociedade de risco*. Para um melhor exemplo didático dessa reflexividade, podemos dizer que a certeza que existia no avanço da tecnologia nuclear, incentivada pela necessidade de suprimento de novas energias, se dissolveu no mesmo momento em que iniciou a construção de usinas nucleares, uma vez que episódios como Chernobyl ou Fukushima nos demonstraram o alto grau de desconhecimento, bem como descontrole, que temos no manuseio da energia atômica. Desse ponto em diante, riscos como desastres nucleares, poluição radioativa do meio ambiente e ameaça de guerras com ogivas de plutônio, passaram a confrontar o conhecimento inicialmente tido por certo, e estimu-

104 Demonstrado em: “O que característico da modernidade não é uma adoção do novo por si só, mas a suposição da reflexividade indiscriminada”. GIDDENS, Anthony. Op. cit., p. 49.

105 Idem.

106 O autor aprofunda a assertiva ao dizer que: “Estamos em grande parte num mundo que é inteiramente constituído através de conhecimento reflexivamente aplicado, mas onde, ao mesmo tempo, não podemos nunca estar seguros de que qualquer elemento dado deste conhecimento não será revisado”. *Ibid.*, p. 50.

107 *Ibid.*, p. 64 e 65.

lar, como resposta, novos conhecimentos e dinâmicas que serão também confrontados em um momento posterior.

Ante o exemplo, e nas palavras de Beck, “reflexiva não advém de reflexão [pensar], mas de autoconfrontação”¹⁰⁸, construída de uma incerteza ou incoerência fabricada a partir de um risco perceptível à sociedade. Deste modo, a *autoconfrontação* é a operação realizada entre uma situação presente, baseada em um conhecimento tido por verdadeiro, em perspectiva ao futuro incerto, na qual o conhecimento que se tinha se dissolve no momento em que é aplicado, em razão dos novos riscos criados e consequentes novos conhecimentos propostos¹⁰⁹. Destaca-se também a natureza autônoma desse processo, na qual o modelo de modernização toma a frente do progresso, à revelia das instituições políticas¹¹⁰, fazendo com que seus efeitos se multipliquem “cegos e surdos aos seus próprios efeitos e ameaças”¹¹¹.

Essa dinâmica é, claramente, a base da *modernidade reflexiva* e suas constantes *meta-transformações*; que, pela sua velocidade, nos passam despercebidas. Exatamente por essa importância que, sem compreender seu significado, prejudica-se qualquer entendimento mais apurado da *sociedade de risco mundial*.

Ainda, em uma base comparativa, reside na *autoconfrontação* um fundo análogo à ideia de *sistema autopoietico*, como defendido por Niklas Luhmann, no qual se observa a capacidade de um sistema reproduzir a si próprio, a partir da atuação em rede de seus próprios elementos e estruturas. Mesmo que em bases similares, poderia-se diferenciar as interpretações de Luhmann e Beck a partir da percepção entre diferenças e identidades; na qual, para Luhmann, as diferenças coordenam o processamento de informações¹¹² e, para Beck, as identidades o fazem (se pensarmos a percepção do risco igual a todos, indiferente de sua posição na sociedade). Também, diferem quanto ao papel do sistema político na tomada de decisões¹¹³, cuja percepção de Beck se tratará na sequência.

108 BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony; LASH, Scott. Op. cit., p. 18. Cumpre ainda observar que, ao menos para Giddens, a ideia de reflexiva esteja ligada ao ato de refletir, pensar, do que de fato o confronto de antinomias.

109 Quanto a isso: “*Há duas fases distintas, uma primeira onde os efeitos e autoameaças são produzidos mas não se tornam questões públicas, um segundo onde as instituições tornam-se os produtores e legitimadores das ameaças que não conseguem controlar*”. Ibid., p. 17.

110 Ibid., p. 14

111 Ibid., p. 18.

112 “(...) *diferenças, não identidades, possibilitam a percepção e processamento de informações*”. LUHMANN, Niklas. *A sociedade mundial como sistema social*. São Paulo: Lua Nova, 1999. p. 191.

113 “*O enfoque da teoria de sistemas, na perspectiva de Luhmann, atribui ao sistema político a função de tomada de decisões que vinculam a coletividade*”. CAMPILONGO, Celso Fernandes. *O direito na sociedade complexa*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 120.

Em síntese, o surgimento da *modernidade reflexiva* em face de uma *modernidade simples* significa uma autodestruição constante daquela sociedade industrial, centrada na distribuição de riquezas e mergulhada nas dinâmicas de classe¹¹⁴, destruição essa que, como dito não é patrocinada por uma revolução nas bases sociais ou crise do sistema, mas sim pelo próprio modelo de *autoconfrontação* da modernização ocidental¹¹⁵; que deixa de ser estritamente ocidental para se replicar em todo mundo.

Desse modo, e por derradeiro, podemos dizer que na *modernidade simples*, ou *primeira modernidade*, havia uma *sociedade industrial*, marcada por problemas com a *distribuição de riquezas*, na qual o indivíduo dialoga pelos *bens materiais*, reconhecida pelo axioma da *desigualdade*.

Com a sobreposição da *modernidade reflexiva* a essa anterior, a inovação é que o indivíduo vive em uma *sociedade de riscos*, marcada por problemas com a *distribuição de riscos*, nos quais o indivíduo dialoga pela *argumentação*, reconhecida pelo axioma da *insegurança*¹¹⁶.

Agora clarificada a síntese da *modernidade reflexiva*, onde se insere a *sociedade de risco*, cumpre ainda aporte quanto a três elementos basilares da teoria, e cuja perceptividade está diretamente atrelada à forma como se produzem as leis (e o Direito como um todo). Trata-se dos fenômenos da *globalização*, da *individualização* e da *subpolítica*.

2.1. A GLOBALIZAÇÃO

A partir do momento em que se coloca o modelo da *modernização reflexiva* como vitória do modelo de modernidade ocidental¹¹⁷, pode-se afirmar, como fez Beck, que a *reflexividade* e todos seus elementos conexos passam a ser compartilhados por todos os indivíduos, em todos os países. De fato, como argumentado, o *risco* é um elemento universal cujos efeitos são indiscriminadamente compartilhados pelo mundo; no exemplo do autor, “megatecnologia

114 Na introdução do conceito: “Este novo estágio, em que o progresso pode se transformar em autodestruição, em que um tipo de modernização destrói outro e o modifica, é o que eu chamo de etapa da modernização reflexiva”. BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony; LASH, Scott. Op. cit., p.13.

115 Da mudança de modelos, Beck pontua: “Modernização reflexiva’ significa a possibilidade de uma (auto)destruição criativa para toda uma era: aquela da sociedade industrial. O ‘sujeito’ dessa destruição criativa não é a revolução, não é a crise, mas a vitória da modernização ocidental”. Ibid., p. 12.

116 BECK, Ulrich. Sociedade de... cit., p. 57. Em boa anedota de tal conteúdo, Champo Sánchez aduz que: “La frase característica de la lucha de clases se puede resumir así: ‘tengo hambre’; por el contrario, el movimiento que se pone en marcha en la sociedad de riesgo se expresa con la frase ‘tengo miedo’. La solidaridad surge por miedo y se convierte en una fuerza política”. CHAMPO SÁNCHEZ, Nimrod Mihael. El derecho penal... cit., p. 69.

117 “De certa forma, pode-se dizer a globalização como a solidificação do processo de disseminação das estruturas ocidentais ao ponto não em que elas deixaram de existir, mas que passam a ser de todo o mundo”. GIDDENS, Anthony. Op. cit., p. 62.

nuclear e química, pesquisa genética, a ameaça ao ambiente, supermilitarização e miséria crescente”¹¹⁸ são questões de causa e consequência impossível de limitação geográfica, não se resumem às fronteiras nacionais.

Como exposto, a gênese da mudança entre modernidades e do advento da *sociedade de risco*, parte de uma escalada autônoma do sistema de produção, buscando constante aperfeiçoamento tecnológico e a expansão do consumo. De fato, ambos os fatores são favorecidos pela experiência de trocas internacionais, seja pelo câmbio de pesquisas, seja por alcançar novos mercados consumidores, para citar alguns exemplos. A gerência dessa atividade, assim como verificado nas relações sociais, também gera uma larga gama de riscos que se inserem na mesma dialética apresentada anteriormente. Vale reiterar, “o padrão distributivo específico dos riscos da modernização: eles possuem uma tendência imanente à globalização”¹¹⁹.

Boaventura Santos nos traz uma datação da globalização com maior acerto. Para o autor, o marco do fenômeno está num conjunto de quatro consensos consolidados no Consenso de Washington¹²⁰; formulado em 1989 a partir de um receituário neoliberal para países em desenvolvimento, proposto por instituições como o Banco Mundial, Fundo Monetário Internacional e o governo dos Estados Unidos da América. Não obstante, igualmente necessário pontuar que as chamadas *ondas globalizantes* são anteriores a este modelo atual – observadas nos séculos XIII, XVI e XX¹²¹ –, restando como traço marcante dessa onda contemporânea o modelo de desenvolvimento orientado para o mercado, pressionado sobre os Estados como “o único modelo compatível com o novo regime global de acumulação, sendo, por isso, necessário impor, à escala mundial, políticas de ajustamento estrutural”¹²²; movimento esse que, em seu efeito reflexo, simboliza também o desmonte do Estado de bem-estar social¹²³.

118 BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony; LASH, Scott. Op. cit., p. 19.

119 BECK, Ulrich. *Sociedade de...* cit., p. 43.

120 Melhor lição sobre o assunto: “O consenso neoliberal propriamente dito é um conjunto de quatro consensos adiante mencionados dos quais decorrem outros que serão igualmente referidos. Este consenso está hoje relativamente fragilizado em virtude dos crescentes conflitos no interior do campo hegemônico e da resistência que tem vindo a ser protagonizada pelo campo subalterno ou contra-hegemônico. Isto é tanto assim que o período atual é já designado por pós-Consenso de Washington. No entanto, foi esse consenso que nos trouxe até aqui e é por isso sua a paternidade das características hoje dominantes na globalização”. SANTOS, Boaventura de Souza. *Globalização: fatalidade ou utopia?* Porto: Edições Afrontamento, 2001. p. 33.

121 *Ibid.*, p. 43.

122 *Ibid.*, p. 44.

123 Argumentando a relação desse movimento diretamente com o risco: “La sociedad del riesgo, no se refiere a una sociedad moderna en que se ha conseguido hacer controlables las inseguridades y peligros derivados de decisiones industriales o tecnológicas; sino más bien se refiere a los nuevos riesgos que han surgido a mediados del siglo pasado, a la aparición de crisis ecológicas, crisis

Esse modelo patrocinado com o Consenso de Washington retira o Estado para alavancar, ainda mais, a hegemonia e multiplicação das dinâmicas produtivas e de mercado; consecutivamente, toda a dialética trabalhada com o avanço da *modernidade reflexiva*. Nessa dinâmica, a redução do Estado ao papel de “criar o quadro legal e dar condições de efetivo funcionamento às instituições jurídicas e judiciais que tornarão possível o fluir rotineiro das infinitas interações entre os cidadãos, os agentes econômicos e o próprio Estado”¹²⁴, podendo-se dizer com segurança que o Estado moderno entra no *piloto automático*.

Em face dessa natureza, temos um papel crucial da tecnologia no impulso à globalização. A maneira com a qual a comunicação foi catapultada no processo de modernização favoreceu também o processo de *reflexividade*, fazendo com que a possibilidade de informações circular em um nível mundial multiplicasse os processos de *autoconfrontação*¹²⁵. A partir do segundo em que o processo de modernização toma a via da globalização, a escalada da percepção do risco passa a ser esmagadora para a sociedade. Se, na teoria, o risco é sufocante o suficiente para subtrair as dinâmicas de classe, a globalização passa a ser forte suficiente para também sufocar os Estados; alterando dinâmicas supranacionais¹²⁶.

Na observação de Giddens, o Estado torna-se “muito pequeno para os grandes problemas da vida, e muito grande para os pequenos problemas da vida”¹²⁷, como maneira de dizer que as relações sociais extrapolam a configuração geográfica – o risco é global -, ao mesmo tempo em que buscam fortalecer a autonomia e identidade cultural; algo que ficará mais claro quando tratado o *individualismo*. Destaca-se então uma dicotomia, um “*empurra e puxa*”¹²⁸, na qual se digladiam tendências de centralização e autonomia, na chamada ao Estado para lidar com a *reflexividade* da sociedade.

financieras, al igual que el desmoronamiento del Estado bienestar”. COLINA RAMÍREZ, Edgar Iván. Sobre la legitimación del derecho penal del riesgo. Sevilla: Bosch Editor, 2014. p. 78.

124 SANTOS, Boaventura de Souza. Globalização... cit., p. 49.

125 Da importância das tecnologias de informação: “*As tecnologias mecanizadas de comunicação influenciaram dramaticamente todos os aspectos da globalização desde a primeira introdução da impressora mecânica na Europa. Elas formam um elemento essencial da reflexividade da modernidade e das discontinuidades que destacaram o moderno para fora do tradicional*”. GIDDENS, Anthony. Op. cit., p. 89.

126 V.g.: “*Hoje em dia, sob os imperativos da globalização, o desenvolvimento demográfico e os movimentos de migração, que fazem erodir tanto os traços culturais como os sistemas de segurança social, e também sob as ameaças do crime organizado e as mudanças dramáticas no sistema internacional, as coordenadas da política têm se modificado fundamentalmente*”. BODEMER, Klaus. Violência e (in)segurança cidadã na América Latina: percepções, dados empíricos e respostas teóricas e políticas. In: AMBOS, Kai; BÖHM, Maria Laura (coords.). Desenvolvimentos atuais das ciências criminais na Alemanha – 1.ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013. p. 255.

127 GIDDENS, Anthony. Op. cit., p. 77.

128 Ibid. p. 85.

A par de tudo exposto, pode-se sintetizar a globalização em um processo de intensificação das relações sociais para uma escala mundial, da qual locais distantes entre si são capazes de influenciar eventos que se desenrolam em um ou outro, ignorando as fronteiras geográficas dos Estados¹²⁹. Como resposta própria da *modernidade reflexiva*, essa tendência é *autoconfrontada*, e despontam também esforços de reafirmação da autonomia das nações.

Os beneficiários desse processo acabam sendo aqueles indivíduos ou setores de maior produtividade, capazes de aumentar suas oportunidades com o mercado exterior e, ao mesmo tempo, se valer das instituições como medida paliativa na contenção dos riscos de sua atividade. Por certo, essa dinâmica gera competitividade, ganhando aquele capaz de diversificar suas atividades com vistas a diminuir custos e riscos, ampliando, ao mesmo tempo, mercados consumidores e lucros. Nesse fluxo, quanto maior o poder econômico, maiores as possibilidades de este processo correr à revelia da regulação estatal, quando ela prejudicar sua competitividade, e à sombra dela, quando ela beneficiar sua competitividade.

A par dessa questão, Giddens observa a capacidade que corporações multinacionais têm de congregar em si enorme poder econômico, o que dificulta a gestão econômica por parte dos Estados. Para o autor, as políticas intervencionistas (keynesianas) encontram forte resistência no cenário internacional, fazendo com que a ordem neoliberal seja um atrativo muito maior para atrair grandes empresas e estabilizar o fluxo de capitais dentro do Estado¹³⁰. A observação é acompanhada também na seara econômica, à exemplo de Luiz Gonzaga Belluzzo, na crítica de que:

(...) a globalização, ao tornar mais livre o espaço de circulação de riqueza e de renda dos grupos integrados, desarticulou a velha base tributária das políticas keynesianas, erigida sobre a prevalência dos impostos diretos sobre a renda e a riqueza. A ética da solidariedade é substituída pela ética da eficiência e, dessa forma, os programas de redistribuição de renda, reparação de desequilíbrios sociais e assistência a grupos marginalizados têm encontrado forte resistência na casamata republicana. Não há dúvida de que esse novo individualismo tem sua base social originária na grande

129 Por tal: “A globalização pode assim ser definida como a intensificação das relações sociais em escala mundial, que ligam localidades distantes de tal maneira que acontecimentos locais são modelados por eventos ocorrendo a muitas minhas de distância”. *Ibid.* p. 76.

130 Assim asseverado pelo autor em: “É mais difícil para os países capitalistas do que era antes dirigir suas economias, por causa da acelerada interdependência econômica global. Esta é quase certamente uma das razões para o impacto declinante das políticas econômicas keynesianas, conforme aplicadas na economia nacional, nos tempos correntes”. GIDDENS, Anthony. *Op. cit.*, p. 88.

classe média produzida pela longa prosperidade e pelos processos mais igualitários que predominaram na era keynesiana.¹³¹

Neste mesmo sentido Tzvetan Todorov, ao creditar à globalização a possibilidade de fluxos privados individuais criarem colapsos em economias nacionais, apenas em critério de sua maximização¹³². Ainda, Boaventura Santos diagnostica no Consenso de Washington esse modelo de Estado fraco, coberto por um sistema judicial de atuação extensa e guiado pela lógica neoliberal¹³³. Na base da ideia, o Estado é o oposto da sociedade civil, seu rival, sendo extremamente necessário o seu encolhimento para garantir a liberdade social, a partir de privatizações, desregulações e redução dos serviços públicos¹³⁴.

Com base nisso pode-se, ainda, apontar uma inconsistência própria do consenso neoliberal, em meio a um movimento transnacional de capital, cabendo aos Estados apenas ajustar seus ritmos de mudança para se adaptar aos mercados, pois o valor da liberdade econômica possibilitou aos agentes econômicos a fusão entre si, em um processo de concentração jamais pensado pelo capitalismo industrial¹³⁵; em uma lógica na qual o *laissez faire* acabou por promover não um equilíbrio de mercado, mas sua própria concentração pelo acúmulo desregrado de poder econômico.

Giddens, como ilustrado, acompanha as críticas na medida em que “as corporações multinacionais, podem controlar imenso poder econômico, e ter a capacidade de influenciar sistemas políticos em seus países-base e em outros lugares”¹³⁶, mas consigna também um contraponto a tal disposição, uma vez que “há alguns aspectos-chave nos quais seu poder não pode rivalizar com o dos Estados – especialmente importantes aqui são os fatores de territorialida-

131 BELLUZZO, Luiz Gonzaga. O capital e suas metamorfoses. São Paulo: Editora Unesp, 2013. p. 176.

132 “(...) a economia, tornada global, já não está submetida ao controle político dos Estados; muito ao contrário, foram os Estados que se colocaram a serviço dela. De fato, estes últimos estão submetidos às agências privadas de classificação de riscos, que orientam suas escolhas, enquanto elas mesmas escapam de qualquer controle político (...) Graças a esse mercado unificado, um indivíduo ou grupo de indivíduos, que no entanto não se beneficiam de nenhuma legitimidade política, são capazes, por um simples clique no computador, de transferir seus capitais para outro lugar ou de mantê-los onde estão e, com isso, mergulhar ou não um país no desemprego e na recessão”. TODOROV, Tzvetan. Os inimigos íntimos da democracia. São Paulo: Companhia das Letras, 2012. p. 104.

133 SANTOS, Boaventura de Souza. Op. cit. p. 48.

134 Idem.

135 Apontamentos desta observação em: “Ante tamaños expresiones de la economía mundial, las economías nacionales no pueden menos que ajustar sus ritmos de intercambio según las exigencias que les plantea el movimiento del capital transnacional. La apertura de las economías nacionales queda determinada, entonces, por las desmesuras con que se manifiestan los monopolios y oligopolios. Esto es así pues, la falacia neo-liberal que insiste en la libertad para acceder a los mercados, se tergiversa ante la mayor fortaleza que revelan los agentes económicos que se fusionan con otros semejantes, generando así un proceso de concentración jamás pensado por el capitalismo industrial”. BERGALLI, Roberto. Libertad y seguridad... cit., p. 69.

136 GIDDENS, Anthony. Op. cit., p. 82.

de e de controle dos meios de violência”¹³⁷, coexistindo então essa diminuição do poder estatal com uma codificação jurídica muito específica que garanta sua nova posição¹³⁸; algo que retoma a dialética reflexiva aqui indicada, mas também reforça a diminuição da capacidade estatal em negociar e se impor no cenário político se não por meio de exercício de violência simbólica, pelo arcabouço normativo do Direito Penal.

Nesse sentido, em breve retomada histórica da questão, e como maneira de verificar essa virada na posição do Estado, podemos datar a Crise de 1929 como a última, em termos maciços, em que o Estado pôde lançar medidas intervencionistas, com sucesso, para contornar um período de recessão; no caso, o *New Deal*. Desde então, podemos citar a Crise do Petróleo (1973), Bolha da Internet (2000) e a Crise do SubPrime (2007) – para ficar nas de maior repercussão – como casos em que a atividade estatal se limitou a injetar enormes quantias de dinheiro no mercado para reter o seu colapso; sem contrapartidas de maior vulto. O sistema neoliberal, em sua elaboração moderna, cobra a ausência de Estado no que tange a regulação de sua atividade, mas requer sua efusiva presença para garantir a sua permanência.

Ao nos debruçarmos sob a dogmática do Direito Penal, objeto final deste estudo, encontramos estes mesmos reflexos. Na letra de Renato de Mello Jorge Silveira e Alamiro Velludo Salvador Netto, o Direito “como reflexo de uma opção de poder conquistada pelos players no universo do novo liberalismo, acaba por se utilizar de todos os seus mecanismos para viabilizar o bom andamento das relações de mercado”¹³⁹, do qual, mesmo diante de casos paradigmáticos dos efeitos da desregulação – citados pelos autores os casos *Enron* e *WorldCom* –, o arcabouço normativo é manobrado apenas para vias de promover a *confiabilidade do mercado*, à parte de uma postura de legitimamente efetiva de política criminal, apta a combater os desmandos de mercado e responsabilizar seus gestores¹⁴⁰.

O raciocínio é contornado por Beck, ao observar que a ideia de combate à miséria, própria da *sociedade industrial*, perde legitimidade no processo modernização por se ver tal elemento como uma consequência necessária; se não aceitável. O novo progresso na globalização remete à evolução dos mecanis-

137 Ibid., p. 83.

138 “(...) esta libertação [da sociedade industrial para a sociedade de risco global] está ocorrendo sob as condições gerais do welfare state, ou seja, em contraposição ao cenário de expansão da educação, grandes demandas por mobilidade de mercado e uma juridificação bastante avançada dos relacionamentos de trabalho”. BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony; LASH, Scott. Op. cit., p. 21.

139 SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. A tutela penal...cit., p. 385.

140 Ibid., p. 386.

mos produtivos, existir miséria é um dano colateral¹⁴¹. Como tudo na *modernidade reflexiva*, a questão encontra sua *autoconfrontação* quando os indivíduos passam a crer que as todas as fontes de riqueza representam um risco, que “são contaminadas por ameaças colaterais”¹⁴². Urge no imaginário coletivo a máxima balzaquiana da qual *toda riqueza esconde um crime*, pois, de fato, se percebem os riscos inerentes a uma má gestão – ou má intenção – na condução de questões financeiras. Nesse contexto de globalização – e de erupção das crises sistêmicas de acumulação predatório do capital – que se inicia a caminhada da atividade econômica em uma perspectiva punitivista, na qual o indivíduo convida o Estado para fazer uso de sua diminuta prerrogativa de dispor da violência, e ordenar a questão nos meandros do atual Direito Penal Econômico.

Conclusivamente, o Estado resultante desse processo de globalização, coberto pelas dinâmicas da *modernização reflexiva*, é um Estado enxuto em seu monopólio da violência¹⁴³ e configuração territorial – ainda assim encontrando entraves a um ou outro –, e em grande incapacidade de promover políticas afirmativas aos seus nacionais, compartilhando sua relevância com organizações intergovernamentais e demais instituições internacionais, no que o otimismo da teoria busca observar em um caminho a uma sociedade cosmopolita¹⁴⁴. Inegável a crise de eficiência vivida pelos Estados modernos¹⁴⁵, a par de tudo aqui exposto, carregando consigo um efeito reflexo diretamente incidente na maneira com a qual ele busca atender anseios sociais e tutelar a vida de seus individuais; adiantando conclusões posteriores, justifica-se a incapacidade de

141 BECK, Ulrich. Sociedade de de... cit., p. 25.

142 Ibid., p. 25.

143 Sobre o monopólio da violência e sua relevância, argumenta-se a estruturação de ordenamentos legislativos em nível internacional, em caráter de uma *soft-law*, ainda não capazes de suplantarem as legislações nacionais, em grande parte pela ausência de mecanismos coercitivos. Nesse sentido: “*Está claro, sin embargo, que el derecho positivo mismo no ha tenido un grado de internacionalización comparable al de otras esferas de la actividad humana, como son los medios de comunicación masiva, por ejemplo, o la economía, especialmente los mercados financieros y de capitales. El derecho sigue siendo, antes bien, un asunto del que se ocupan principalmente los Estados nacionales. Cualquier fenómeno de internacionalización jurídica aparece, por esa misma razón, como un hecho destacable. Por otro lado, la creación de Derecho supranacional ha tenido hasta ahora casi enteramente el carácter de una cuasi-legislación o, como se dice en el debate anglosajón, de ‘soft-law’. Vale decir que se agota en declaraciones, resoluciones o recomendaciones, pero le falta el carácter coactivo que caracteriza, en amplia medida y en sus aspectos centrales, al Derecho de los Estados nacionales.*”. ENRIQUE FERRARO, Agustín. Gobernabilidad y derecho en el proceso de globalización. In: MUÑOZ CONDE, Francisco; LOSANO, Mario G. (coord.). El derecho ante la globalización y el terrorismo. Valência: Tirant lo Blanch, 2004. p. 82.

144 “*Os Estados-nação, argumenta-se, estão se tornando progressivamente menos soberanos do que costumavam ser em termos de controle sobre seus próprios negócios – embora poucos hoje antecipem para o futuro próximo a emergência do ‘Estado mundial’ que muitos no início deste século previam como uma probabilidade real.*”. GIDDENS, Anthony. Op. cit., p.78.

145 “*O sistema econômico vive problemas de eficiência. No plano público, essa dificuldade revela-se na sua incapacidade de implementar políticas públicas e, especialmente, na sua impotência em face da inflação sempre crescente.*”. CAMPILONGO, Celso Fernandes. Op. cit., p. 51 e 52.

promoção de leis eficazes, que atendem sua finalidade, restando aqui um dos primeiros indícios dos problemas vivenciados em nosso ordenamento jurídico como um todo.

2.2. INDIVIDUALIZAÇÃO

A essa altura, percebe-se que todo novo fator que remonta à *modernidade reflexiva* traz consigo uma assertiva máxima: o Estado está à revelia do progresso social. Tal questão foi suscitada quando do debate da mudança entre a *sociedade industrial* e a *sociedade de risco*, repisada aqui na *globalização* e, por certo, tem fortes reflexos quando se tange a questão da individualização.

A teoria é clara em sua importância, “a reflexividade e a impossibilidade de controle do desenvolvimento social invadem as sub-regiões individuais, desconsiderando jurisdições, classificações e limites regionais, nacionais, políticos e científicos”¹⁴⁶, em um processo de avanço desde a chamada Era das Revoluções¹⁴⁷, e acelerada no período do pós-guerra.

Como se vê, a caminhada do processo de *globalização* acompanha em igual passo o processo de *individualização*, partindo daquele mesmo esforço dos Estados para remover os obstáculos de mercado, e impulsionar economias; fosse à ascensão da burguesia, fosse à reconstrução dos mercados após a Segunda Grande Guerra¹⁴⁸. Reflexivamente, enquanto busca-se patrocinar a economia, deve-se também atentar à condição do indivíduo, que mergulha em uma nova dinâmica de mercado, cujos riscos gerados ainda não encontram resguardo no ordenamento jurídico do Estado¹⁴⁹.

De fato, a título comparativo, a individualidade não é uma exclusividade da modernidade – como também a categoria do risco, adiante aprofunda-

146 BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony; LASH, Scott. Op. cit., p. 25 e 26.

147 Primeiro período do chamado tratado em Eric HOBBSBAWN para ilustrar o impacto da Revolução Francesa e da Revolução Industrial na modernização das nações, bem como seus reflexos na história mundial. Cf.: HOBBSBAWN, Eric. A era das revoluções – 1789-1848. São Paulo: Paz e Terra, 2009.

148 Sobre isso: “No pós-guerra, para evitar a repetição do desastre era necessário, antes de tudo, constituir uma ordem econômica internacional capaz de alentar o desenvolvimento. Em primeiro lugar, remover os obstáculos à expansão do comércio entre as nações e conceber regras monetárias aptas a garantir a confiança na moeda-reserva e, ao mesmo tempo, impedir o ajustamento deflacionário do balanço de pagamentos. Tratava-se, portanto, de erigir um ambiente econômico internacional destinado a propiciar um amplo raio de manobra para as políticas nacionais de desenvolvimento, industrialização e progresso social”. BELLUZZO, Luiz Gonzaga. Op. cit., p. 164.

149 “(...) os direitos econômicos e sociais nasceram da luta política das classes subalternas. Entre o final dos anos 1930 e o desfecho da Segunda Guerra Mundial, a presença de massas assalariadas e urbanas no cenário político impôs importantes transformações no papel do Estado. A função de garantir o cumprimento dos contratos, de assegurar as liberdades civis e os direitos políticos, apanágio do Estado liberal, é enriquecida pelo surgimento de novos encargos e obrigações: tratava-se de proteger o cidadão não proprietário dos mecanismos cegos do livre-mercado, sobretudo dos azares do ciclo econômico”. Ibid., p. 174.

do -, mas parece unanime a assertiva de que apenas nessa modernidade que surge “uma forma nova e decisiva de individualismo, no centro da qual erigiu-se uma nova concepção do sujeito individual e sua identidade”¹⁵⁰; e, por isso, a importância de aprofundar a análise desse fenômeno no caminho de compreender a própria modernidade.

Nessa virada histórica de perspectivas, a liberdade do indivíduo ganha perspectiva de lei máxima, existindo por parte do Estado um dever de garantir à sua proteção. Desde o surgimento dos *direitos sociais de segunda geração* há uma preponderância da lógica liberal na formação da sociedade moderna; esses direitos nada mais são do que pontos de segurança para que o indivíduo não se encontre em situação de necessidade, descoberto pelo Estado, enquanto busca a satisfação do seu interesse pessoal, resguardando-lhe um mínimo existencial sem garantir uma igualdade perante os demais¹⁵¹. Na máxima de Beck, “direitos sociais são direitos individuais”¹⁵².

Essa lógica liberal, como dita, erigida junta ao Estado moderno (principalmente aquele industrial), tem total reflexo no processo de *individualidade* aqui trabalhado. Os primeiros escritos do gênero, no florescer do Iluminismo na Europa, lançam bases de toda posição do liberalismo enquanto oposição de modelo a uma sociedade socialista. Condorcet e Benjamin Constant são pioneiros em posicionar o homem como uma entidade autônoma, e não como elemento de um conjunto. A partir de seus escritos que outros tardios, como Adam Smith e John Locke, passariam a fundir os discursos de liberdade civil e liberdade econômica; nos quais as “leis naturais” do auge iluminista se misturam às “leis do mercado”, como se esse segundo fosse tão natural quanto o primeiro, dando a tônica desse liberalismo clássico até o mais tardio em John Stuart Mill e, principalmente em Herbert Spencer.

Destaca-se também a crise do liberalismo clássico com o enfraquecimento do ideal de *laissez faire*, cingindo-o entre as correntes do neoliberalismo – adepto de um Estado mínimo regulador das relações de mercados – e de um liberalismo ainda mais recrudescido, à exemplo das Escolas Austríaca e de Chicago. Nesse sentido, a ascensão e queda do regime soviético marca a polarização das perspectivas liberais e sociais de Estado, trazendo novos autores que remontam a ideologia liberal diretamente em contraposição ao que se via no leste do globo terrestre. Para citar exemplos, Friedrich Hayek escre-

150 HALL, Stuart. A identidade cultural na pós-modernidade. Rio de Janeiro: DP&A, 2005. p. 24.

151 ATRIA, Fernando. Existem direitos sociais? Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul. Livraria do Advogado, nº 56, set/2005. p. 23.

152 BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony; LASH, Scott. Op. cit., p. 33.

ve “*O Caminho à Servidão*” e Ludwig Von Mises escreve “*O Socialismo*”, ambos em advertência às mazelas da Rússia soviética, como também a russa Ayn Rand, em forte crítica por creditar ao socialismo a ruína financeira de sua família; todos grandes propagandistas da ideologia liberal.

A intensa construção desses paradigmas, a par de tudo exposto, reflete em todas as democracias modernas, na qual “o desenvolvimento pessoal tornou-se um objetivo legítimo da existência individual”, resumindo-se na ideia de que “a relação de que estabelece entra as duas formas de autonomia – soberania do povo e liberdade da pessoa – é a de uma limitação mútua: o indivíduo não deve impor sua vontade à comunidade, e esta não deve interferir nos assuntos privados de seus cidadãos”¹⁵³. Podem ainda serem suscitados elementos de matiz mais etérea como patrocinadores deste *individualismo* moderno – melhor explorado nos existencialistas, ao exemplo de Kierkegaard e os males psicossomáticos da modernidade, Nietzsche e o niilismo enquanto limitação do homem à dogmas, ou ainda Camus e a dialética do absurdo na alegoria de Sísifo – mas tal digressão não incidiria, especificamente, na finalidade que Beck dá ao *individualismo* em sua teoria.

Esse enredo do liberalismo, e demais questões suscitadas, ainda que não incidentes no *individualismo* de Beck, são aqui pontuadas em face da própria justificação dada pelo autor, e que permite a compreensão da posição em um quadro geral. Para ele:

*Por individualização não entendo o egoísmo neoliberal, o egoísmo de mercado (...) tão pouco significa a emancipação ou a liberdade, a crescente liberdade de escolha do indivíduo (...) e nada tem a ver com autonomia ou autarquia, isto é, que cada um seja independente dos outros e se transforme em uma mônada. (...) trata-se, isso sim, de instituições centrais da sociedade moderna, como a necessidade de desenvolver biografia própria (...) significa, pois, que se entra numa dinâmica institucional endereçada ao indivíduo, não ao grupo.*¹⁵⁴

A questão é retomada por diversas vezes em seus escritos, renegando qualquer incidência da questão liberal na lógica do *individualismo*. Há coerência nesta decisão. A teoria de Beck é coroada por um desfecho cosmopolita, na qual esses males até aqui narrados da *modernidade reflexiva* acabam, na realidade, sendo seu próprio sustentáculo para um novo modelo de sociedade; na qual, por exemplo, o convívio social encontra um sistema de trocas muito mais consciente em razão do próprio processo de *individualização*¹⁵⁵. A chave

153 TODOROV, Tzvetan. Op. cit., p. 16.

154 BECK, Ulrich. Liberdade ou... cit., p. 67 e 68.

155 Ibid., p. 75.

para alcançar uma sociedade cosmopolita – no que chega a pautar como um “segundo Iluminismo”¹⁵⁶ – só se alcança com um fortalecimento do indivíduo sem que se convencie o ego no processo¹⁵⁷. Para tal intento homérico (fazer do homem um ser não egocêntrico), evidente que não se considera prudente associar o ideário liberal, essencialmente egoísta¹⁵⁸, ao que seria *individualização*; o resultado disso acabaria por sepultar o desfecho pretendido por Beck para a modernidade.

Outros estudiosos da modernidade parecem compartilhar a ideia de *risco biográfico*; sem, contudo, renegar a relevância do individualismo egocêntrico na sociedade. Nesse sentido, Gilles Lipovetsky demonstra como a socialização coloca o homem no “centro do deserto social”, encontrando-se “soberano, informado, livre, prudente administrador da sua vida”¹⁵⁹, fazendo com que o controle da sua vida esteja plenamente ao seu alcance; sendo ele o único responsável pelos riscos aos quais se expõe, enquanto trilha sua história individual. Ainda que seu objeto seja a cultura na modernidade, Lipovetsky não deixa de valorar a massiva participação do ideário liberal nesse processo; destacando-se a assertiva de que o consumo patrocinou a cultura de crédito, colocando-a no lugar daquela ligada à poupança, de forma tal que o simbolismo deste momento se dá pela “publicidade, a moda, o *mass-media* e sobretudo o crédito”¹⁶⁰. Em síntese, a modernidade condensa o individualismo liberal, na medida em que “a ordem ‘técnico-econômica’ ou ‘estrutura social’ (organização da produção, tecnologia, estrutura sócio profissional, repartição dos bens e serviços) é regida pela racionalidade funcional, quer dizer pela eficácia, pela meritocracia, pela utilidade, pela produtividade”¹⁶¹.

Como insinuado, ainda que o diagnóstico social realizado por Beck seja impecável, sua solução final não deixa de flertar com o utópico. Nesse sentido, afastar toda uma óbvia e necessária construção liberal no processo de formação do indivíduo moderno, apenas para chegar ao denominador zero, é perder, desnecessariamente, um objeto de análise importante também na forma como este indivíduo percebe o Direito e a construção da justiça. Não obstan-

156 Ibid., p. 204.

157 Algo que o autor chama de “*egotrip*”. Ibid., p. 78.

158 Exemplo disso: “*Um mundo em que a ética neoliberal do intenso individualismo, que quer tudo para si, pode transformar-se em um modelo de socialização da personalidade humana. Seu impacto vem aumentando o individualismo isolacionista, a ansiedade e a neurose em meio a uma das maiores realizações sociais já criadas na história humana para a concretização de nossos mais profundos desejos*”. HARVEY, David. Op. cit., p. 47.

159 LIPOVETSKY, Gilles. A era do vazio. São Paulo: Manole, 2005. p. 23.

160 Ibid., p. 80.

161 Ibid., p. 81.

te, o próprio Beck parece vacilar na ideia quando reconhece o discurso neoliberal como dominante nas instituições e empresas do mundo globalizado¹⁶², bem como os demais efeitos já levantados.

Para Beck, à par da discussão liberal, *individualização* é o processo em que os modelos de vida e da *sociedade industrial* são decompostos para assumir novas facetas, e serem reincorporados à *sociedade de risco*¹⁶³. Um ótimo exemplo disso pode ser encontrado no papel da mulher na nova modernidade – antes vinculado estritamente à instituição familiar e a posições fixas, das quais já se esperava uma *biografia* padrão – agora amplificado para todas as demais posições de mercado antes relegadas exclusivamente ao homem. Evidentemente, o custo desse processo acaba sendo a exposição das mulheres a uma nova gama de riscos, referentes à forma como se luta por espaço para marcar sua *biografia individual* de modo condizente às possibilidades da *modernidade reflexiva*, multiplicados aos demais já naturais dos muitos anos de patriarcado a ditar sua expectativa frente à sociedade.

Nesse sentido, as decisões que tomamos individualmente representam certo grau de incerteza nos caminhos que tomamos. Enquanto buscamos completar nossos objetivos, estamos expostos ao risco de sermos impedidos por eventos fortuitos (doenças ou acidentes), ou ainda de falharmos no sucesso da empreitada, e restar perdido em algum lugar incerto entre o ponto de partida e o objetivo pretendido. Esse elevado grau de incerteza¹⁶⁴, e a forma com a qual gerimos estas eventualidades, recebe o nome de *risco biográfico*.

Sua função no processo de *individualização* é motriz; o *risco biográfico* é o agente que impulsiona o indivíduo a vencer a inércia, e tomar boas decisões que possibilitem seu sucesso. Sem as instituições tradicionais da *sociedade industrial*, o indivíduo se vê à mercê de sua sorte, devendo zelar pela extrema ra-

162 “O individualismo neoliberal é discurso dominante nas instituições e empresas globalizadas da economia; nele podemos entrever uma ideia de individualização sectária, egoísta, na qual se busca despejar sobre o indivíduo as questões não resolvidas pelo sistema político e pelo próprio mercado (como a crise ambiental, o déficit fiscal da previdência, o desemprego, etc.). De forma imagética, o quadro se apresenta da seguinte maneira: Nós não precisamos de política nenhuma ou, quando muito, só de uma política minimalista; não precisamos de Estado nenhum, já temos o mercado; e apresentamos uma variável para a cultura da liberdade. Escrevemos liberdade política com minúsculas e liberdade de consumo com maiúsculas e deixamos que a diferença desapareça no espetáculo de poder escolher entre dez ou vinte tipos de pizza ou de manteiga”. BECK, Ulrich. *Liberdade ou ...* cit., p. 92 e 93.

163 BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony; LASH, Scott. Op. cit., p. 29.

164 Caracterizada em: “Embora sua disposição de arriscar fosse incomum, embora o ramo da mídia seja incommumente fluido e superficial, seu fracasso ilustra algumas confusões mais gerais sobre a orientação da pessoa num mundo flexível”. SENNET, Richard. *A corrosão do caráter*. Rio de Janeiro: Editora Record, 2002. p. 93

cionalização de suas escolhas, como forma de evitar um desfecho indesejável¹⁶⁵. Com isso, Beck acredita que a *modernização reflexiva* estimula (de modo ostensivo) uma melhor tomada de decisões¹⁶⁶, bem como força a solidariedade, acima questionada, para cumprir caminhos comuns. Esta essência, para Beck, que guiaria essa sociedade caótica para uma organização racional, o Estado cosmopolita acaba sendo, dessa forma, uma alternativa ao *fim da história*¹⁶⁷ (em contraposição às posições de Fukuyama e Kojeve), a partir desse processo de racionalização do qual decidiu denominar *segundo Iluminismo*¹⁶⁸.

Esse conjunto de escolhas racionalizadas (na teoria) implica também uma mudança na formação política do indivíduo. A enorme diversidade de riscos, bem como diferentes possibilidades de construções biográficas, releva diferentes possibilidades de arranjo com distintas formações de opinião. Para Beck, na linha da proposta dada como superação à *sociedade de risco*, saber controlar com racionalidade o medo e a insegurança, seja em nível biográfico ou político, é uma “qualificação civilizacional decisiva”¹⁶⁹ para uma nova e melhorada sociedade.

Conclusivamente, se vê que “a individualização e a globalização são, na verdade, dois lados do mesmo processo de modernização reflexiva”¹⁷⁰. Nessa tônica, se o Estado globalizado se encontra em um processo de engessamento e diminuição de sua capacidade de patrocinar políticas públicas, a *individualização* gera uma impossibilidade de consenso político; em um vasto oceano de novos grupos e novas pautas que batem às portas do poder público. Estagnado, o indivíduo busca um novo campo de atuação para suas reivindicações: a *subpolítica*.

2.3. SUBPOLÍTICA

Ao tratarmos do câmbio entre a *sociedade industrial* e a *sociedade de risco* mencionou-se, como uma das características dessa mudança, a incoerência de uma revolução que subvertesse as bases sociais e trouxesse um novo sistema completamente repaginado. Na marcha frenética da *modernidade reflexiva*, vimos que o processo de progresso se deu à par dos Estados; estando muito

165 Em uma leitura mais otimista desta mudança: “As transformações associadas à modernidade libertaram o indivíduo de seus apoios estáveis nas tradições e nas estruturas”. HALL, Stuart. Op. cit., p. 25.

166 “Hoje em dia, espera-se que os indivíduos dominem essas ‘oportunidades arriscadas’, sem serem capazes, em razão da complexidade da sociedade moderna, de tomar as decisões necessárias em uma base bem fundamentada e responsável, ou seja, considerando as possíveis consequências”. BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony; LASH, Scott. Op. cit., p.21

167 BECK, Ulrich. Liberdade ou... cit., p.202.

168 Ibid., p. 204.

169 BECK, Ulrich. Sociedade de... cit., p. 93.

170 BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony; LASH, Scott. Op. cit., p. 31.

mais atrelada às dinâmicas produtivas do que aos canais clássicos de debate político e proposição de novos caminhos.

Esses fatores competiram, ao longo deste avanço *cego e surdo aos seus próprios efeitos e ameaças* (para se valer de uma expressão já utilizada), no congestionamento de pautas relevantes para os diversos riscos somados às margens do caminho de avanço; a “revolução que não veio” deixou órfãos diversos grupos e posicionamentos que se viram relegados à sua própria sorte (no processo de *individualização*), tornando-se exatamente este fator o seu legitimador para ação¹⁷¹.

Desse modo, em um cenário no qual as instituições se encontram em descompasso com os seus próprios programas e bases¹⁷², *subpolítica* significa “moldar a sociedade de baixo para cima”¹⁷³. Os grupos participantes desse processo são aqueles mesmos condensados nas diferentes dinâmicas de risco, sendo protagonistas as iniciativas populares, movimentos sociais, e grupos da chamada *intelligentsia*¹⁷⁴; em referência às pessoas envolvidas em desenvolvimento intelectual ou trabalho específico técnico, com vistas à geração cultural.

Esses agentes, centrados em suas pautas e esforços individualizados, são gestores e propulsores dos debates políticos que deveriam se dar no tradicional campo da política, mas não se dão pelo critério de engessamento aqui já especificado. O constante choque dessa *subpolítica* com a política de fato gera, a cargo da força e insistência, a transposição da pauta para um campo propositivo; do qual a questão levantada passa a ser apta a se consolidar em uma lei, um comando geral para aquela sociedade¹⁷⁵.

Nesse sentido que se diz a *subpolitização* como “um estágio da democratização cultural da democracia e, aliás, um estágio da democratização da democracia o qual possivelmente não foi desejado, não estava previsto na planta baixa da democracia”¹⁷⁶, sintomática na maneira com a qual os temas do futuro não se originam mais nos plenários, nas casas legislativas¹⁷⁷, mas sim nas universidades, nas empresas, na mídia, nas ruas e, em recente instância, no am-

171 Assim argumentado: “Na *subpolítica*, o ‘instrumento do poder’ é o ‘congestionamento’, como a forma modernizada da greve involuntária”. BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony; LASH, Scott. Op. cit., p. 45.

172 Ibid., p. 34.

173 Ibid., p. 44.

174 BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony; LASH, Scott. Op. cit., p. 43.

175 “A decisão autoritária e a ação do estado dão lugar ao Estado de negociação, que prepara os palcos e as negociações e dirige o espetáculo”. Ibid., p. 68.

176 BECK, Ulrich. Liberdade ou... cit., p.102.

177 “(...) os temas do futuro, que agora estão na boca de todos, não se originaram da previsão dos governantes ou das brigas no Parlamento – e certamente não tiveram sua origem nas catedrais de poder do mundo dos negócios, ciências e do estado (...) A *subpolítica* conseguiu uma vitória temática absolutamente improvável”. BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony; LASH, Scott. Op. cit., p. 38.

biente digital. Esse viés propositivo é incontestado no avanço da sociedade, ainda que revestido por sua racionalidade, pois que impulsiona o homem é a necessidade¹⁷⁸; é essa necessidade que alavanca o processo de empurrar suas pautas por novos caminhos, como maneira de contornar a estagnação do sistema político.

Em uma primeira análise, o processo parece favorável a uma perspectiva mais democrática e participativa; e tem seus méritos, no método, de ser¹⁷⁹. Entretanto, quando retomadas as dinâmicas da *modernidade reflexiva* até aqui trabalhadas, evidenciamos alguns problemas próprios dos problemas atuais enfrentados pela sociedade. Por certo, quando pensamos que a participação política direta impulsiona as pautas legislativas, precisamos também considerar o mérito e a validade de tudo que se têm pleiteado. E mais, é necessário julgar se o *risco* – que tem sido plano de fundo para todas as dinâmicas aqui conduzidas –, presente na motivação de cada um desses temas patrocinados por estes grupos, de fato se traduz em elemento viável de jurisdicionalidade; e em qual medida pode, ou deve, o Estado agir na condução de um perigo sensível para diferentes grupos sociais. Com isso, questiona-se então qual é o termômetro justo para o *risco*, e quem é seu árbitro.

3. A SOCIEDADE DE RISCO MUNDIAL

Para Richard Sennet, a palavra *risco* descende da palavra *risicare*, no dialeto italiano renascentista, cuja raiz sugere *desafiar*¹⁸⁰. A percepção é correta e já nos evidencia o *risco* como uma categoria que atravessa parâmetros históricos; sem sombra de dúvida o risco não é uma novidade estrita à troca entre modernidades. Ainda nessa época renascentista suscitada por Sennet, temos o florescer das empreitadas em alto mar, em um contexto no qual as tecnologias de navegação estavam recém consolidadas, fazendo de investidas como as de Cristóvão Colombo, por exemplo, atividades cujos riscos eram muitos e incalculáveis.

178 Nesse sentido: “O homem não inicia sua caminhada civilizatória apenas por meio do pensamento, mas sim, e antes de tudo, impulsionado pelas necessidades, pela sua ação efetiva sobre o mundo: a actio precede ao logos”. ALVES, Alaôr Caffé. A normatividade e a estrutura social como dimensões históricas. In: ALVES, et al. Direito, sociedade e economia: leituras marxistas. São Paulo: Manole, 2005. p. 42.

179 Quanto a esta perspectiva mais favorável à participação popular: “Embora as políticas sociais ainda fossem vistas como uma atribuição do Estado, as parcerias com as empresas e as organizações civis começaram, ao mesmo tempo que a democracia, a criar raízes. O espaço público já não se confunde com o espaço governamental, e o desejo de resultados eficazes no combate aos problemas sociais crônicos provocou uma ampliação das parcerias com vistas à programação de intervenções eficazes. O objetivo dessas parcerias não é diminuir a responsabilidade dos governos na construção de uma sociedade mais igualitária, mas sim incorporar as inovações metodológicas e conceituais desenvolvidas no terceiro setor, por meio das experiências bem-sucedidas em vários campos”. CARDOSO, Ruth. Sustentabilidade, o desafio das políticas sociais no século XXI. In: CALDEIRA, Teresa Pires do Rio (Org.). Ruth Cardoso obra reunida. São Paulo: Mameluco, 2011. p. 531.

180 SENNET, Richard. Op. cit., p. 95.

Nesse sentido, também, o florescimento de esforços científicos em delimitar e prever riscos, como em um exercício de futurologia. Dessa empreitada, citam-se os matemáticos franceses Fermat e Pascal, bem como os italianos Pacciolo, Cardano e o célebre Fibonacci, com sua obra *Liber Abaci*, que buscou comprovar o caráter puramente aleatório de uma situação de risco qualquer; tornando famoso o cálculo para tentar prever quantos coelhos nasceriam em um ano de um único casal de pais¹⁸¹.

Se desde esse período, muito anterior à Revolução Industrial, o risco já era uma categoria de relevância no trato social, questiona-se então a razão para delimitá-lo como ponto fulcral na definição de uma nova modernidade. Como já contornado nesse estudo, o futuro para nós na modernidade não segue mais os mesmos parâmetros de aferição do que o futuro para nossos antepassados. Não temos mais leis transcendentais, ou a hegemonia de um pensamento centrado em uma cultura do além, uma entidade superior garanta nossa evolução ou ainda a própria natureza o faça; dentro de uma lógica metafísica, à exemplo da perfectibilidade kantiana. O risco é resultado de uma sociedade órfã de seus parâmetros tradicionais.

Para essa nova modernidade, o conceito se solidifica como uma fase no desenvolvimento social da qual a gestão do risco escapa das instituições tradicionais, para o centro da sociedade industrial¹⁸²; retomando aqui a ideia de que o modelo produtivo toma a frente do processo de progresso, que multiplica os riscos a uma categoria nunca antes vista em nossa experiência histórica¹⁸³. A consciência que cada indivíduo tem do risco se manifesta no próprio cotidiano, onde aprendemos a viver e dialogar com os discursos sociais – riscos de crise econômica, ameaça militar, acidente nuclear, desastres ecológicos e afins – e até aqueles mais individuais – como o risco de nos expormos diariamente à violência urbana quando saímos de nossas casas –, ainda que, para fins de um conceito estrito do que pode ser categoricamente entendido por risco, seja difícil apontar para uma explicação em específico que preencha todas as pressões científicas¹⁸⁴.

181 Idem.

182 BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony; LASH, Scott. Op. cit., p. 17.

183 A dimensão desta mudança é argumentada em: *“Ela se consoma, em primeiro lugar – como se pode reconhecer atualmente – quando e na medida em que, através do nível alcançado pelas forças produtivas humanas e tecnológicas, assim como pelas garantias e regras jurídicas e do Estado Social, é objetivamente reduzida e socialmente isolada a autentica carência material. Em segundo lugar, essa mudança categorial deve-se simultaneamente ao fato de que, a reboque das forças produtivas exponencialmente crescentes no processo de modernização, são desencadeados riscos e potenciais de autoameaça numa medida até então desconhecida”*. BECK, Ulrich. Sociedade de... cit., p. 23.

184 COLINA RAMÍREZ, Edgar Iván. Op. cit., p. 26.

Beck remonta o que seria uma *arquitetura social* do risco, dividida em cinco teses: (i) Riscos apresentam-se tão somente no conhecimento que se tem deles, abertos a processos sociais de definição. Desta forma, instrumentos e posições da definição dos riscos tornam-se posições-chave; (ii) A distribuição de riscos patrocina situações sociais de ameaça, associadas *ao efeito bumerangue*¹⁸⁵, gerando também novos desníveis internacionais; (iii) os riscos civilizatórios são um barril de necessidades sem fundo, interminável, infinito, autoproduzível; (iv) Riquezas são possuídas e têm um quociente de aferição puramente material. Riscos são afetados, e é a consciência que determina sua existência; (v) A sociedade de risco é uma sociedade catastrófica. Nela, o estado de exceção ameaça verter-se em normalidade¹⁸⁶.

A partir dessas premissas podemos retirar diversos postulados preciosos à análise. Destaca-se, por exemplo, que a *sociedade de risco* não é uma opção, algo que se possa rejeitar¹⁸⁷; trata-se de um processo autônomo e reflexivo, que se multiplica por si. Ainda, para o autor, não estamos, de fato, vivendo esta *sociedade de risco*, mas a caminho de sua consolidação em um processo iniciado desde os anos setenta; nos localizamos historicamente na transição entre aquela *sociedade da escassez* e o que será o embrutecimento de uma *sociedade de risco*¹⁸⁸.

Podemos também verificar duas dimensões da ideia de risco nessa sociedade, sendo uma a percepção fundada em eventos presentes – como o desequilíbrio ecológico – e outra em eventos futuros – projetando a previsibilidade que eventos presentes se traduzirem em danos no futuro. Desse esforço em futurologia que retiramos a assertiva de maior valor para a nossa análise: “a definição do perigo é sempre uma construção cognitiva e social”¹⁸⁹, sintética na passagem:

A verdadeira força social do argumento do risco reside nas ameaças projetadas no futuro. São, nesse caso, risco que, quando quer que surjam, representam destruições de tal proporção que qualquer ação em resposta a elas se torna impossível e que, já como suposição, ameaça futura, como prognóstico sincreticamente preventivo, possuem e desenvolvem relevância ativa. Na sociedade de risco, o passado deixa de ter força determinante em relação ao

185 Beck usa o termo para denominar a natureza dos riscos em retornarem para seu próprio emissor. Na lógica do meio ambiente, por exemplo, aquele que polui seu arredor recebe os efeitos de desequilíbrio gerado em qualquer lugar que esteja. Giddens trata a mesma questão com a analogia de uma *faca de dois gumes*. GIDDENS, Anthony. Op. cit., p. 17.

186 BECK, Ulrich. Sociedade de... cit., p. 28.

187 BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony; LASH, Scott. Op. cit., p. 18.

188 BECK, Ulrich. Sociedade de... cit., p. 25.

189 BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony; LASH, Scott. Op. cit., p. 19.

*presente. Em seu lugar, entra o futuro, algo todavia inexistente, construído e fictício como 'causa' da vivência e da atuação presente.*¹⁹⁰

Esse caráter cognitivo do risco parece contrariar a sensação científica que temos da categoria, como se apurar um perigo nos fosse um processo cercado por verificações certas do resultado. A questão é que o risco se reveste de invisibilidade, é uma probabilidade etérea e não uma certeza material de ocorrência. A análise de risco é sempre uma antecipação de um resultado futuro, na qual tomamos por real um resultado que ainda não se deu, e não com todas as certezas pode se dar¹⁹¹; dessa forma, seus efeitos são completamente imprevisíveis e incalculáveis¹⁹². Tal verdade não poderia ser diferente, posto que, para que pudéssemos considerar o risco como algo de fato, seria necessário adicionar a ele “uma explicação causal que faça com que isto seja visto como produto do modo de produção industrial, como efeito colateral sistemático de processos de modernização”¹⁹³.

Como consignado por Sennet, “o risco é bem diferente de um alegre cálculo das possibilidades contidas no presente. A matemática do risco não oferece garantias, e a psicologia do correr risco se concentra muito razoavelmente no que se pode perder”¹⁹⁴. De um modo geral, a ciência como um todo não nos oferece garantias do risco, apenas indícios nos quais “a existência e distribuição de riscos serão mediadas de modo invariavelmente argumentativo”¹⁹⁵, o que, incidentemente, já nos revela a importância no papel daquele que argumenta, e com quais objetos ele dialoga para alcançar determinado fim.

Ante o exposto, é por esta patente falta de lastro certo de sua verificação que a *sociedade do risco* requer alto grau de perícia, por esta razão que consumimos grandes quantidades de informação, produzimos ciências diversas em específico nível de especialização e mediatizamos nossos riscos em todos os veículos possíveis¹⁹⁶. Precisamos dessas dinâmicas para delimitar algo incerto como risco e, na medida do possível, gerar mecanismos suficientes para a sua contenção. De forma sucinta, relegamos à ciência o esboço do nosso panorama social.

190 BECK, Ulrich. *Sociedade de...* cit., p. 40.

191 *Ibid.*, p. 39.

192 “(...) incalculáveis e imprevisíveis são os intrincados caminhos de seus efeitos nocivos. (...) Também nesse sentido os riscos são invisíveis. A causalidade suposta segue sendo algo mais ou menos incerto e provisório”. BECK, Ulrich. *Sociedade de...* cit., p. 33.

193 *Ibid.*, p. 32 e 33.

194 SENNET, Richard. *Op. cit.*, p. 97.

195 BECK, Ulrich. *Sociedade de...* cit., p. 32.

196 “A sociedade de risco é, nesse sentido, também a sociedade da ciência, da mídia e da informação. Nela, escancaram-se assim novas oposições entre aqueles que produzem definições de risco e aqueles que as consomem (...) Encontram-se aí as origens primárias das ‘disputas definitórias’ em torno da extensão, do grau e da urgência dos riscos”. *Ibid.*, p. 56.

3.1. PERIGO E CONFIANÇA NA SOCIEDADE DE RISCO: ATUAÇÃO DOS SISTEMAS PERITOS

beck e Giddens observam um processo padronizado, pelo qual o indivíduo tem o pressentimento de um perigo¹⁹⁷, e esse perigo se traduz em um risco – ou seja, uma possibilidade incerta futura de este perigo se materializar –, sendo tal sensação afastada apenas quando esta perspectiva se reveste por um ponto de confiança; alguma informação que comunica uma redução ou minimização do perigo que afetava a atividade em objeto¹⁹⁸.

Antes de tudo, para se construir uma situação de segurança, deve haver a consciência da situação de risco¹⁹⁹, de forma qual a confiança se vinculará com a contingência do resultado indesejado²⁰⁰. Em melhor exemplo desta assertiva, temos a consciência de que andar por ruas escuras de madrugada nos coloca em situação de perigo – existe um risco de sermos abordados por um criminoso – mas o fazemos por confiar que o policiamento noturno reduz as possibilidades de tal resultado; o risco é contingenciado. No final da equação mental que construímos para o risco, existe um sistema abstrato que julgamos capazes de alterar o resultado²⁰¹; no caso, seja esse o aparato repressivo policial, ou ainda o sistema de leis penais.

Para Giddens, “a natureza das instituições modernas está profundamente ligada ao mecanismo da confiança em sistemas abstratos, especialmente confiança em sistemas peritos”²⁰². Desse modo, depositamos nossa confiança no conhecimento reflexo criado por estes grupos, em especial nos *sistemas peritos*; aos quais Beck trabalha de modo genérico como “ciência” e os “cientistas”. Em razão do elevado potencial de ameaça das forças produtivas, em parâmetro às novas tecnologias e dinâmicas sociais criadas, os indivíduos cobram desses sis-

197 *“Perigo e risco estão intimamente relacionados mas não são a mesma coisa. (...) O que o risco pressupõe é justamente o perigo. Uma pessoa que arrisca algo corteja o perigo, onde perigo é compreendido como uma ameaça aos resultados desejados”*. GIDDENS, Anthony. Op. cit., p. 45.

198 GIDDENS, Anthony. Op. cit., p. 45 e 46.

199 Ibid., p. 41

200 Ibid., p. 44. De forma complementar: *“(...) podemos definir al riesgo, como todo acontecimiento futuro valorado previamente de manera negativa, que depende de una decisión determinables ya sea por uno mismo o un tercero, por lo que en el riesgo se valoran los elementos: inseguridad, imputabilidad y la dependencia de una decisión, por lo que necesariamente para poder prever y prevenir el riesgo resulta necesario un conocimiento previo, pues el reconocimiento científico es la base angular del diagnóstico del riesgo; es decir, es lo que no se puede reconocer e identificar tampoco se puede dominar”*. COLINA RAMÍREZ, Edgar Iván. Op. cit., p. 32.

201 *“(...) uma definição de confiança pode ser definida como crença na credibilidade da pessoa ou sistema, tem do em vista um dado conjunto de resultados ou eventos, em que essa crença expressa uma fé na probidade ou amor de um outro, ou na correção de princípios abstratos”*. GIDDENS, Anthony. Op. cit., p. 45.

202 Ibid., p. 96.

temas peritos uma eficácia plena, quase uma infalibilidade²⁰³, como maneira de garantir a mencionada contingência dos riscos reflexos. Em muitas medidas, conforme observado por Klaus Bodemer, somos guiados pela noção de que renunciamos a uma parte de nossa liberdade, submetendo-nos a um conjunto de regras e restrições, buscando, nessa troca, uma pequena porção de segurança assegurada pelo sistema abstrato normativo²⁰⁴.

Como se vê, a situação é de difícil maleabilidade. Dissemos que a *modernidade reflexiva* acompanha a criação autônoma de riscos em razão da natureza de seu avanço. Dissemos também que a contenção destes riscos está plenamente a encargo de *sistemas peritos*, aos quais relegamos a responsabilidade da segurança em nossa evolução (pessoal e social). De igual sorte, demonstramos como o risco – dentro da sua síntese etérea, futurista e indemonstrável – é um elemento impossível de ser erradicado por qualquer ciência que se proponha a prever e interromper lesões futuras. Cumpre ainda observar que, dentro da *autoconfrontação*, é correto dizer que a própria atividade de especialistas em alterar certo elemento de risco no ambiente gera outros tantos residuais; sempre uma “vitória de Pirro”.

Inegavelmente, e como a teoria desde o começo se propôs a ser, temos um quadro autônomo no qual o risco nunca se encerra²⁰⁵, e os peritos sociais encontram-se sempre em ingrata posição. Não por outro motivo, Giddens argumenta também como sua atividade está constantemente cercada por um ceticismo ou reserva, afastados apenas em razão de uma “barganha com a modernidade”²⁰⁶, em que aceitamos o jogo como ele é, engolimos as pílulas douradas, para conseguirmos lidar com o oceano de inseguranças que nos cercam. Giddens ilustra a questão com os conceitos de *palco* e *bastidores* dado por Goffman, no qual não precisamos de uma explicação profunda dos motivos para os quais as coi-

203 “Com o potencial de ameaça das forças produtivas, a margem de manobra para a pesquisa científica torna-se cada vez mais estreita (...) As forças destrutivas, com as quais os cientistas também tem que lidar atualmente em todos os campos temáticos, impõem-lhes a desumana lei da infalibilidade, uma lei que, para além de seu descumprimento representar uma das qualidades mais humanas, também se encontra em clara contradição com seus ideias de progresso e crítica”. BECK, Ulrich. Sociedade de... cit., p. 65.

204 BODEMER, Klaus. Op. cit., p. 255.

205 “Todos são causa e efeito, e portanto uma não causa. As causas esferelem-se numa vicissitude generalizada de atores e condições, reações e contrarreações. Isto confere evidencia social e popularidade à ideia sistêmica”. BECK, Ulrich. Sociedade de... cit., p. 39.

206 Termo inculpidado na passagem: “O respeito pelo conhecimento técnico existe comumente em conjunção com uma atitude pragmática para com sistemas abstratos, baseada em atitudes de ceticismo ou reserva. Muitas pessoas, por assim dizer, fazem uma ‘barganha com a modernidade’ em termos de confiança que concedem às fichas simbólicas e sistemas peritos”. GIDDENS, Anthony. Op. cit., p. 102.

sas são como são; nos contentamos com o que *palco* nos apresenta, enquanto os *bastidores*, e tudo mais que lá ocorre, são próprios dos profissionais²⁰⁷.

Em noção similar, em Chaim Perelman, ao debater sobre a argumentação jurídica, vemos o exercício jurídico como busca de um valor comunicativo cujo resultado encontrará maior adesão por parte de seu auditório, seja por meio da lógica formal no discurso apresentado, por meio da persuasão das teses e suas premissas, ou ainda, em maior relevância, por meio do reconhecimento das verdades ali vinculadas, de forma tal que “não basta que a decisão pareça equitativa, é necessário ainda que seja conforme ao direito em vigor, e aceitável como tal por aqueles que a examinarão”²⁰⁸, com a devida cautela para não se confundir o público central, quando, por exemplo, ao dar azo ao senso de justiça seletiva em torno de um valor moral, o magistrado se confunde quanto ao auditório de sua decisão, e, para plenamente lhe atender, contraria diametralmente a própria comunidade jurídica, naquilo que Perelman chama de *vulgarização*²⁰⁹.

Uma boa imagem desta dialética delicada que vivem os cientistas – dentre eles, em especial, os juristas – é dada por Bobbio, ao concluir que “na medida em que se faz político, o intelectual trai a cultura; na medida em que se recusa a fazer-se político, a inutiliza. Ou traidor ou inutilizador”²¹⁰. Dessa forma, como bem sintetizado, o perito na modernidade vive entre uma constante crise de fazer da sua pesquisa um objeto de fundo político e trair a cultura (como visto na sociedade de risco), ou ignorar a política e fazer de sua ciência algo sem finalidade prática. Dessa dinâmica, Giddens é duro ao apontar a importância das *estatísticas oficiais* como parte constituinte do poder do Estado, nas quais sua concepção favorece tanto a análise da atividade social como também a construção e controle dessas atividades²¹¹.

Essa dinâmica parece não ser refutada pela própria categoria, não se nega que essas questões de fundo sociológico são causa e consequência do “por que foram fundadas determinadas instituições ou sociedades científicas, por que a reputação de um cientista decaiu, por que determinado laboratório foi cria-

207 Ibid., p. 98.

208 PERELMAN, Chaim. *Lógica jurídica, nova retórica*. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 223.

209 Ibid., p. 145.

210 BOBBIO, Norberto. *Os intelectuais e o poder: dúvidas e opções dos homens de cultura na sociedade contemporânea*. São Paulo: Editora UNESP, 1997. p. 22.

211 “(...) as estatísticas oficiais não são apenas características analíticas da atividade social, mas entram de novo construtivamente no universo social do qual foram tiradas. Desde seu início, o cotejo das estatísticas oficiais é constitutivo do poder do Estado e também de muitos outros modos de organização social. O controle administrativo coordenado obtido pelos governos modernos é inseparável da monitoração rotineira dos “dados oficiais” na qual se empenham todos os Estados contemporâneos”. GIDDENS, Anthony. Op. cit. p. 52.

do”²¹². Para o físico Alan Chalmers, a questão resume o debate entre os tradicionais defensores da autonomia e racionalidade científica, e muitos sociólogos contemporâneos que tratam a questão da modernidade²¹³; à exemplo da grande maioria dos aqui tratados. Nessa disputa, o terreno se dá entre a distinção da “*boa e má ciência*” – se é que se pode dizer existir uma ou outra –, onde ora se suscita episódios como “a degeneração da física na Alemanha nazista”, ora se recorda “a substituição da mecânica clássica pela quântica”²¹⁴. Por certo, o objeto aqui não se trata de circunscrever o que é boa ciência ou má ciência, mas reconhecer como as questões de base sociológica inferem na produção de conhecimento; esse ponto, como dito, pacífico no debate.

Como se vê, a ontologia histórica é testemunha desse difícil processo de amadurecimento científico. A independência científica foi uma das maiores conquistas sociais, uma luta muitas vezes paga com a própria vida. Em um primeiro momento, tínhamos um modelo no qual a autonomia científica estava atrelada a uma reivindicação do indivíduo por uma ferramenta de “verdades”, atuando contra um Estado que pregava o interesse de “bem maior” em suas decisões. Hoje, como assevera Bobbio²¹⁵, temos um indivíduo patrocinando uma ciência atrelada a valores superiores, enquanto o Estado contingencia um exercício da ciência sem impedimentos de pesquisa.

Em síntese fática, nos enganamos diariamente, algo a se comprovar mesmo em exemplos pueris. Aceitamos novas panaceias para cura definitiva da gripe e nos tranquilizamos, mesmo quando sabemos que o vírus sofre uma constante mutação, retornando meses depois com um nome diferente para dar ares de novidade. Acreditamos que as inovações tecnológicas automobilísticas fazem de nosso deslocamento algo mais seguro, ainda que física jamais preveja um resultado não destrutivo para colisões em alta velocidade ou contra objetos de maior massa. Pedimos leis mais duras no combate à criminalidade, mesmo reconhecendo, no fundo de nossas consciências, que as determinantes de um fato delitivo em nada remetem à existência de um comando proibitivo. Profissionais da saúde ora nos vendem os benefícios do ovo para uma vida longa, ora nos contam sobre seu caráter mortal em nosso organismo. Não por outro motivo, a *sociedade do risco* é uma sociedade catastrófica²¹⁶.

212 CHALMERS, Alan. A fabricação da ciência. São Paulo: Editora da UNESP, 1994. p. 110.

213 Ibid. p. 111.

214 Idem.

215 BOBBIO, Norberto. Op. cit., p. 23.

216 BECK, Ulrich. Sociedade de... cit., p. 28 e 96.

Nesse sentido que Beck desenvolve a tese da *encenação social*, na qual temos a *realidade* de fato e a *construção de uma realidade*; cuja a interpretação de riscos constrói um quadro de premissas (não necessariamente reais de fato) que influenciam a tomada de decisões e de interações no presente, a partir do conjunto de cálculos baseados no futuro. Por certo, essa construção não é harmônica e está sempre cercada por pontos de vista concorrentes, a partir de diferentes grupos sociais, dos quais um deles sempre acaba forçosamente agregado a uma definição de risco do qual será ou autor, ou prejudicado²¹⁷. Nesse “empurra-puxa”, os elos mais fracos, ou distantes dos interesses do *sistema perito* ao qual se comunica, estão sempre à mercê de um perito “conseguir as coisas erradas, por erro de interpretação ou ignorância da perícia que se espera que eles possuam”²¹⁸.

Aqui mora a problemática central da *sociedade de risco*: resolver quem é o árbitro social dos riscos e a quem interessa sua gestão.

3.2. HETERONOMIA DA DIALÉTICA DE RISCO: A PERDA DE REFERENCIAL NA RAZÃO

Diz-se *heteronomia* a ideia kantiana de um indivíduo, ou grupo, ser sujeito à vontade de terceiros; em contraposição ao que seria *autonomia*. Em um contexto social no qual o conflito de interesses é enorme, representado pela enorme diversidade de riscos sensíveis a diferentes grupos, é coerente afirmar que a contingência de perigos não atende a todos de maneira igual; isso quando não prejudica um em face de outro, como já afirmado. Demonstrou-se também como o risco tem natureza argumentativa, proveniente de uma construção cognitiva e social, sendo a arquitetura do processo de contingenciamento pericial pode atender a critérios inteiramente subjetivos²¹⁹; distantes de uma verificação causal de fato.

A ideia de heteronomia surge então na base da dialética do risco, para qual alguns grupos serão prejudicados dentro de um panorama que Beck denomina “*autoritarismo científico-burocrático*”²²⁰. A dureza da crítica dos sociólogos que se alinham a tal postulado não está em crer que a ciência é sempre falha, mas na observação de que o próprio processo de construção do método científico

217 Ibid., p. 34.

218 GIDDENS, Anthony. Op. cit., p. 98.

219 Esta subjetividade é defendida como elemento natural ao risco, em face de: “*Algo que se reveste de importância decisiva é a constatação da suposição de causalidade inscrita nos riscos da modernização, cuja comprovação é, por razões teórico-científicas, se não impossível, bastante difícil*”. BECK, Ulrich. Sociedade de... cit., p. 75 e 76.

220 Ibid., p. 97.

é habitualmente deturpado em prol do discurso. Beck aponta que “*constatações de risco baseiam-se em possibilidades matemáticas e interesses sociais, mesmo e justamente quando se reveste de certeza técnica*”, de modo qual o risco abandona sua lógica experimental para ser quantificado a partir de bases econômicas, políticas e éticas²²¹; relevando que mesmo quando se está coberto pela certeza científica do fato, não se deixa de lado um viés de interesses sociais.

A ciência, quando cumpre seu papel com rigor, tem a capacidade de *estipular* riscos, entretanto, a *percepção* de riscos é papel próprio da sociedade²²² em suas dinâmicas reflexivas inseridas no contexto de avanço produtivo²²³. Nesse sentido, não há muito controle do processo autônomo de criação de riscos por parte dos *sistemas peritos*. A crítica aqui exposta recai brutalmente quando os processos de *individualização* impulsionam suas pautas (conforme explicado) e patrocinam a positivação de contingências de riscos para os quais não se estabeleceu crivo racional algum²²⁴. Por meio desse fato, a razão pervertida se transforma em ferramenta autoritária, assim como defendiam os frankfurtianos Adorno e Horkheimer²²⁵, tornando-se um padrão de dominação²²⁶. Essa inversão no processo de construção da razão científica é perfeitamente explicada na síntese de Beck, na qual:

A rejeição da definição científica do risco não é algo que se possa reprovar à população como ‘irracionalidade’, mas, justamente ao contrário, aponta para o fato de que as premissas da aceitação cultural implicadas nas asserções técnico-científicas de risco são falsas. Os técnicos especialistas em riscos estão errados a propósito da justeza empírica de suas premissas axiológicas implícitas, ou seja, a propósito de suas pressuposições a respeito do que parece aceitável à população e do que não (...) a revelação da ‘trapaça’ dos cientistas indica uma

221 Ibid., p. 35.

222 Ibid., p. 69.

223 Quanto a isso: “A produção de riscos e sua interpretação equivocada têm, portanto, seu primeiro fundamento numa ‘miopia econômica’ da racionalidade técnica das ciências naturais. Seu olhar está dirigido às vantagens produtivas”. BECK, Ulrich. *Sociedade de...* cit., p. 73.

224 Tal como um axioma em: “A consciência dos riscos da modernização impôs-se contra a resistência da racionalidade científica”. Ibid., p. 71.

225 Assim lecionado por Alysson Mascaro em: “Para Reich e Fromm, talvez pudesse se dizer que as mazelas do homem fossem creditadas a um falso uso da razão. Daí, a denúncia da ideologia é arma a partir da qual se procede à libertação. Adorno e Horkheimer verificam horizontes mais sombrios: não é a falta de razão que conduz ao totalitarismo, ao fascismo. Antes, é a própria razão, o próprio mundo construído a partir da razão técnica, que leva à dominação totalitária. Reich e Fromm, para a Escola de Frankfurt, teriam a ilusão de que a dominação fosse a falta de razão. Adorno e Horkheimer acreditam que a própria razão é totalitária”. MASCARO, Alysson Leandro. *Utopia e direito: Ernst Bloch e a ontologia jurídica da utopia*. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 73.

226 “(...) a razão técnica contamina de tal modo a história e a sociedade contemporânea que é virtualmente impossível a quebra de tal padrão de dominação”. Ibid., p. 74.

*diferença conceitual entre as racionalidades científica e social na consideração dos riscos.*²²⁷

Este trecho deixa muito claro como o processo de escolha dos riscos que serão positivados não é irracional, apenas atende à uma racionalidade enviada – não científica de fato – fazendo com que o resultado final seja lesivo aos grupos coadjuvantes do processo produtivo²²⁸; ademais o próprio desvio de referencial sofrido pelos *sistemas peritos*. Sabemos bem, e os autores tratados assim entendem, que o risco não pode tão apenas ser manipulado conforme a necessidade²²⁹, mas podem também ser incrementados novos riscos, que vão gerar todo um novo mercado de necessidades sociais para ser explorado pelo sistema produtivo²³⁰: o risco interessa como fator de contenção e também como fator monetário, econômico²³¹.

Os exemplos desse processo são infinitos, indo desde os aqui anteriormente caricaturados até outros com consequências de maior densidade para nosso cotidiano social. Os críticos dessa virada das ciências na modernidade não ampliam o leque de situações episódicas, mas deixam claro o nível da crítica ao propor que “não é exagero algum dizer que as ciências, em razão da maneira com que lidam com os riscos civilizacionais em muitos âmbitos, desperdiçaram por ora seu crédito histórico em termos de racionalidade”²³². Restritos à temática do Direito (especificamente o Direito Penal), podemos apontar um vasto acervo de jabuticabas jurídicas colhidas nos últimos anos, motivadas claramente por toda essa heteronomia dialética do risco, patrocinadas tanto pelos arautos do poder legislativo quanto àqueles do poder judiciário; para citar algumas, o trânsito em julgado após decisão de segundo grau, reiteradas tentativas para redução da maioria penal, relativização de princípios constitu-

227 BECK, Ulrich. Sociedade de... cit., p. 70 e 75

228 *“Detalhes da configuração do produto, dos processos produtivos, modalidades de energia e de tratamento de resíduos deixaram de ser somente questões relacionadas ao gerenciamento empresarial, convertendo-se ademais em ‘vespeiro’ da política governamental, capaz de concorrer na mente dos eleitores até mesmo com os problemas do desemprego em massa”*. Ibid., p. 95 e 96.

229 *“Declarações a respeito de ameaças jamais são redutíveis a meras declarações de fato (...) É preciso que se adicione uma explicação causal que faça com que isto seja visto como produto do modo de produção industrial, como efeito colateral sistemático de processos de modernização”*. BECK, Ulrich. Sociedade de... cit., p. 32 e 33.

230 Desta natureza: *“Diferente das necessidades, os riscos podem não apenas ser invocados (por meio da publicidade etc.), prorrogados de modo a favorecer as vendas, em resumo: manipulados. Por meio de definições cambiantes de riscos, podem ser geradas necessidades inteiramente novas – e por decorrência, mercados inteiramente novos”*. Ibid., p. 67.

231 *“Tudo isto é apenas uma indicação de que, sob condições de uma natureza socializada e mantida aparentemente inalterada toda a sua objetividade, as ciências naturais e tecnológicas converteram-se, sob as roupagens de cifras, numa sucursal da política, da ética, da economia e da jurisprudência”*. Ibid., p. 100.

232 Ibid. p. 85.

cionais na condução processual de casos midiáticos, patrocínio de leis inócuas para neutralização de condutas indesejadas e outras tantas simbólicas do risco como agente motriz de políticas públicas.

3.3. SUPERAÇÃO DA SOCIEDADE DE RISCO: A RECONSTRUÇÃO DA CONSCIENTIZAÇÃO DOS RISCOS

Na teoria de Beck, para a virada dessa *sociedade de risco* para aquela *sociedade cosmopolita* pretendida, a chave para o câmbio de perspectivas está justamente na revisão crítica de como o risco se apresenta e dinamiza a modernidade. Como dito, sua existência é incontestável, não pode ser negada ou abstraída do processo de avanço social, logo, a premência da crítica se encontra em uma racionalização do risco²³³; distinta da feita até então, de modo qual o risco possa ter um referencial estável para análise, uma vez que sua negação não é uma opção.

Se não há a possibilidade superar o risco – uma vez que não há revolução hoje que obste o contínuo avanço produtivo – deve-se ao menos retomar a sua coerência. Como se observa em Beck e Giddens, há um apelo subsidiário à classe científica (peritos) para que se retome uma construção intelectual atrelada à realidade pura, sem valores individuais. A crítica parece ser acompanhada também por alguns desses cientistas, ao melhor exemplo de Humberto Maturana – biólogo que desenvolveu a teoria da autopoiesis, base na análise de sistemas de Luhmman –, que acolhe a crítica e pontua a necessidade de agir com a consciência de que seus postulados têm efeitos diretos na realidade que vivemos²³⁴.

De igual modo, ao analisar a experiência histórica, diagnosticando momentos em que o avanço científico gerou uma revolução de consciência²³⁵, Thomas Kuhn é certo ao pontuar que “ninguém deveria surpreender-se com o fato de que uma consciência semelhante, embora mais profunda, seja um pré-requisito para todas as mudanças de teoria aceitáveis”²³⁶. Para o nos-

233 Algo desenvolvido ao argumentar que: “As ciências tecnológicas estão cada vez mais claramente diante de uma virada histórica: ou bem elas continuam trabalhando e pensando ao longo das veredas já trilhadas no século XIX, confundindo assim as situações problemáticas da sociedade de risco com as da sociedade industrial, ou então enfrentam o desafio de uma genuína e preventiva supressão do risco”. BECK, Ulrich. *Sociedade de...* cit., p. 87.

234 “(...) se sabemos que a realidade que vivemos surge através de nosso emocionar, e sabemos que sabemos, devemos ser capazes de agir de acordo com a consciência de nosso querer ou não querer a realidade que estamos trazendo à mão no nosso viver. Ou seja, devemos nos tornar responsáveis por aquilo que fazemos”. MATURANA, Humberto. *Cognição, ciência e vida cotidiana*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2001. p. 198.

235 Exemplo destas, o autor cita Copérnico, Galilei e Newton. KUHN, Thomas. *A estrutura das revoluções científicas*. São Paulo: Editora Perspectiva, 1998. p. 94.

236 Idem.

so objeto aqui em estudo, a finalidade desse exercício não é outra se não a racionalização do risco, trazendo essa categoria para o campo da realidade, longe de quaisquer construções enviesadas ou leituras ilógicas de sua disseminação na sociedade.

Nesse sentido, no exemplo dado pelos autores de uma leitura ilógica do risco, não há qualquer fundo de razoabilidade em se fixar um *limite de tolerância* para ao risco; o que, no Direito Penal, pode ser entendido por *risco permitido*. Se estipularmos um *limite de tolerância* para uma lesão que nos é sensível assumimos, paralelamente, duas verdades. A primeira é que aquela conduta não é de todo ruim, vez que esse pouco de consentimento que se dá a uma conduta que inicialmente repudiamos demonstra que o risco em questão não possui um fundo de verificação na química, biologia ou matemática, mas sim na ética²³⁷; o que tem se questionado até aqui.

A segunda verdade acaba sendo a de que esse risco não é certamente verificável em um universo de possibilidades nas quais ela pode se traduzir em um perigo real, pois o verdadeiro método empírico, que permite uma melhor demonstração do risco, cobra elevado grau de experiência: é preciso esperar que a conduta se repita vezes suficientes para que se dê como certa seu risco²³⁸. Nesse sentido, se fixamos um *limite de tolerância* (como se faz) assumimos tanto que o risco em objeto tem um fundo ético, quanto que sua verificação não é certa. Por esse motivo Beck defende é crítico de quaisquer concessões neste sentido²³⁹.

A exemplo dos *limites de tolerância*, entende-se que a pretendida *cientificação dos riscos* precisa reestabelecer as categorias sem uma ideia de hierarquia entre concepções de risco, todas elas devem passar por um escrutínio, verificando-se “*como a ‘racionalidade’ surge socialmente, como portanto se passa a acreditar nela, como se torna questionável, como é definida, redefinida, obtida e descartada*”²⁴⁰. Esse processo de redefinição deve ser público e democrático, vindo a quebrar o monopólio de especialização²⁴¹ e transportar a produção de

237 BECK, Ulrich. Sociedade de... cit., p. 78.

238 “*Enquanto os riscos não forem cientificamente reconhecidos, eles não ‘existem’ – em todo caso, não em termos jurídicos, medicinais, tecnológicos e sociais, não sendo portanto evitados, manejados corrigidos*”. Ibid., p. 87.

239 Ibid., p. 83.

240 Ibid., p. 71.

241 “*Primeiro, as pessoas devem dizer adeus à noção de que as administrações e os especialistas sempre sabem exatamente, ou pelo menos melhor, o que é o certo e o bom para todos: desmonopolização da especialização*”. BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony; LASH, Scott. Op. cit. p. 53.

conhecimento para um campo mais dinâmico e menos burocrático²⁴², no qual a produção de conhecimento não está a serviço de uma finalidade produtiva.

PARTE III. EFEITOS IMEDIATOS DO RISCO NAS LEITURAS MODERNAS DE DIREITO PENAL

“O Direito Penal, dentro do grupo de candidatos ruins do Direito, na realidade, é o pior candidato para solucionar os problemas da sociedade de risco”.

CORNELIUS PRITTWITZ²⁴³

1. DIREITO, POLÍTICA CRIMINAL E RISCO

Ao passo de tudo exposto, fica evidente a relevância da análise de risco na construção das instituições sociais. Nesse sentido, e caminhando para o objeto aqui em análise, podemos facilmente observar os efeitos do risco no ordenamento normativo; ainda mais relevantes se observarmos o Direito como um dos *sistemas peritos*, aos quais compete a crença de que se pauta o avanço sempre pelas mais acertadas premissas. Assim também Roxin, reiteradamente tratado nesse estudo, ao asseverar que “a ideia do risco vai, como se sabe, bem além da esfera da dogmática jurídico-penal, e tematiza problemas fundamentais da sociedade moderna e de seu direcionamento”²⁴⁴.

Retomando esse debate, é de primeira importância reconhecer o controle administrativo – e, desta forma, o Direito – como uma manifestação do poder estatal, à maneira da qual o Estado central coordena e supervisiona os seus individuais; isso tudo dentro das dinâmicas aqui já debatidas.

Nesse sentido, Giddens pontua duas modalidades dessa supervisão, sendo uma primeira direta, relacionada às prisões, escolas e afins – conforme a lógica foucaultiana –, e uma segunda indireta, direcionada ao controle da informação circulada²⁴⁵. Ainda que se tenha argumentado a perda de poder estatal,

242 Neste sentido: “O apelo à natureza e à experiência, a insistência sobre a necessidade das observações, a avaliação da importância das abstrações não implicam, absolutamente, enquanto tais, a adesão à imagem de uma ciência que tenha caráter público, que seja baseada na colaboração e na divulgação dos resultados”. ROSSI, Paolo. Naufrágio sem espectador: a ideia de progresso. São Paulo: Editora Unesp, 2000. p. 48

243 PRITTWITZ, Cornelius. A função do direito penal na sociedade globalizada do risco -defesa de um papel necessariamente modesto. In: AMBOS, Kai; BÖHM, Maria Laura (coords.). Desenvolvimentos atuais das ciências criminais na Alemanha – 1.ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013. p. 61.

244 ROXIN, Claus. Estudos ... cit., p. 80.

245 “O sistema administrativo do Estado capitalista, e dos Estados modernos em geral, tem que ser interpretado em termos do controle coordenado que ele consegue sobre arenas territoriais delimitadas. (...) Tal concentração administrativa depende, por sua vez, do desenvolvimento

reconhece-se também que, em alguns pontos específicos, os fatores de territorialidade e de titularidade dos meios de violência fazem do Estado um objeto relevante para controle social²⁴⁶.

O cálculo do risco, sendo essa uma categoria argumentativa, permite ao Estado tratar de um futuro incerto a partir das promessas institucionalizadas de segurança. Sendo ele o titular desta prerrogativa, pode se valer de regras gerais de comportamento sob a premissa de estar buscando remediar o perigo constante; uma vez que, como demonstrado, há uma crescente tendência à chamada da sociedade para que o Estado se torne o gestor dos riscos perceptíveis em nosso cotidiano.

Não por outro motivo, alguns indicam uma “*tendência ao totalitarismo ‘legítimo’ da defesa diante do perigo*”²⁴⁷, tornando-se o Direito um véu legitimador para comandos de *dever ser* que, a fundo, nada são do que exercícios de um poder vigente, um resultado finalístico de toda a construção social moderna²⁴⁸. Nesse sentido, se o homem moderno se resume a alguém que primazia sua individualidade, mergulhado em um padrão globalizado de consumo, de uma sociedade na qual a energia motriz se dá pela inovação tecnológica (que gera maior produção, que favorece mais consumo), cabendo ao Estado apenas a gerência dos riscos criados pelo próprio sistema, não podemos esperar nada diferente do Direito construído dentro desta modernidade. Ainda que revestido de símbolos e discursos empolados, o Direito tem uma clara função ideológica²⁴⁹, capaz de legitimar os mais diversos absurdos²⁵⁰.

Para retomar Beck, na sociedade de risco não apenas as formas organizacionais vertem-se à lógica atuarial, mas também os “princípios e categorias

de condições de vigilância bem além daquelas características das civilizações tradicionais, e o aparato de vigilância constitui uma terceira dimensão institucional associada, como o capitalismo e o industrialismo à ascensão da modernidade (...). A supervisão pode ser direta (como em muitas instâncias discutidas por Foucault, tais como prisões, escolas e locais de trabalho abertos) mas, mais caracteristicamente, ela é indireta e baseada no controle da informação”. GIDDENS, Anthony. Op. cit. p. 69 e 70.

246 Ibid., p. 82 e 83.

247 BECK, Ulrich. Sociedade de... cit. p. 97 e 98.

248 “Preocupa-nos muito a maneira pela qual os humanos normatizam a própria vida, porque normatizar significa estabelecer aquilo que deve ser. Grande parte da cultura é formada pela imposição do que deve ser. Temos uma concepção tradicional da norma, como expressão daquilo que deve ser. Nesse sentido, a vida normativa se opõe ao ser das relações materiais da sociedade”. ALVES, Alaôr Caffé. Op. cit., p. 44.

249 BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. E quando o Estado desaparece numa ordem capitalista? In: ALVES, et al. Direito, sociedade e economia: leituras marxistas. São Paulo: Manole, 2005. p. 97.

250 Em crítica episódica, Prittwitz pontuou: “Por uma parte, sim, não se pode negar que os juristas, tanto no passado como em nossos tempos, têm tido o papel de legitimar o que quer o poder. Basta mencionar o papel – sejamos cautelosos – discutível de algum dos nossos colegas norte-americanos, das melhores universidades, que têm legitimado até a tortura”. PRITTWITZ, Cornelius. Op. cit., p. 57.

éticos e legais, como responsabilidade, culpa e o princípio de punir²⁵¹; tudo é preenchido, em diferentes medidas, pela incerteza e a falta de controle. Em face disso, podemos observar que os defensores da segurança não seguem os mesmos rumos que os detentores da produção e das riquezas econômicas, na medida em que o ordenamento jurídico positivado atende às prerrogativas desta sociedade pós-industrial, sancionando e legitimando as desvantagens e ameaças do sistema produtivo²⁵². O Direito é incapaz de trazer a segurança pois, ao se tornar a ferramenta para controle de riscos, reproduz a natureza de *autoconfrontação* neles contida, e, por fim, se torna inócuo em eliminar inseguranças ou garantir comportamentos²⁵³.

Essa codificação, da qual os pressupostos sociais se condensam em normas de *dever ser*, atende à lógica estamentária; o Direito, e por consequência as normas, apresenta-se não como um objeto em si (longe daquele Direito puro positivista), mas como uma construção argumentativa. Tércio Sampaio Ferraz Júnior coloca que a interpretação jurídica não está estritamente condicionada ao pensamento do legislador, ou à fatores objetivos da realidade, mas sim a uma relação de poder de violência simbólica²⁵⁴; essa, uma faceta do controle da informação, conforme também colocado anteriormente por Giddens.

Esse debate do Direito enquanto expressão de poder²⁵⁵ não é novo na doutrina jurídica. A noção do que é justo, por si, já remonta a uma categoria social conturbada, aceita-se uma concepção política de justiça que se adequa às necessidades daquela sociedade²⁵⁶. Partindo desta lógica, John Rawls argumenta que há uma deliberação racional na qual a maioria dos fins desejados por um e outro lado são atendidos, visando dar a elementos políticos de maior relevância plural um verniz de legitimidade política²⁵⁷. Essa aparente legalidade, inculpada a partir de um consenso, permite ao cidadão comum crer que o

251 BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony; LASH, Scott. Op. cit. p. 25

252 Ibid., p. 36

253 CAMPILONGO, Celso Fernandes. Op. cit. p. 160.

254 FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação. São Paulo: Atlas, 2013. p. 249.

255 *“A interpretação não é verdadeira nem por fidelidade ao pensamento do legislador e nem por fidelidade aos fatores objetivos da realidade, mas à medida que serve congruentemente a uma relação de poder de violência simbólica. É um discurso de poder ou de para-poder”*. Ibid. Também em: FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Argumentação jurídica – 2. ed. São Paulo: Manole, 2016. p. 53.

256 RAWLS, John. Justiça como equidade: uma reformulação. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 119.

257 *“Dizemos, pois, que as partes dispõem desse tipo de conhecimento geral e empregam esse tipo de argumentação. Isso impede que doutrinas religiosas e filosóficas abrangentes (toda a verdade, por assim dizer) sejam definidas como razões públicas. O mesmo vale para teorias econômicas muito elaboradas sobre equilíbrio geral e coisas do gênero, caso haja divergências em torno delas. Se estamos falando de razão pública, o conhecimento e os modos de argumentação – as verdades incontroversas que agora são de conhecimento comum e que estão disponíveis para todos os cidadãos – que fundamentam a escolha que as partes fazem de princípios de justiça têm de ser*

conjunto de leis criadas são fruto do melhor juízo, fazendo com que a “*dominação legal*”²⁵⁸ sob ele projetada seja aceitável.

A esse fenômeno, Jürgen Habermas condiciona uma fé nas ordens prescritas, seja pela competência daqueles que as delegam, ou ainda pela sua finalidade de atender a uma insurgência social. Por esse motivo, o que chamamos de *racionalidade do direito* não se trata de uma categoria nascida de uma moral maior, mas tão somente um trabalho intelectual técnico, regulam-se meios para atender a fins específicos, a partir de valores previamente fixados²⁵⁹. A questão é de primeira importância para entender como o risco permeia o discurso jurídico, nascendo de uma categoria puramente valorativa para, dentro de um processo formalístico, assumir contornos de um comando normativo. Sob esta construção, Habermas postula que:

*(...) se as qualidades formais do direito são encontráveis na dimensão dos processos institucionalizados juridicamente, e se esses processos regulam discursos jurídicos que, por seu turno, são permeáveis a argumentações morais, então pode-se adotar a seguinte hipótese: a legitimidade pode ser obtida através da legalidade, na medida em que os processos para a produção de normas jurídicas são racionais no sentido de uma razão prático-moral procedimental. A legitimidade da legalidade resulta do entrelaçamento entre processos jurídicos e uma argumentação moral que obedece à sua própria racionalidade procedimental.*²⁶⁰

Sobre essa máxima, cumpre reiterar a lógica do Direito como um *sistema perito*, e de seus operadores enquanto especialistas abertos às mesmas dinâmicas da argumentação do risco sob bases instáveis; tudo para um fim predeterminado de controle social. O problema é assumido pelos seus próprios operadores, representados em correntes modernas de interpretação do direito, nas quais acredita-se que, por exemplo, uma decisão jurídica parte da subsunção de fato

acessíveis à razão comum dos cidadãos. Caso contrário, a concepção política não proporciona uma base de legitimidade política”. Ibid., p. 127.

258 *“Max Weber interpreta as ordens estatais das sociedades ocidentais modernas como desdobramentos da ‘dominação legal’. Porque a sua legitimidade depende da fé na legalidade do exercício de poder. Segundo ele, a dominação legal adquire um caráter racional, pois a fé na legalidade das ordens prescritas e na competência dos que foram chamados a exercer o poder não se confunde simplesmente com a fé na tradição ou no carisma, uma vez que ela tem a ver com a racionalidade que habita na forma do direito e que legitima o poder exercido nas formas legais” (...)(...)Max Weber introduziu um conceito positivista do direito, segundo o qual o direito é aquilo que o legislador, democraticamente legitimado ou não, estabelece como direito, seguindo um processo institucionalizado juridicamente. Sob esta premissa, a força legitimadora da forma jurídica não deriva de um possível parentesco com a moral”. HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia: entre facticidade e validade, vol. II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p. 193.*

259 HABERMAS, Jürgen. Op. cit., p. 197 e 198.

260 HABERMAS, Jürgen. Op. cit., p. 203.

à norma representa uma ingenuidade de quem assim pensa²⁶¹; hoje, é mais crível a percepção de que o próprio juiz que cria o Direito²⁶².

Os parâmetros dessa construção – de *ser* e *dever ser*, de *verdade* e *direito* – não remontam à própria estrutura do mundo, de uma raiz naturalística do Direito, mas de uma constante mutação histórica, da evolução social²⁶³. Conforme lecionado por Luhmann, a fundamentação normativa não está condicionada a uma hierarquia de fontes do direito, mas sim a um processo reflexivo de expectativas, atendendo às mais diferenciadas exigências sociais²⁶⁴, consolidadas a partir de estratégias de minimizações de riscos²⁶⁵.

Posto isso, a norma é uma expectativa de comportamento estabilizada em termos contrafáticos, sendo indiferente se há ou não sua satisfação fática, sua verificação no campo do real²⁶⁶. Para cada conduta indesejada na sociedade é possível, através da linguagem jurídica²⁶⁷, escolher rapidamente um código impeditivo “*de antecipação da absorção de desapontamentos*”²⁶⁸; restando evidente o caráter funcional do Direito, seu uso para solução de um determinado problema, em atenção à interesses específicos.

Essa atenção especial ganha contornos ainda mais nebulosos quando validada pela premissa de que o Direito “é só, nem fundamentalmente, uma ordem de consenso ou de consensos”²⁶⁹, de modo tal que todo arcabouço normativo opera com a finalidade de resolver dissensos, nos quais um pequeno consenso pode servir plenamente de fundamento para o resultado desejado²⁷⁰, como se o magistrado fizesse o seu juízo de mérito antes mesmo de dizer do Direito envolvido às partes. Por esse motivo, a norma pode ser concebida como “nor-

261 HASSEMER, Winfried. Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002. p. 282

262 HASSEMER, Winfried. Op. cit., p. 283. Neste mesmo sentido, ao observar a maneira com a qual o risco molda também a atividade do magistrado, Erbetta argumenta que: “*No solo respecto a la construcción de la dimensión subjetiva de la seguridad (sensación de miedo o alarma al delito) sino, además, como factor condicionante en la configuración de la política criminal práctica. Como si fuera poco, es significativa su influencia en los criterios de aplicación de la ley por los tribunales*”. ERBETTA, Daniel. ¿Expansión penal o derecho penal mínimo? El estado actual de la legislación penal argentina y los fundamentos y lineamientos generales del anteproyecto de reforma integral al código penal. In: Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Contribuciones críticas al sistema penal de la post modernidad. Santiago de Chile: Universidad Central de Chile, 2007. p. 228.

263 LUHMANN, Niklas. Sociologia do direito, vol. I. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983. p. 58.

264 LUHMANN, Niklas. Op. cit., p. 66.

265 Ibid., p. 62

266 LUHMANN, Niklas. Op. cit., p. 57.

267 Ibid., p. 54.

268 Ibid., p. 56

269 COSTA, José Francisco de Faria. O perigo em direito penal. Coimbra: Coimbra Editora, 1992. p. 31

270 Ibid., p. 33.

ma material de imposição²⁷¹, na qual sua legitimação como comando só se dá em face da “relacionação que estabelece com outros nódulos problemáticos”²⁷².

Especificamente na seara penal, a construção do Direito se dá sob essas mesmas premissas. Santiago Mir Puig é categórico ao afirmar que não há nada puramente normativo, ausente de sedimentação em comportamentos sociais, sendo as instituições e as próprias leis uma construção puramente cognitiva²⁷³; dentro de uma lógica quase fenomenológica. Em face disso, Mir Puig defende que o Direito se resume diretamente à função que decidimos lhe dar, assim como o Direito Penal, sendo essas categorias o resultado formal de uma opção política²⁷⁴, algo perfeitamente traduzido na máxima: as normas jurídicas não são um fim em si mesmo, elas não servem para justificar a intervenção penal; o Direito Penal é um mal necessário²⁷⁵.

Pacificada essa premissa na base das teorias social e política, temos a resultante de uma sociedade na qual se argumenta o risco como categoria de controle, positivado por um Direito que, em sua gênese, está direcionado para a *absorção de desapontamentos* (algo que parece próprio da lógica de risco). Com isso em mãos, resta retomar o questionamento de quem é o árbitro do risco social, como se dá a determinação de um risco como inaceitável à sociedade. A tríade tecnologia-produção-consumo, basilar na construção da modernidade, chama o Estado a atuar constantemente para manutenção do *status quo*;

271 Ibid., p. 42.

272 Ibid., p. 44.

273 “1) *Todo hecho social, incluso los más complejos, como los institucionales, requiere alguna base física. En la terminología que solemos usar los penalistas: no hay nada puramente normativo.* 2) *Todos los hechos institucionales tienen algo de normativo, puesto que presuponen reglas constitutivas que son las que les atribuyen su sentido específico.* 3) *Las normas jurídicas son hechos institucionales creados por los legisladores que a su vez operan como reglas constitutivas de otros hechos institucionales, como la asignación del status de delito a determinadas conductas, pero que pueden (y generalmente creemos que deben) operar también como reglas regulativas que tratan de influir empíricamente (y no sólo simbólicamente) en los comportamientos físicos y sociales de los ciudadanos.* 4) *Los seres humanos son el soporte físico y mental de los hechos sociales, incluidos los institucionales, cuya propia existencia se debe al acuerdo de seres humanos*”. MIR PUIG, Santiago. *Límites del normativismo ... cit.*, p. 41 e 42.

274 “*La combinación de elementos físicos y normativos que caracteriza toda realidad social debe tenerse en cuenta en todo análisis jurídico, empezando por el de la función del Derecho. Si todo hecho institucional se construye por la asignación de una función, el sentido del Derecho dependerá en primer lugar de la función que le atribuyamos. Aquí partimos de que el Derecho es una construcción humana caracterizada por la función de regular la vida de los seres humanos. También el Derecho penal tiene tal función. Hay diferentes formas de concretar esta función, que en última instancia dependen de la orientación política del Estado*”. Ibid., p. 42.

275 “*Ello no puede aceptarse desde una perspectiva democrática. Las normas jurídicas no son un fin en sí mismo, sino un mal necesario al que sólo es lícito acudir cuando no hay otro remedio, cuando la restricción de la libertad es necesaria, idónea y proporcionada para el mantenimiento de intereses fundamentales de los individuos. Las normas jurídicas no son un bien en sí mismas que sirva para justificar la intervención penal, sino, al contrario, un mal necesitado de justificación*”. Ibid., p. 46.

até porque, todo desequilíbrio das relações de mercado reverbera em consequências sociais²⁷⁶.

Dentro de um contexto no qual esse Estado se encontra em alcance diminuído, mas fortalecido em seu monopólio da violência, recai no Direito a responsabilidade de conter os riscos a partir de seu arcabouço normativo²⁷⁷; em especial, à seara do Direito Penal, como aqui defendido. Nesse tocante que Daniel Erbetta percebe, nessa sociedade moderna, uma crença de que o fator segurança se traduz unicamente no risco que vivemos em sair à rua e sermos vítimas de um crime contra a vida, ou contra a propriedade, sendo dever do Estado – e suas instituições – a presença intensa para defesa de nossa integridade²⁷⁸; como se a existência de uma lei se assemelhasse a de um vigilante constante a apaziguar nossas inquietudes. Nas palavras de Paulo Silva Fernandes, “discurso do risco começa ali onde a crença na segurança termina”²⁷⁹.

Sobre essa mesma lógica, ao debater o surgimento de uma *criminalidade de fraude* – categoria própria da formalização moderna de um Direito Penal Econômico –, Michel Foucault o relaciona ao “desenvolvimento da produção, aumento das riquezas, uma valorização jurídica e moral maior das relações de propriedade, métodos de vigilância mais rigorosos, um policiamento mais estreito da população, técnicas mais bem ajustadas, de descoberta de captura, de informação”²⁸⁰, o que Francisco Munõz Conde aponta como uma valoriza-

276 Em igual sentido: “*Todo desequilíbrio ligado ao funcionamento do mercado ameaça a sociedade submetida a ele. Inflação, desemprego, crise de crédito internacional, crash financeiro, todos esses fenômenos econômicos atingem diretamente a sociedade e, portanto, exigem defesas políticas*”. DARDOT, Pierre. A nova razão do mundo: ensaio sobre a sociedade neoliberal. São Paulo: Boitempo, 2016. p. 65.

277 Assim trabalhado em: “*Para que a sociedade inteira se organize de acordo com a ficção da mercadoria, para que se constitua como uma grande máquina de produção e troca, a intervenção do Estado é indispensável, não apenas no plano legislativo, para fixar o direito de propriedade e contrato, mas também no plano administrativo, para instaurar nas relações sociais regras múltiplas necessárias ao funcionamento do mercado concorrencial e fazer com que sejam respeitadas*”. Ibid., p. 64.

278 “*En nuestra región se ha instalado una versión lineal y muy difundida, especialmente por los medios de comunicación, según la cual la seguridad se reduce al orden en las calles y se asocia al riesgo de ser víctima de un ataque a la integridad física o la propiedad. Se piensa el crecimiento de la inseguridad como una fuerza que sólo puede ser resistida con un uso más intenso de las instituciones de seguridad y que tiene como correlato el incremento de las penas, la reducción de las garantías y la ampliación de las facultades policiales. Se alimenta, de este modo, la idea de guerra en la que, paradójicamente, los “derechos” son percibidos como obstáculos a una supuesta solución simple y no como los bienes a proteger.*”. ERBETTA, Daniel. Op. cit., p. 227.

279 FERNANDES, Paulo Silva. Globalização, “sociedade de risco” e o futuro do direito penal: panorâmica de alguns problemas comuns. Coimbra: Almedina, 2001. P. 59. Apud.: SOUZA, Luciano Anderson de. Expansão do Direito Penal e globalização. São Paulo: Quartier Latin: 2007. p. 108.

280 FOUCAULT, Michel. Vigiar e punir: nascimento da prisão, 7ª Ed. Petrópolis: Editora Vozes, 1989. p. 72.

ção da *segurança* acima de qualquer outro valor social²⁸¹. Essa síntese é certa na tônica que se dá a toda nova categoria de *colarinho branco* desenvolvida a partir da década 30, e parece concatenar bem também as categorias sociológicas trazidas até aqui, assim como os efeitos aos quais se debaterá adiante.

Roxin, ao defender o mergulho da política-criminal na dogmática, e a interpretação da segunda pela primeira, destacou também a relevância que a criminologia poderia assumir em tal esforço²⁸². Ocorre que, mesmo quando voltados a ela, as respostas continuam a apontar para a ineficácia do sistema, para os graves e danosos efeitos do processo de criminalização, bem como a questão do perigo como ponto obtuso de um Direito Penal que se pretende democrático. Caminhando em tais considerações, elencam-se as de Stanley Cohen, na análise de como a sensação de perigo se transforma em comando impeditivo; que acertadamente traz uma noção aprofundada sobre o processo, tratado a partir de diferentes lentes focais.

Para esse autor, há, na sociedade, uma sucessão de ondas do chamado *pânico moral*, no qual uma condição específica, uma pessoa ou grupo são estereotipados pela mídia de massas para se traduzir em um objeto de grande ameaça aos valores sociais. O caminho entre o chamado *comportamento desviante* e a criação de uma norma neutralizadora se faz por seis distintos passos, até se consolidar o controle social; calcados, majoritariamente, a partir de determinantes do comportamento coletivo²⁸³.

Desses seis momentos, o primeiro remonta às *condições favoráveis estruturais*, nos quais há a possibilidade de confronto social de ideias divergentes, fazendo com que premissas tidas por desviantes de um comportamento majoritário recebam constantes cargas de repulsa nas dinâmicas sociais cotidianas²⁸⁴; há uma permissividade em soterrar quaisquer divergências culturais. Com esse campo favorável à crítica pejorativa do diferente, o passo seguinte é o da *tensão estrutural*, na qual algum episódio simbólico passa a representar um risco à estrutura-padrão social²⁸⁵. Na sequência, há o *crescimento e propagação de uma crença generalizada*, no qual um valor puramente moral passa a simbolizar o risco sentido pela conduta desviante²⁸⁶, fazendo com que aqueles que

281 MUÑOZ CONDE, Francisco. El nuevo Derecho penal autoritário. In: MUÑOZ CONDE, Francisco; LOSANO, Mario G. (coord.). El derecho ante la globalización y el terrorismo. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004. p. 82.

282 ROXIN, Claus. Estudos ... cit., p. 99.

283 COHEN, Stanley. Folk devils and moral panics, 3ª ed. Nova Iorque: Routledge, 2002. p. 10.

284 Idem.

285 Idem.

286 Idem.

se sentem ameaçados pelo desvio se unam em torno de uma crença, de alegorias, com viés de demonizar o grupo alvo (ou ideia alvo, ou indivíduo alvo). Com isso, advém os *fatores precipitantes* que ratificam toda a crença construída ao redor daquela ideia abjeta inicial²⁸⁷, como se todo o esforço de apontar o risco daquela conduta se tornasse legítimo, pois uma dada experiência lastreia a assertiva. O passo seguinte é a *mobilização dos participantes para ação*, no qual aqueles que compartilham da ideia disseminada passam a se organizar para responder à *tensão* e ao *fator precipitante*²⁸⁸, esses grupos sociais, somados à massificação da ideia pela mídia, requerem o esforço máximo do Estado em reprimir a conduta indesejada – querem a atuação da *ultima ratio*, e todo seu arcabouço punitivo; para ter a certeza que o melhor dos esforços foi lançado no controle do perigo. Com isso, por fim, alcançamos a fase de *operação do controle social*, no qual as instituições centrais, legitimadas pela massa organizada social, impõe a norma mais dura e sacramenta a marginalização do grupo ou ideia²⁸⁹.

Nessa mesma linha, e ainda que aqui apresentada em grande síntese, esta teoria do *pânico moral* é apta a diagnosticar com exatidão os processos de criminalização para efetivação do controle social; em especial nessa sociedade aqui desenhada. Essa extensa e minuciosa construção de Cohen é, de forma sintética, igualmente acompanhada por demais teóricos do Direito Penal, ao melhor exemplo de Hassemer, sendo ele muito eloquente ao atestar que a política, e incidentemente o próprio Direito Penal, não somente é uma questão de poder e interesses, mas também de elaboração e destruição de símbolos, aptos a construir uma realidade aparente ou justificar juízos normativos²⁹⁰, tudo a depender do interesse que se debruça.

A construção dessa lógica parece ser compartilhada também por muitos acadêmicos na criminologia, destacando-se a lógica de Cristina Rauter ao afirmar que “a anormalidade do criminoso e a anormalidade social são na verdade concepções indissociáveis, partes de uma estratégia que arma o Judiciário de maior poder de repressão e controle social”²⁹¹, ou ainda Alessandro de Giorgi pontuando que “o controle do desvio enquanto legitimação aparente das instituições penais constitui, pois, uma construção social por meio da qual as classes dominantes preservam as bases materiais da sua própria dominação”, concluindo-

287 Ibid., p. 11.

288 Idem.

289 Idem.

290 HASSEMER, Winfried. Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos. In: BUSTOS RAMÍREZ, Juan (dir.) Pena y Estado: Función simbólica de la pena. Santiago de Chile: Editorial Jurídica ConoSur Ltda., 1995. p. 24.

291 RAUTER, Cristina. Criminologia e subjetividade no Brasil. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p. 57.

do adiante, “em outras palavras, numa sociedade capitalista o direito penal não pode ser colocado a serviço de um ‘interesse geral’ inexistente: ele se torna, necessariamente, a expressão de um poder de classe”²⁹².

Ainda no aporte criminológico, com foco na contenção do risco, Sérgio Shecaira argumenta a existência de uma *pauta de conduta transmitida e aprendida na sociedade*, como um conjunto de juízos morais previamente estabelecidos, nos quais aqueles que não se conformam aos seus postulados se colocam na mira do ordenamento jurídico²⁹³. Essa *pauta de conduta*, sem dúvida, é construída a partir dessas próprias premissas sociais da modernidade, aqui argumentadas, nas quais as instituições centrais, como o direito, política, moralidade, religião e afins, se adaptam às condições da vida econômica e modulam suas formas e valores de acordo com o modo dominante de produção²⁹⁴.

Não obstante, é certo que, mesmo diante de tamanhas e variadas considerações, há ainda leituras que mantêm firmes os comandos normativos voltados para contenção do risco, sendo indiferente sua eficácia ou seus efeitos transversos. Naquela visão já sublinhada de Jakobs, o risco permitido pela norma não orbita a proteção de bens específicos, mas sim o contexto de interação social²⁹⁵, lembrando que a interação social em questão sempre se define no âmbito das expectativas pré-jurídicas, sendo irrelevante, por exemplo, se um determinado sujeito entende que sua conduta pode ser considerada lícita desde que, para o restante da sociedade, o ato em objeto seja passível de imputação²⁹⁶. Para outros defensores de um Direito Penal tutor dos riscos sociais, ainda que não entregues à noção de um Direito Penal do inimigo, há uma argumentação de “ação a qualquer custo”, uma lógica que busca a dogmática penal de *ultima ratio* e à delega para uma “função protetora”²⁹⁷.

292 GIORGI, Alessandro de. A miséria governada através do sistema penal. Rio de Janeiro: Revan, 2006. p. 36.

293 SHECAIRA, Sérgio S. Criminologia. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 56.

294 GARLAND, David. Castigo y sociedad moderna. Madrid: Siglo Vientiuno, 1999. p. 107.

295 JAKOBS, Günther. A imputação ... cit., p. 36.

296 V.g.: “*La vida en sociedad, con todas sus interacciones, se desarrolla con base em expectativas, y las normas son “estructuras sociales transmitidas por comunicación”. La comunicación, entonces, es un instrumento básico de la interacción, en el cual cuenta no solamente la perspectiva de quien actúa, sino también la de los demás miembros de la sociedad. Este concepto juega un papel importante en el sistema de GÜNTHER JAKOBS, porque concibe la acción como un acto comunicativamente relevante. Ello significa que el suceso no puede interpretarse como una relación individual entre el sujeto y el quebranto de una norma (como lo hizo la escuela de ARMIN KAUFMANN, con base en una teoría imperativa de la norma). El sentido de un comportamiento no se determina por la particular concepción que el sujeto tenga sobre él mismo, ni tampoco con base en estructuras prejurídicas. La acción debe buscarse dentro de la sociedad y no antes de ella.*”. LYNETT, Eduardo Montealegre. Op. cit., p. 28.

297 Exemplar disso: “(...) *la función del Derecho penal no sólo se concentra en la lesión efectiva de bienes jurídicos, sino antes bien también se le atribuye una función preventiva la cual obviamente no se*

Ao passo de tudo exposto, não resta dúvida de que as dinâmicas sociais emanam as bases do Direito que será construído. Se, para essa nossa sociedade atual, o risco é o catalizador das relações pessoais e institucionais, e tendo em vista que sua percepção e demonstração são argumentativas, chegamos ao resultado final em que a norma positivada busca atender uma expectativa de contenção do perigo compartilhado pela sociedade²⁹⁸. Essa dada sociedade, a partir de seus centros de poder e de controle, passa a arbitrar quais são os riscos toleráveis para o seu pleno funcionamento; restando prejudicadas as pautas daqueles mais distantes do centro de controle, e em maior evidência os riscos que atentam contra o *status quo* desta construção mercadológica de Estado²⁹⁹, a partir da centralidade das relações de consumo³⁰⁰.

2. A CONSTRUÇÃO DE UM DIREITO PENAL DE PERIGO

evidente que esse cenário desenhado acaba por encontrar o mais claro de seus reflexos quando sobreposto às dinâmicas próprias da seara penal. De fato, foi o Direito Penal que melhor se curvou às dinâmicas da sociedade de risco, para calibrar a construção de sua política criminal – com novas técnicas processuais, dogmáticas, tipificações e afins – com a finalidade de cumprir o novo cabedal de demandas sociais na modernidade³⁰¹.

Pode-se argumentar ainda o motivo de tais disposições recaírem com tanta força sobre o Direito Penal, e não em igual intensidade às demais áreas jurídicas. Mendoza Buergo, ao observar as demais opções aptas às dinâmicas da sociedade moderna, valora que ou essas parecem insuficientes na contenção do

puede reducir únicamente a evitar futuras lesiones a través de una prevención general, sino que se precisa también que el Derecho penal reaccione antes de la lesión de bienes fundamentales, pues en los casos de una intervención posterior, trae consigo consecuencias irreparables, por lo que bajo una función protectora, el Derecho penal debe intervenir antes los riesgos que se planteen, en la sociedad actual". COLINA RAMÍREZ, Edgar Iván. Op. cit., p. 101.

298 “(...) o aumento do bem-estar social e o aumento dos riscos condicionam mutuamente um ao outro. Na medida em que isso se torna (publicamente) consciente, os defensores da segurança não estão mais no mesmo barco que os planejadores e produtores da riqueza econômica. A coalizção da tecnologia e da economia fica abalada, porque a tecnologia pode aumentar a produtividade, mas ao mesmo tempo coloca em risco a legitimidade. A ordem judicial não estimula mais a paz social, pois sanciona e legitima as desvantagens juntamente com as ameaças e assim por diante”. BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony; LASH, Scott. Op. cit., p. 36.

299 “O direito acaba funcionando sim, e o discurso do direito serve para isso, como um mecanismo de contenção das reivindicações sociais, na medida em que serve para causar uma certa estagnação da ideologia reinante, com vistas à contenção das transformações sociais, enquanto o sistema se mantém na estagnação dos interesses de elites”. BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. Op. cit., p. 97.

300 BECK, Ulrich. Sociedade de... cit., p. 28.

301 “(...) sociedade do risco é uma expressão cunhada sociologicamente e que encontrou guarida no Direito Penal em termos de direcionar uma possível política criminal capaz de dar respostas ou indicar caminhos para as atuais demandas da sociedade a qual se dirige, presidindo, eventualmente, a formulação de novos tipos penais, aptos a proteger hodiernos bens jurídicos”. SOUZA, Luciano Anderson de. Expansão do Direito Penal e globalização. São Paulo: Quartir Latin: 2007. p. 116.

risco, ou se encontram desprestigiadas, podendo-se elencar às opções suscitadas a ética social, o Direito Civil e o Direito Administrativo³⁰². Nos concentraremos, para a fundamentação jurídica, nas duas últimas.

Ainda na análise de Mendoza Buergo, o Direito Civil falha em atender plenamente estas reivindicações pela forma como trata o dano, sendo este verificado a partir de uma valoração objetiva da responsabilidade do agente. Desta forma, não seria possível a verificação subjetiva nos níveis de diligência empregados pelo criador do dano, e, subsequentemente, tão pouco o cálculo sensível para a quantificação correta de indenização cabível. Sem ferramenta que possibilite a valoração subjetiva, não se dá forma a um perigo que, em sua essência, é igualmente subjetivo³⁰³.

No que tange o Direito Administrativo, a autora sustenta que há uma névoa de desconfiança sob as instituições reguladoras, próprias da seara administrativa. Teriam sido estas mesmas instituições, cuja finalidade estaria na contenção de descaminhos no mercado financeiro, processos corruptivos na administração públicas e afins, que acabaram por permitir os casos mais sintomáticos vivenciados recentemente em escândalos do gênero. Mendoza Buergo afirma que as ferramentas bases do Direito Administrativo, como a burocratização e a sanção pecuniária, não se mostram suficientes na coerção destes crimes da modernidade³⁰⁴.

Outro elemento que se destaca dessa sobreposição do Direito Penal, desponha da ideia de que a sociedade atual não mais está condicionada a encarar episódios de dano a um bem como mero *accidente*. A psicologia social já con-

302 “En efecto, tales datos podrían conducir ciertamente a una expansión de los mecanismos de protección no jurídicos, o incluso de los jurídicos, pero no necesariamente de los jurídico-penales. Ocorre, sin embargo, que tales opciones o son inexistentes, o parecen insuficientes, o se hallan desprestigiadas. Nos referimos a la ética social, al Derecho civil y al Derecho administrativo”. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. Aproximación al derecho penal contemporáneo. Madrid: Civitas Ediciones, 2001. p. 61.

303 “lo que hace al Derecho civil de daños, es más que discutible que éste, dada su tendencia a la objetivización de la responsabilidad, pueda expresar la reprobación que es necesario manifestar ante determinados hechos. Algo que resulta especialmente patente en la evolución del Derecho de daños desde el ‘modelo de la responsabilidad’ al ‘modelo del seguro’. Desde este modelo, en efecto, puede dudarse de que el Derecho civil esté en condiciones de garantizar dos de los aspectos, a mi juicio, fundamentales de su función político-jurídica clásica. Así, por un lado, si el daño está asegurado es casi inevitable que disminuyan los niveles de diligencia del agente; pues el montante de la indemnización habrá de afrontarlo la aseguradora, siendo su repercusión individual, en el peor de los casos, la derivada de un incremento general de primas (...) Todo lo cual, por lo demás, intensifica la pérdida de contenido valorativo de la responsabilidad civil que se inicia tan pronto como ésta abandona la idea de culpa”. Ibid. p. 63 e 64.

304 “al Derecho administrativo, el recurso al principio de oportunidad, al que se han ido sumando la imparable burocratización y, sobre todo, la corrupción han sumido en un creciente descrédito a los instrumentos de protección específicos de este sector (ya preventivos, ya sancionatorios). Se desconfía —con mayor o menor razón, según las ocasiones— de las Administraciones públicas en las que, más que medios de protección, se tiende a buscar cómplices de delitos socio-económicos de signo diverso”. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. Op. cit. p. 64 e 65.

firma que o esforço maior do indivíduo perante uma tragédia é de encontrar um culpado³⁰⁵, corporificar a responsabilidade em algum sujeito, de forma que absolutamente toda lesão verificada se transforma em um *injusto*; não se admite o caso fortuito, o acidente, sempre alguém deve ter assumido um risco proibido para dar causa ao resultado. A lógica desse extremismo está no câmbio de perspectivas, no qual não se busca mais aquilo que é bom para o bem-estar humano, mas de impedir que ocorra o pior para este; e os reflexos disso são certos na forma com a qual se constrói a política criminal, bem como seu uso como um tranquilizador social³⁰⁶.

Não se ignora também que as novas formas de organização dessa modernidade competem para esse processo de obsolescência do Direito Penal³⁰⁷, algo observado na chamada *nova criminalidade*³⁰⁸. O melhor exemplo dessa assertiva está na estruturação empresarial extremamente ramificada, algo que, na análise de um crime empresarial, dificulta de sobremaneira indicar quem teve a con-

305 “puede calificarse como decisivo en la explicación del fenómeno que estamos tratando; se trata de la tendencia creciente, observable en la sociedad actual, de redefinir los acontecimientos lesivos como ‘injustos’, ya que cada vez parecemos menos dispuestos a considerar tales acontecimientos lesivos como meros ‘accidentes’. Ello favorecería la tendencia a imputar la realización del riesgo a autores individuales, atribuyendo a los mismos la autoría de acontecimientos lesivos que tal vez antes se habrían definido con ‘accidentes’, ya que la psicología social ha confirmado que cuando algo sale mal comienza la búsqueda de un culpable y se acaba en muchas ocasiones encontrando alguno, aunque sea de manera injusta”. MENDOZA BUERGO, Blanca. Op. cit. p. 43.

306 “Si la moderna sociedad del riesgo se caracteriza por la afloración de nuevos peligros para la vida, la salud o integridad, o las condiciones medioambientales entre otros posibles, nos encontraríamos con una sociedad en la que ya no se trata tanto de alcanzar lo ‘bueno’ para el bienestar humano, sino de impedir lo ‘peor’, por lo que resultaría natural ampliar y adelantar cada vez más la protección penal respecto de cada nuevo peligro. Así, se afirma a este respecto que en la política criminal influiría de modo absolutamente decisivo el rasgo característico de la sociedad del riesgo, ya mencionado, de la sensación de falta de seguridad subjetiva, que suscitaría la reacción de actuar a través del Derecho penal como medio ‘calmante’ de tal percepción de inseguridad”. MENDOZA BUERGO, Blanca. Op. cit. p. 46.

307 “Se o risco entrou no sistema penal, ocasionando a reviravolta do sistema clássico para um novo sistema de bases funcionais, dever-se-ão ser analisados os dois pontos principais desta mutação. Primeiramente, a tutela de novos bens jurídicos agora não mais concretos, mas diferenciados dos padrões clássicos neokantianos de valores ou finalistas ontológicos. Noutra vertente, vislumbra-se a modificação dos próprios sujeitos da intervenção penal, a qual passa a experimentar o convívio dos antigos tipos penais voltados às classes baixas e de massas de contorno tradicional como novos modelos incriminadores dirigidos às classes altas”. (...) os crimes fiscais ou empresariais utilizam-se das mesmas forças produtivas para serem perpetrados, posto que se a globalização impõe o distanciamento do homem de seu espaço-temporal, este mesmo processo facilita práticas até então inimagináveis. Estas mesmas práticas, ao menos para a manutenção do sistema produtivo, deverão ser coibidas e, para tal, será utilizado o mecanismo de tipificação penal. Este encontro – tipificação e novas formas delitivas – é a pedra de toque de toda a crise do sistema penal em sua contradição com o estágio atual de desenvolvimento”. SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. Tipicidade penal e sociedade de risco. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 99.

308 “(...) a nova criminalidade, sentida e percebida nas sociedades pós-industriais, muito propiciou a ampliação destes estudos”. SILVEIRA, Renato Mello de Jorge. Direito penal econômico como direito penal de perigo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 105.

duta determinante para o resultado crime, o responsável³⁰⁹. Mendoza Buergo aponta uma “irresponsabilidade organizada”³¹⁰, no sentido de que estruturas complexas empresariais dividem responsabilidades entre vários indivíduos, em uma cadeia cuja a conhecida especialização do trabalho dilui a responsabilidade penal de tal maneira que ou se entende que ninguém é culpado, por não haver a cabal *conditio sine qua non*, ou se entende que todos são culpados. Muitas vezes, a única certeza que se pode ter nos processos de criminalidade empresarial é de que “a conduta partiu de uma determinada pessoa jurídica, mas não se consegue particularizar a pessoa física autora que a concretizou”³¹¹.

Dessa forma, todas as reivindicações sociais para que o Estado gerencie esses riscos a partir de técnicas preventivas acaba por desaguar na seara penal³¹². A sensação de insegurança, aliada à aparente incapacidade de contenção dela por parte do restante das áreas jurídicas, relega ao Direito Penal a responsabilidade de agir em prevenção ao risco, na tutela de uma eventual lesão futura da qual a sociedade se vê desassossegada.

Conforme já trabalhado nas bases da sociedade de risco, e asseverado pela doutrina penal³¹³, essa sensação de insegurança dá a tônica das relações sociais e do próprio embrutecimento do Estado, na medida em que se recorre em frequência cada vez maior ao legislador, requerendo a edição de novas leis, nominalmente penais³¹⁴, na ideia de que apenas a *ultima ratio* do ordenamento jurídico possa conter, sob a imposição do cárcere, riscos que venham a atentar contra o funcionamento ordeiro de nossas vidas; nas palavras de Beck, o chamado *risco biográfico* aqui já trabalhado. Cárcere esse que pode tanto ser recepcionado como um elemento de prevenção geral ou especial – ainda que, criticamente, ambas categorias não garantam suas finalidades –, quanto como uma reserva segregada daqueles indesejados pelo restante da sociedade; conforme asseverado por relevante parcela da criminologia.

309 “(...) o delito econômico revela enorme problemática no que pertine à sua responsabilização, quer em termos de autoria, co-autoria ou participação”. SOUZA, Luciano Anderson de. Direito Penal Econômico: Fundamentos, limites e alternativas. São Paulo: Quartir Latin: 2012. p. 67.

310 MENDOZA BUERGO, Blanca. Op. cit., p. 29.

311 SOUZA, Luciano Anderson de. Direito Penal Econômico... cit., p. 68.

312 “El binomio riesgo-inseguridad y, por tanto, la aversión al riesgo con la consiguiente aspiración a la seguridad, hace que los individuos reclamen de manera creciente del Estado la prevención frente al riesgo y la provisión de seguridad”. MENDOZA BUERGO, Blanca. Op. cit., p. 31.

313 “En opinión de HERZOG, que sigue aquí las tesis de F. X. KAUFMANN, la creciente demanda de seguridad y su elevado aprecio se explica por la situación de escasez o falta de seguridad, es decir, se ve como la consecuencia de la inseguridad, de manera que el logro de la seguridad se convierte en un motivo dominante de la ordenación de la vida social”. Ibid., p. 31.

314 “Se recurre al legislador cada vez más frecuentemente y cada vez con mayor urgencia buscando protección penal frente a los problemas planteados en la nueva sociedad del riesgo”. MENDOZA BUERGO, Blanca. Op. cit. p. 36.

A concatenação desses valores expostos culmina naquilo que pode ser chamado *Direito Penal da segurança*³¹⁵, *Direito Penal da sociedade de risco*³¹⁶ ou ainda, o aqui adotado, *Direito Penal de perigo*.

Desse modelo, ressaltam-se características marcantes, como a ampliação das fronteiras daquilo que pode ser punível, a elevação da orientação da prevenção e o modelo de controle penal de conflitos³¹⁷. A melhor síntese para o sedimento formador desse *Direito Penal de perigo* está na mudança conceitual entre os clássicos delitos de resultado para estes novos delitos de perigo³¹⁸, resultantes de um esforço teleológico de antecipar a tutela penal para antes da configuração de um resultado lesivo³¹⁹; a resposta perfeita de uma sociedade que se caracteriza pela contenção dos riscos que ela mesma alimenta.

2.1. NOVAS LEITURAS DE BEM JURÍDICO

Dentre os muitos efeitos imediatos deste *Direito Penal de perigo* na construção normativa, temos, na base deles todos, uma profunda mudança no conceito de bem jurídico, e na forma com a qual ele se constrói nesta sociedade de risco.

Desde Birnbaum em 1834, com a introdução da discussão de *bem jurídico* na definição natural de delito, até as ideias neokantianas valorativas de um conceito de bem jurídico voltado a uma construção cultural³²⁰, essa categoria representa o ponto central no debate daquilo que deve ou não ser considerado uma conduta intolerável para o bom convívio social. Nesse sentido, a primeira racionalização nasce da ideia de que “a criminalização de uma conduta humana

315 “(...) *Tras pasado esto al ámbito penal, se destaca que en lo que se podría denominar un ‘Derecho penal de la seguridad’ que asume este carácter de la sociedad de riesgo, existiría una vaga o difusa culpabilidad por el hecho individual, de modo que sólo con dificultades pueden ponerse en relación la producción del daño o del peligro y la culpabilidad por ello*”. *Ibid.*, p. 29.

316 “*De ahí surge la idea de que el Derecho penal puede ser un medio adecuado e incluso necesario para contrarrestar y preservarse de los nuevos riesgos; en este sentido, señala HILGENDORF, se puede hablar efectivamente de un ‘Derecho penal de la sociedad del riesgo’*”. *Ibid.*, p. 34

317 “*La controversia sobre tal modelo sociológico y sobre su posible influencia en el desarrollo actual de las distintas ramas del ordenamiento y específicamente en el terreno penal, focaliza su atención sobre varios aspectos, aunque lo que se consideran sus características primordiales son la ampliación de las fronteras de lo punible, la agudización de la orientación a la prevención y el cambio en el papel que se atribuye al control penal de conflictos*”. *Ibid.*, p. 24.

318 SILVEIRA, Renato Mello de Jorge. *Direito penal econômico... cit.*, p. 69.

319 “*A partir, en buena medida, de la discusión desarrollada en los últimos años en Alemania por parte de la corriente más crítica frente a los problemas que suscita la patente anticipación de la tutela penal, como uno de los signos más significativos del desarrollo actual del Derecho penal*”. MENDOZA BUERGO, Blanca. *Op. cit.* p. 23.

320 STRATENWEERTH, Günter. *Derecho penal, parte general I: el echo punible*. Navarra: Editorial Aranzadi, 2005. p. 55.

somente se justifica quando ofende um bem jurídico que a sociedade, por meio da atividade legislativa do Estado, definiu como merecedora da tutela penal”³²¹.

Dessa máxima, temos, em grosso modo, que crime é aquilo que fere um bem jurídico, e bem jurídico é aquilo que o legislador apontou como um objeto merecedor de tutela. Entretanto, a questão não se apresenta de modo tão linear, uma vez que o Direito Penal só cumpre sua função quando, de fato, consegue proteger os bens jurídicos para os quais recebeu a missão de proteger³²², apresentando-se inútil toda vez que se demonstra inócuo na prevenção do objeto tutelado. Não obstante isso, cabe ainda ressaltar o fundamento do bem jurídico apresentado, os critérios de construção desta categoria, uma vez que o caráter subjetivo desse conceito pode vir a legitimar uma exacerbação no exercício punitivo do Estado; como de fato faz, conforme demonstrado adiante.

Para Cezar Roberto Bitencourt, o “conceito de bem jurídico está relacionado à finalidade de preservação das condições individuais necessárias para uma coexistência livre e pacífica em sociedade, garantindo, ao mesmo tempo, o respeito de todos os direitos humanos”³²³, o que, ainda segundo o autor, deve ser direcionado a uma construção coletiva, que não privilegie um grupo ou favoreça a imposição de um *status quo*³²⁴. Nesse sentido, Renato de Mello Jorge Silveira demonstra que não se deve lapidar o bem jurídico como quem busca, tão somente, cumprir os critérios de estrita legalidade, mas sim coadunar o bem jurídico aos postulados previstos na constituição, em uma “*unidade de função social*”³²⁵.

De fato, a linha entre um bem jurídico nascido da própria ordem constitucional e outro nascido da estrita legalidade, para fins casuísticos, é muito tênue. Para Michel Pawlik, é muito sedutora a ideia de que tudo aquilo positivado pode ser tornar um bem jurídico, pois facilmente conduz o Direito Penal à intervenção punitiva de um objeto qualquer³²⁶, atendendo a qual-

321 VIEIRA, Arioaldo; GONÇALVES, Diego Vilhena. Direito Penal Econômico e a tutela penal dos interesses difusos. In: RUIZ FILHO, Antônio; SICA, Leonardo (Coord.). Responsabilidade Penal na atividade econômico-empresarial. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 80.

322 HASSEMER, Winfried. Derecho penal simbólico... cit. p. 31.

323 BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 349.

324 “A primeira concepção destaca a importância do bem jurídico, a segunda apoia-se na infração do dever; na desobediência, na rebeldia da vontade coletiva. Agora, se um Estado Social pretende ser também um Estado de Direito terá de outorgar proteção penal à ordem de valores constitucionalmente assegurados, rechaçando os postulados funcionalistas protetores exclusivamente de um determinado status quo”. BITENCOURT, Cezar Roberto. Op. cit., p. 349.

325 SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Bem jurídico-penal: leituras conflituosas. In: SAAD-DINIZ, Eduardo; POLAINO-ORTS, Miguel (org.). Teoria da pena, bem jurídico e imputação. São Paulo: LiberArts, 2012. p. 135.

326 “Segundo a opinião dominante o direito penal tem a missão de promover a proteção a bens jurídicos (...) A determinação do direito penal pela missão de proteção ao bem jurídico ‘seduz à crença na

quer interesse, ideia esta que induz à problemática desta categoria diante dos postulados da sociedade de risco. Justamente nesse ponto a crítica erigida por Hassemer, para quem as alterações vividas na noção de bem jurídico são de interesse direto à construção de uma dogmática funcionalista³²⁷. Adepto de uma “teoria pessoal do bem jurídico”, tão logo retraído na individualização da lesão, Hassemer vê tal categoria como um meio de contenção da atividade legislativa de criminalização, posto que, para tanto, se cobraria um “substrato empírico” que demonstrasse, precisamente, onde reside a ameaça penal e qual o remédio para ela apontado³²⁸.

Como asseverado, a noção de bem jurídico deve ser nítida, adequado à realidade, aplicável sem arbitrariedades a toda pessoa, como meio de limitar o poder punitivo Estatal e impedir “*incriminações nebulosas*”³²⁹. Nesse sentido, quanto mais vago se torna este conceito, e quanto mais objetos abarca, mais sensível fica o questionamento de se o Direito Penal está atento à sua função preventiva³³⁰. Não por outro motivo, muitos de seus críticos colocam em dúvida a validade desta categoria, vez que sua construção, ainda que balizada pela constituição e dita em finalidade de função social, acaba sendo sempre resultado de um processo histórico de embates culturais, fazendo com que a sua racionalização como uma categoria de validade geral esteja sempre prejudicada por casuísmos da ordem social vigente³³¹; à exemplo desta presente, na qual

legitimação a tudo que possa positivamente se relacionar com o conceito de bem jurídico’. E isso não favorece apenas a tendência que se observa desde algum tempo na política jurídica, a punibilidade já na preparação de um perigo ou mesmo lesão concreta de um bem: quanto mais cedo a intervenção punitiva, tanto mais efetiva será a assim realizada proteção ao bem jurídico”. PAWLIK, Michael. Pena ou combate ao perigo? Os princípios de direito penal internacional alemão no foro da teoria da pena. In: SAAD-DINIZ, Eduardo; POLAINO-ORTS, Miguel (org.). Teoria da pena, bem jurídico e imputação. São Paulo: LiberArts, 2012. p. 44.

327 HASSEMER, Winfried. Linhas gerais ... cit., p. 11.

328 Ibid., p. 12.

329 SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Bem jurídico-penal... cit., p. 135.

330 HASSEMER, Winfried. Derecho penal simbólico... cit., p. 32.

331 *“Es imposible hacer declaraciones de validez general acerca de la cuestión de cuáles son los intereses humanos que son suficientemente importantes como para merecer protección penal y contra cuáles formas de amenaza debería ésta dirigirse. Eso lo demuestra ya una consideración al individuo. La cuestión de sus ‘bienes’ aparecen como dignos de protección y qué rango les corresponde en la jerarquía de sus intereses está sujeta tanto a los cambios históricos, como la posibilidad y medida de peligro al que pueda exponerlos la conducta humana. (...) la diferencia básica entre los puntos de partida no modifica en nada el hecho de que tanto las definiciones de la conducta criminal orientadas al bien jurídico como las orientadas al sistema en última instancia tienen que volver a referirse a reglas de conducta que se hallan de hecho en la sociedad, las cuales, por su parte, no pueden ser fundamentadas en todo su alcance de manera racional”. STRATENWEERTH, Günter. Derecho penal... cit., p. 58.*

as definições de bem jurídico se apresentam como a legitimação de formações sociais estruturadas no seio da *sociedade industrial*³³².

Retomando a passagem da *sociedade industrial* para a *sociedade de risco*, nos deparamos novamente com categorias próprias destas, cujo alcance remonta também a esta mutação sofrida pelo conceito de bem jurídico. Exemplo disso, a expansão do risco como um fenômeno compartilhado globalmente gerou um novo rol de bens indisponíveis³³³, de direitos positivados para tutela de objetos cuja maior característica é seu caráter supraindividual³³⁴; seguindo o mesmo movimento histórico da consolidação de direitos fundamentais de terceira geração³³⁵. A relevância deste movimento para o Direito Penal está exatamente na constatação de que o bem jurídico, antes corporificado pela titularidade individual (vida ou propriedade), passa a ser reconhecido também pela titularidade compartilhada (meio ambiente ou ordem econômica)³³⁶. A partir do momento em que estes objetos difusos passam a configurar entre os bens jurídicos, passa a se questionar seriamente a possibilidade de individualizar o titular que teve o bem lesionado; a constatação de um dano real³³⁷.

332 “(...) consideradas todas as limitações e críticas, o conceito de bem jurídico, parece constituir garantia política irrenunciável do Direito Penal do Estado Democrático de Direito, nas formações sociais estruturadas sobre a relação capital/trabalho assalariado, em que se articulam as classes sociais fundamentais do neoliberalismo contemporâneo”. SANTOS, Juarez Cirino. Direito penal: parte geral. Curitiba: ICPC Cursos e Edições, 2014. p. 18.

333 “Las así creadas y en su concreción experimentadas responsabilidades, los intereses de minimizar la inseguridad de una ‘sociedad de riesgo’ y de dirigir los procesos complejos, han afectado no sólo a la política criminal sino asimismo a la teoría penal y a la doctrina del bien jurídico”. HASSEMER, Winfried. Derecho penal simbólico... cit. p. 33.

334 “Isso se deu, em parte, dentro de uma concepção de direito Penal de risco, onde abandonou-se a ideia basilar de uma proteção individual, para focar-se em uma ideia de tutela supraindividual” e adiante ao afirmar que “(...) é constatado, hoje, um quase desregramento no que toca, entre outras, à criminalização de situações supra-individuais” SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Bem jurídico-penal... cit. p. 136 e 137.

335 No estudo dos direitos fundamentais, esta categoria remonta àquela voltada à proteção dos direitos de titularidade difusa, também chamados direitos de solidariedade (Cf.: SILVA, Virgílio Afonso da. A evolução dos direitos fundamentais. In: Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais 6, 2005. p. 551), não atrelados exclusivamente a um homem, mas sim a todo um grupo específico; neste sentido, atendem-se os direitos “à paz, ao desenvolvimento, à qualidade do meio ambiente, à conservação do patrimônio histórico e cultural” (Cf.: MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de Direito Constitucional, 7ª Ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 173).

336 “Justamente nesse particular, ao se cuidar dos chamados bens de terceira geração, é que vêm à lume as grandes celeumas hodiernas. O próprio entendimento estrutural do moderno Direito Penal passa, pois, por uma nova observação quanto a estes novos bens jurídicos”. SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. A construção do bem jurídico espiritualizado e suas críticas fundamentais. Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, Boletim 122, Janeiro, 2003.

337 “Uma das justificativas para tanto reside no fato de que, sendo bem difuso, sem titular identificado, difícil se tornaria a constatação de dano real, devendo, pois, ocorrer o que se passou a entender por criminalização em âmbito prévio ou antecipação da tutela penal. Ora, em assim sendo, sério questionamento passou a se dar quanto à própria configuração do bem jurídico”. SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. A construção do bem... cit.

Não por outro motivo, parte da doutrina diagnostica uma *desmaterialização do conceito de bem jurídico*³³⁸, patrocinado pela crescente falta de precisão na definição, bem como seu caráter difuso³³⁹, fazendo com que se patrocine um esvaziamento de seu referencial empírico, de sua função de garantir limites à proibição penal³⁴⁰, uma vez que sua nova missão não mais é a de castigar ou reprimir danos individuais concretos, mas sim o de evitar qualquer perturbação social, um mero instrumento para manter a vigência da norma³⁴¹; algo que contraria profundamente aquele postulado do bem jurídico como uma emanção constitucional, centrada na função social da norma. Em síntese, esta visão está atrelada a uma leitura clássica do *bem jurídico*, cuja tipificação penal que tutela um bem é legítima, e uma tipificação que não tutela um *bem jurídico* é considerada ilegítima³⁴².

O estudo dessa mutação do bem jurídico parte de Schünemann, por volta da década de 70, ao consolidar a categoria do *bem jurídico intermediário espiritualizado*, sendo esses “bens supra-individuais com caráter imaterial, os quais desempenham verdadeira função de representação, reclamando uma autonomia e proteção próprias. Assim, considerando-se a difícil visualização, com uma única ação individual, de lesão ou mesmo de uma concreta colocação em perigo, concebe-se uma proteção abstrata”³⁴³. Por estar fundamentado nessas premissas, Jesús María Silva Sánchez confere a esses *bens jurídicos espiritualizados* uma característica de legislação puramente simbólica³⁴⁴, retórica, cujo caráter

338 MENDOZA BUERGO, Blanca. Op. cit. p. 69.

339 “*el actual desarrollo del Derecho penal, influido por los novedosos ámbitos de los nuevos riesgos, supone la tendencia a una disolución del concepto de bien jurídico, que evolucionaría desde los contornos más claros de los bienes jurídicos individuales a los más vagos e imprecisos de los ‘nuevos’ bienes jurídicos supraindividuales*”. Ibid., p. 68.

340 “*En este sentido puede decirse que a la progresiva expansión del significado del concepto de bien jurídico acompaña un paulatino desvanecimiento tanto de sus referentes empíricos, como de su función de garantía de los límites o de las condiciones de justificación de la prohibición penal*”. Ibid., p. 77.

341 “*Así, se acepta que el alejamiento de la protección de bienes jurídicos individuales -o, más allá, la preterición de la propia referencia al concepto de bien jurídico- es consustancial con un Derecho penal que no tiene tanto que ver con el castigo o represión de daños individuales y concretos, sino con la mera inobservancia de normas organizativas, es decir, con la protección de condiciones o estándares de seguridad y con la evitación de perturbaciones sociales; un Derecho penal que no persigue -aparentemente- la conservación de objetos, sino el mero mantenimiento de la vigencia de la norma*”. Ibid., p. 69.

342 “*Se palpa en el ambiente que la teoría del bien jurídico, en cuanto instrumento suprapositivo de legitimación, se halla en crisis o, al menos, en serias dificultades. Cada vez hay más autores que ponen en duda que resulte sin más convincente la respuesta que, tradicionalmente, ha venido siendo ofertada mediante la (aparentemente sencilla) fórmula: si se protegen bienes jurídicos la criminalización es legítima, si no se protegen bienes jurídicos se trata de una tipificación ilegítima*”. FEIJOO SANCHEZ, Bernardo José. Sobre la crisis de la teoría del bien jurídico. In Dret – Revista Para el Análisis Del Derecho, Barcelona, n. 2, abril, 2008. p. 4.

343 SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. A construção do bem jurídico... cit.

344 “*Estos procesos muestran la peculiaridad de que a los mismos no cabe oponer un concepto de bien jurídico que, elaborado en los años sesenta y setenta para fundamentar los procesos de*

abstrato³⁴⁵ torna impossível a sua aplicação de maneira útil e eficaz. Até mesmo Roxin, moderado na possibilidade de expansão da categoria de bem jurídico, sempre em critério de um estudo pormenorizado e caso a caso, apontava para a ilegitimidade em criar categorias para as quais não se é possível pensar em nada de concreto³⁴⁶.

Esse desregramento na “*criminalização de situações supra-individuais*”³⁴⁷ conduz o Direito Penal à formulação de tipificações abertas, igualmente abstratas, sendo essa a solução mais fácil encontrada pelo legislador para contemplar o anseio social pelo gerenciamento do risco³⁴⁸. Ora, se a missão do Direito Penal é a tutela de bens jurídicos, e esses encontram seu ocaso em um largo movimento de expansão pouco racionalizada, é de se esperar que os efeitos disso alcancem também todas as demais áreas da dogmática penal. Em face disso, passamos a conviver com a edição de normas penais cujo texto legislativo pouco nos diz quanto à precisão daquilo que estamos proibidos de fazer, valendo-se de técnicas de crimes de perigo³⁴⁹, com o uso de termos vagos e ambíguos³⁵⁰, ou ainda as chamadas *normas penais em branco*³⁵¹, no esforço de resguardar a sociedade de qualquer atentado futuro, a partir daquilo que Roland Hefendehl aponta como *normas de legitimidade duvidosa*³⁵².

despenalización desde una orientación a la distinción de los objetos de protección de la moral y el Derecho, no es adecuado para justificar la exclusión del ámbito jurídico-penal de intereses sobre cuya necesidad de protección jurídica (pero no necesariamente penal) no parecen existir dudas. Esta tendencia incriminadora, que es muy pluriforme en su interior y, por tanto, difícilmente reconducible a un juicio unitario, adopta en ocasiones la forma de una legislación claramente simbólica o retórica, sin posibilidades reales de aplicación útil”. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. Op. cit. p. 16.

345 “*Em contrapartida a isso, justifica-se que a Economia, ou a ordem econômica se mostra como bem supra-individual, com outra gama de distinções que impõe o uso das figuras abstratas*”. SILVEIRA, Renato Mello de Jorge. Direito penal econômico... cit. p. 163.

346 ROXIN, Claus. Estudos ... cit., p. 50.

347 SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Bem jurídico-penal... cit. p. 137.

348 “*E isto interfere, inclusive, na formulação do tipo, uma vez que os bens jurídicos completos apresentem-se, no mais das vezes, dotados de características etéreas (...) tal dificuldade encaminha o legislador penal para a solução mais fácil que é representada pela formulação de um tipo aberto, caracterizado pela vagueza e ambiguidade dos termos utilizados*”. SOUZA, Luciano Anderson de. Expansão do Direito Penal... cit. p. 114.

349 SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. A construção do bem jurídico... cit.

350 “*E isto interfere, inclusive, na formulação do tipo, uma vez que os bens jurídicos completos apresentem-se, no mais das vezes, dotados de características etéreas (...) tal dificuldade encaminha o legislador penal para a solução mais fácil que é representada pela formulação de um tipo aberto, caracterizado pela vagueza e ambiguidade dos termos utilizados*”. SOUZA, Luciano Anderson de. Expansão do Direito Penal... cit. p. 114.

351 “*(...) as normas penais em branco são aquelas que exigem complementação por outras normas, de nível idêntico (homogêneas) ou diverso (heterogêneas)*”. SOUZA, Luciano Anderson de. Direito Penal Econômico... cit. p. 75.

352 “*En este trabajo Hefendehl expone de forma resumida sus dos tesis principales con respecto a los bienes jurídicos colectivos, tesis que han sido categóricamente criticadas y que demuestran que la teoría del bien jurídico puede acabar legitimando normas de más que dudosa legitimidad. Por un lado, la configuración como bien jurídico legítimo de la ‘confianza socialmente relevante’ (p. 190)*

Entretanto, ainda que se aponte o quanto exposto, autores de grande lustro argumentam essa mutação como natural ao movimento da *sociedade de risco*, apontando, até mesmo, uma receptividade deste câmbio como um mecanismo legítimo de verificação da tipificação penal. Dentre eles, Enrique Gimbernat Ordeig e Claus Roxin assumem a linha argumentativa de que a teoria do *bem jurídico* é capaz de dividir os sentimentos legítimos (dando o exemplo da empatia com animais, propriamente supra-individuais) dos sentimentos ilegítimos (ilustrados na criminalização da homossexualidade) que irão compor esta categoria³⁵³. Nesse sentido também Andrew von Hirsch, ao atestar que a teoria do bem jurídico pode ser compatível com outras linhas de legitimação, não sendo de tanta importância a teoria em si, mas tão somente fixar critérios mínimos para a intervenção penal³⁵⁴. Assim também Jakobs, partidário de uma reformulação do conceito de bem jurídico capaz de se readequar às expectativas sociais³⁵⁵, voltada para o significado da conduta delitiva, cuja importância é muito maior até que qualquer objeto de valor individual lesionado por uma conduta³⁵⁶.

como elemento constitutivo de determinadas instituciones (confianza en el correcto funcionamiento de la Administración o confianza en la seguridad de la moneda). FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José. Sobre la crisis... cit., p.8.

- 353 Assim suscitado por FEIJOO SÁNCHEZ: "Por ejemplo, Roxin, en una línea que ha quedado plasmada en la cuarta edición de su manual, expone de forma tópica en su contribución nueve supuestos o grupos de casos en los que entiende que la referencia a la protección de bienes jurídicos ofrece criterios críticos de valoración para demostrar la ilegitimidad de ciertas normas. Tanto Gimbernat (pp. 18 y s.) como Roxin (p. 450) han asumido, siguiendo esta línea discursiva, que a través de la teoría del bien jurídico se pueden deslindar los sentimientos ilegítimos (el rechazo de la homosexualidad) de los sentimientos legítimos que se merecen protección penal (la empatía con los animales y el rechazo de la crueldad con éstos en el caso de Gimbernat o los sentimientos de inseguridad –racionales o irracionales– que despiertan los comportamientos exhibicionistas en el caso de Roxin)". *Ibid.*, p. 4.
- 354 Iguualmente em: "Los promotores originales de la idea representan las tres grandes posiciones intelectuales que se vienen desarrollando en el debate sobre la teoría del bien jurídico: su defensa como elemento central en el debate político-criminal (Hefendehl), la crítica de su papel protagonista (Wohlers) y los que entienden que la teoría del bien jurídico resulta compatible con otras líneas de legitimación y con otros principios y que se le está demandando una prestación exclusiva de legitimación de las normas penales que no está en condiciones de satisfacer (v. Hirsch) por lo que lo importante no es tanto la teoría en sí misma sino fijar unos criterios mínimos en cuanto a la legitimación de la intervención del Derecho Penal". *Ibid.*, p. 5.
- 355 "Si aceptamos que los elementos del delito se construyen a partir de los fines del derecho penal y entendemos que la función de la pena es mantener las estructuras básicas de una sociedad, debe existir también una reformulación del concepto tradicional de bien jurídico: lo que protege el derecho penal son los mecanismos que permiten mantener la identidad de una sociedad, es decir, las expectativas fundamentales para su constitución. Para una sociedad, por ejemplo, es básico contar con la expectativa de que se respetará la vida de sus miembros, y en general sus derechos constitucionales, porque de lo contrario se correría el riesgo de su desintegración". LYNETT, Eduardo Montealegre. *Op. cit.*, p. 26.
- 356 "JAKOBS distingue entre un concepto de bien jurídico en sentido estricto, entendido como una relación funcional entre el sujeto y una situación valiosa (V.g.r el bien jurídico en los delitos contra el patrimonio no es la cosa lesionada, sino las posibilidades de disfrute que se tienen sobre ella), y un concepto de bien jurídico propio del derecho penal, consistente en la prohibición de matar, de dañar, de agredir sexualmente, etc. El bien jurídico no es el daño naturalmente perceptible de cegarle la vida a

Entre os menos receptivos às mudanças e desgostosos de sua revisão, cumpre elencar Knut Amelung, ao reconhecer que a verdadeira crise não está no conceito de bem jurídico, mas na concepção de uma política criminal na qual se constroem expectativas das quais o Direito Penal é impossível de atender, atentando ainda para uma ganância do sistema punitivo em se abrir à essa nova modernidade sem, em contrapartida, sofrer sua maciça influência³⁵⁷.

Ainda, também na linha dos escolásticos de Frankfurt, retoma-se aqui a visão já brevemente suscitada da “teoria pessoal do bem jurídico”, sustentada por Winfried Hassemer. Como já dito, o autor aponta para a diluição do conceito de bem jurídico como uma perda de referencial, uma vez que o câmbio entre a “proteção de interesses humanos concretos” para a “proteção de instituições sociais ou ‘unidades funcionais valiosas’” impede verificar com exatidão quando que uma incriminação foi longe demais³⁵⁸. Diante disso, a proposta de Hassemer passa justamente pelo retorno à leitura de bem jurídico em sua faceta restritiva, individual, capaz de impedir ou dificultar “uma irrefletida adaptação do Direito Penal a interesses político-criminais”³⁵⁹, destacando-se que a missão central do Direito Penal não é a segurança geral ou antever lesões futuras – algo reiteradamente tratado aqui – mas justamente a “imputa-

una persona o destruir su patrimonio, sino que es un concepto normativo; la vigencia de la norma. Si la sociedad se estructura a través de normas, entendidas como “esquemas simbólicos de orientación”, y a través de las cuales una sociedad señala los aspectos fundamentales de su configuración, lo relevante no es una lesión externa de una situación valiosa (v. gr. la vida, la propiedad, etc.), sino el significado de la conducta: con su comportamiento el infractor expresa (comunica) que para él no rigen las expectativas fundamentales, sino su propia concepción del mundo”. LYNETT, Eduardo Montealegre. Op. cit., p. 26.

357 *“Una posición distinta es mantenida por Amelung, que no comparte el optimismo de Schönemann y Hefendehl, pero que a pesar de ello se revaloriza como el gran teórico del concepto de bien jurídico desde los años setenta6. Este autor sienta de forma brillante los términos esenciales del debate. La teoría del bien jurídico como teoría dogmática inmanente al sistema no está en crisis, lo que se encuentra en crisis es una concepción político-criminal, crítica y trascendente al sistema jurídico en la medida en la que se le han asignado unas expectativas que no está en condiciones de cumplir. En mi opinión, resulta enormemente sugerente su punto de partida de que “la ganancia que obtiene el sistema jurídico con la adopción del concepto de bien jurídico consiste en que puede abrirse a informaciones de su entorno sin perder su autonomía y su especial manera de funcionar por obra de las influencia externas”.* FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José. Sobre la crisis... cit., p. 9.

358 HASSEMER, Winfried. Linhas gerais ... cit., p. 15.

359 *Ibid.*, p. 14. Nesse mesmo sentido: *“Entre quienes cuestionan la legitimidad de tales preceptos penales se encuentran, en una posición destacada, los representantes de una teoría “personal” del bien jurídico; autores que son los que -como grupo- quizás más atención han dedicado al análisis del fenómeno de expansión del ordenamiento penal. Desde el punto de vista de estos autores, en la evolución actual tanto del derecho penal material como del derecho penal procesal cabe constatar tendencias que en su conjunto hacen aparecer en el horizonte político-criminal los rasgos de un ‘derecho penal de la puesta en riesgo’ de características antiliberales. A través de una cada vez más densa gama de delitos de manifestación y de organización, el derecho penal se convierte en un ‘derecho penal del enemigo’.* CANCIO MELIÁ, Manuel. Dogmática y política ...cit., p. 94 e 95.

ção de um crime a uma pessoa e, com isso, a individualização de um problema que sempre é também social”³⁶⁰.

De toda forma, essa crise na conceituação do bem jurídico, alimentada nesse contexto de *sociedade de risco*, não tão somente conduz a maneira com a qual se editam leis, mas também a sua aplicação. Nesse esforço em sentenciar indivíduos por condutas abstratas, verifica-se a necessidade de uma flexibilização na aplicação da técnica penal, capaz de dialogar com a vagueza e imprecisão das categorias construídas ³⁶¹, o que Bernardo José Feijoo Sánchez reconhece delegar ao magistrado enorme poder no juízo final sobre o que é ou não digno de proteção³⁶²; como se vê, uma concentração significativa de subjetividade para aplicação da lei penal.

Em seu esforço crítico, Hassemer traça valiosa consideração ao pontuar que o reconhecimento desmedido de bens jurídicos espiritualizados retira o Direito Penal de sua essência *ultima*, passando-o à “*prima* ou até mesmo *sola ratio* da proteção de bens jurídicos”³⁶³. A expansão até então aqui narrada é de fácil percepção, as novas categorias delitivas contam a sua própria história. Entretanto, localizar com a mesma exatidão o substrato fundamental dos bens-jurídicos neles tutelados se transforma em tarefa ingrata, vindo alguns, como na aguda crítica de Cancio Meliá, a encontrá-los até “debaixo das pedras”³⁶⁴.

360 HASSEMER, Winfried. Linhas gerais ... cit., p. 17.

361 “*el nuevo Derecho penal del ‘control global’ protege más bienes y distintos y, además, los protege antes, es decir, en un estadio previo a la lesión del bien jurídico. Por otra parte, tal tendencia preventiva conllevaría una flexibilización de los presupuestos clásicos de imputación objetivos y subjetivos, así como de principios garantistas propios del Derecho penal de un Estado de derecho*”. MENDOZA BUERGO, Blanca. Op. cit. p. 45. Também visto em: “(...) *deparar-se-á com outra questão de não menor relevância, a saber, como manejar os institutos dogmáticos penais para a persecução de tais condutas que afetam, via de regra, não apenas os bens jurídicos ditos supra-individuais, mas que também se individualizam ou podem se individualizar na verificação de uma violação não apenas daquele bem jurídico coletivo, como também e principalmente na violação do bem-jurídico individual das vítimas identificadas ou identificáveis. Dessa maneira, o concurso de leis é questão fundamental que põe ao aplicador da lei penal*”. SOUZA, Luciano Anderson de. Expansão do Direito Penal... cit. p. 113.

362 “*En qué ha de consistir tal utilidad es una cuestión que, dentro de los límites constitucionales, se deja al juicio de valor del legislador. En esta caracterización, la teoría de la protección de bienes jurídicos es un dogma que, por un lado, niega la legitimación a las normas penales inútiles pero, por el otro, es tan flexible que toma en consideración la facultad del legislador de decidir qué ha de considerarse útil y digno de protección. Junto a esta teoría cabe una teoría sociológica sobre la lesividad social que no concibe el daño social como el deterioro de objetos, sino que retoma la vieja idea de que el delito ataca las condiciones de organización de la convivencia humana. Por ello se apoya en la idea de la sanción penal como instrumento para la protección de la vigencia fáctica de las normas de conducta...La sensación de crisis del partidario de la función “crítica” del concepto de bien jurídico se deriva en su mayor parte del incumplimiento de expectativas que desde un primer momento no estaban justificadas*”. FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José. Sobre la crisis... cit., p. 10

363 HASSEMER, Winfried. Linhas gerais ... cit., p. 21.

364 “*Y si no que pregunten a los redactores del Código Penal español, que encontraron bienes jurídicos hasta debajo de las piedras con los que crear nuevas infracciones o justificar nuevas penas*”. CANCIO MELIÁ, Manuel. Dogmática y política ...cit., p. 115.

Como se vê, a flexibilização das bases garantistas do Direito Penal, e em especial do conceito de bem jurídico, conduzem a uma reformulação geral da técnica dogmática para aquilo que se convencionou chamar *Direito Penal de perigo*, cuja maior consequência, aprofundada adiante, é relegar todo o arcabouço penal à condição essencialmente simbólica.

2.2. PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO

Dentre as técnicas que avançam junto do *Direito Penal de perigo*, o *princípio da precaução* assume distinta relevância como uma tentativa de contrapeço no manejo dos riscos através da tutela jurídica.

Nesse ensejo de intervenção penal excessiva, motivada pela priorização da segurança, apontamos também uma fissura cada vez maior nas garantias do Direito Penal, que, a partir do alargamento do bem jurídico, tipos penais e técnicas de persecução, reverte-se em quebra da segurança jurídica³⁶⁵.

Como maneira de trazer contornos de técnica e precisão à condução dos perigos sociais, há uma grande tentativa de se prevenir contra aqueles riscos ainda não plenamente identificados, em face do estado atual de desenvolvimento científico vivido, algo que Mendoza Buergo chama de “*explosão de ignorância*”³⁶⁶.

A questão retoma de pleno os apontamentos de Giddens e Beck quanto à atuação dos sistemas peritos e a incapacidade científica de verificar, com pleno acerto, as probabilidades de um dado evento produzir efeitos em um futuro próximo.

Nesse esforço, para a justificação desta tutela antecipada de um evento futuro, Pierpaolo Cruz Bottini aponta a ação do gerente de riscos (perfeitamente lido como o *perito*) em um constante esforço de “observação empírica, auxiliado por instrumentos de generalização oferecidos pela estatística, como amostragens, médias, padrões, distribuições normais e outros, com o objetivo de estabelecer padrões de previsibilidade”³⁶⁷, com a finalidade de, em um pri-

365 “Asumir ese papel que no les pertenece de modo prioritario ni menos aún exclusivo, puede suponer, sin embargo, una intervención penal excesiva que abocaría, según algunos, al desarrollo de un Estado de prevención o Estado preventivo. Este, frente al modelo clásico liberal, muestra una inclinación que, partiendo de la seguridad jurídica, tiende más bien hacia la seguridad de los bienes jurídicos, convirtiéndose así en un Estado de la seguridad. Con ello, se abriría un frente por el que pueden surgir fisuras en aspectos garantistas del Derecho penal”. MENDOZA BUERGO, Blanca. Op. cit. p. 32.

366 “Es de destacar también, a este respecto, cómo el trepidante avance científico y tecnológico ha llegado a propiciar que se hable de una auténtica ‘explosión de ignorancia’ unida al mismo, en el sentido de que se ignoran datos fundamentales de estos ‘nuevos riesgos’ y que cada avance técnico-científico descubre nuevas áreas de ignorancia”. Ibid., p. 36.

367 BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Crimes de perigo abstrato. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 57.

meiro momento, estudar o impacto das atividades tecnológicas desenvolvidas para, em um segundo momento, determinar qual o limiar do risco permitido na condução daquela atividade sensível ³⁶⁸.

Como asseverado, a tarefa não parece das mais fáceis, uma vez que não é facilmente verificada a existência de dados claros, parâmetros fixos, se não somente a mera presunção de indícios e suspeitas quanto aos potenciais resultados futuro de uma dada conduta no presente ³⁶⁹. Não há, conforme anteriormente demonstrado, conhecimento científico absoluto que possa dar plenas garantias quanto às “relações de causalidade possíveis, inerentes às novas tecnologias, em todos os seus possíveis aspectos” ³⁷⁰, o que torna impossível construir uma política pública para a contenção de riscos – conforme pretendido nesta nossa sociedade moderna, e vivido nas mutações sofridas pelo Direito Penal – baseada em informações seguras; quando muito, livres de qualquer tendência particular.

Ante isso, a dúvida passa a ser uma categoria nuclear dessas técnicas de contenção ³⁷¹, e assume importância de regra, de tal modo que se abraça a suspeita como valor absoluto para patrocinar qualquer nova política criminal. Para afastar essa política positivada, deve-se demonstrar que a dúvida inicial estava errada, ainda que ela própria nunca tenha se demonstrada verdadeira. Trata-se de uma verdadeira inversão de ônus probatório, como asseverado por Bottini, e que conduz nossa atividade legislativa a verdadeiros absurdos.

A aplicação do princípio da precaução está condicionada a duas modalidades distintas, sendo uma primeira indireta, sem a proibição de comportamentos mas visando a sua minimização (*liability standards* ou os mecanismos de *compliance*), e uma segunda direta, com a efetiva proibição ou restrição legislativa ³⁷², atentando sempre para o fato de que, na *sociedade de risco*, o subjetivismo aplicado na imposição destas proibições responde sempre pelo acirramento do conflito de interesses envolvidos ³⁷³.

368 BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Op. cit. p. 57 e 58.

369 Ibid., p. 62.

370 Ibid., p. 63.

371 “A problemática fica ainda mais evidente diante da inversão do ônus da prova, que caracteriza o princípio da precaução. As regras de precaução incidem sobre domínios de risco não constatado, científica ou estatisticamente. Logo, a dúvida é a característica nuclear, é o denominador comum das atividades sobre as quais se aplicam as medidas de precaução. A ausência de provas da inocuidade da conduta e a existência da mera suspeita de periculosidade é o motivo suficiente para a restrição do desenvolvimento das técnicas em questão, o que implica que tais limitações somente serão suspensas ou encerradas quando demonstrada a ausência de riscos”. Ibid., p. 80.

372 Ibid., p. 81 e 82.

373 Ibid., p. 84.

2.3. DIREITO PENAL DE PERIGO

Os preceitos anteriormente tratados já cuidam de trazer a tônica daquilo que se solidifica no chamado Direito Penal de perigo. Dentre eles, por certo, destaca-se a antecipação da tutela penal³⁷⁴, convocando seus dispositivos punitivos para agir antes mesmo que a eventual lesão se materialize. A melhor técnica empregada, no esforço de garantir esta antecipação, está no uso dos crimes de perigo, em especial os crimes de perigo abstratos³⁷⁵, no esforço contínuo de, buscando estar à frente da lesão, trazer ao cidadão uma sensação de segurança³⁷⁶. Não por outro motivo a centralidade desse ponto para o presente estudo: Direito Penal de perigo é o traço mais marcante e significativo dos efeitos da sociedade de risco em nosso ordenamento jurídico³⁷⁷.

O estudo do *dano* é um fenômeno próprio do Direito como um todo, e com contornos especiais no Direito Penal³⁷⁸, no qual se criminalizam condutas cujo dano gerado representa alto grau de reprovabilidade para a sociedade³⁷⁹. A mudança dessa perspectiva clássica, de verificação material de um dano causado no presente, fruto de um curso causal, para esta nova leitura moderna, não requer a verificação de um dano concreto, se não apenas um risco futuro inaceitável de materialização no presente, sendo essa a verdadeira chave interpretativa para toda a crise das premissas básicas do Direito Penal.

Nesse sentido, no nosso sistema penal moderno, percebe-se que se recorre cada vez mais aos tipos de perigo – somados aos abertos, vagos ou imprecisos³⁸⁰ –, associados aos novos bens jurídicos postulados³⁸¹, como maneira de se adequar à realidade da *sociedade de risco* e satisfazer os anseios sociais para

374 *“Tal política criminal, en una primera aproximación, se caracterizaría por una tendencia al Derecho pena preventivo con un acentuado adelantamiento de la protección penal, lo que conlleva, por una parte, un frecuente recurso a la formulación de delitos de peligro -en buena medida de peligro abstracto-, así como la configuración de nuevos bienes jurídicos universales de vago contenido, por otra”*. MENDOZA BUERGO, Blanca. Op. cit. p. 44.

375 *“Un segundo campo problemático de la actual evolución del Derecho penal y que centra el mayor interés en las reflexiones de la doctrina es el constituido por el extraordinario aumento de delitos de peligro, especialmente cuando éstos son de peligro abstracto”*. Ibid., p. 78.

376 *“No se quiere evitar sólo la producción de modo imprudente del resultado lesivo, sino que se intenta adelantar la prevención para garantizar mejor la seguridad y la propia sensación de seguridad”*. Ibid., p. 79.

377 *“Surge así de nuevo, desde este renovado planteamiento, la discusión sobre la justificación y procedencia de la preferente utilización por parte del legislador del modelo del delito de peligro abstracto, en la medida en que el que puede denominarse Derecho penal del peligro es característico de la sociedad del riesgo, como respuesta a los peligros propios de la misma”*. Ibid., p. 82.

378 SILVEIRA, Renato Mello de Jorge. Direito penal econômico... cit. p. 106.

379 Ibid., p. 106.

380 SOUZA, Luciano Anderson de. Expansão do Direito Penal... cit. p. 115.

381 *“Todas estas dificultades se agravan con la combinación de la tutela penal de estos ‘nuevos’ bienes con la anticipación de la misma a través de la técnica de los delitos de peligro -especialmente abstracto-, ya que a la característica vaguedad del objeto de protección y lo difuso del ‘titular’ de tales bienes*

que o Direito Penal garanta uma sensação de segurança a todos indivíduos. Residualmente, esse movimento compete também para o esvaziamento da “relevância do desvalor do resultado na observação da ilicitude”³⁸², tornando-se cada vez mais aceitável que o resultado típico da conduta seja confirmado não tão somente pelo *dano* configurado, mas também pela mera colocação em perigo de um bem jurídico³⁸³.

Quanto ao conceito deste perigo, Renato Silveira leciona que existem duas teorias a serem comprovadas³⁸⁴ quanto ao substrato do perigo, sendo uma primeira subjetiva, na qual o perigo existe apenas na mente do indivíduo que o constrói a partir de uma imagem não real do mundo (conforme argumentado ao tratar do risco), visando a possibilidade de ocorrer uma tragédia futura, em um juízo *ex ante*. A segunda, de matiz objetiva, parte da consideração quase empírica de que certas condutas conduzem, naturalmente, ao resultado trágico indesejado; em um juízo *ex post*³⁸⁵. Mesmo essa verificação de um “perigo objetivo” carrega suas máculas, uma vez que a quantificação da sua ocorrência requer uma matemática impossível de ser aplicada – já argumentado anteriormente –, na qual a mera subsunção de situações concretas conduz a um juízo puro de futurologia. Nesse sentido, trabalhar com porcentagens de probabilidades, de um evento incerto do futuro ocorrer, não é serviço que se presta ao Direito Penal, não parecendo adequado que tanto um “perigo objetivo” quanto um “perigo subjetivo” vigorem como fator determinante na aplicação e construção da lei³⁸⁶.

2.3.1. CRIMES DE PERIGO ABSTRATO

No ensejo dessa preocupação externada, ainda no caminhar do Direito Penal de perigo, chegamos à figura mais sintomática deste movimento: os cri-

jurídicos – en ocasiones su ataque no tiene ‘víctimas’ definidas- se une la inherente falta de concreción lesiva del tipo de peligro abstracto”. MENDOZA BUERGO, Blanca. Op. cit. p. 70.

382 SILVEIRA, Renato Mello de Jorge. Direito penal econômico... cit. p. 79.

383 “(...) o resultado típico de uma conduta há de implicar uma lesão ou uma colocação em perigo a um bem jurídico. Nos primeiros, há de se constatar que o tipo requer um dano do objeto protegido, enquanto, nos segundos, basta a situação de risco de lesão ao mesmo”. *Ibid.*, p. 104.

384 A colocação desta condicionante se dá pela razão de “a investigação quanto aos crimes de perigo ainda se encontra em seu início”. *Ibid.*, p. 114.

385 “São duas as teorias explicativas a serem comprovadas quanto ao perigo: uma subjetiva e outra objetiva (...). A primeira (...) entende que o perigo existe na mente do sujeito que tem uma imagem subjetiva, não real, do mundo, baseando-se, através da experiência, na possibilidade ou na probabilidade de ocorrência de produção de um resultado lesivo. Ou seja, um juízo *ex ante*. Já as teorias objetivas partem do pressuposto que determinadas condutas têm a propriedade de ser, genericamente, perigosas. O caráter perigoso, assim, não seria fruto de uma abstração, mas de que, atendendo-se a múltiplas circunstancias concorrentes, verificada seria a probabilidade de lesão”. *Ibid.*, p. 112.

386 *Ibid.*, p. 113.

mes de perigo abstrato. Não é forçoso demais atestar essa categoria como a cria mais emblemática da *sociedade de risco* no Direito³⁸⁷; ou pelo menos, a que carrega mais de seu DNA. A lógica para tal assertiva é bem simples, uma vez que o emprego da técnica de perigo abstrato vence muitas das dificuldades enfrentadas pelos perigos concretos, principalmente no que tange a produção de provas³⁸⁸, facilitando em sobremaneira a intervenção estatal³⁸⁹ sob as prerrogativas da segurança social³⁹⁰.

Baseado em uma construção puramente cognitiva, a partir de pura suspeita e argumentação, tem-se por certo que sua única fundamentação material está na própria construção do legislador³⁹¹. Em razão disso, carecem os crimes abstratos de uma clara situação de desvalor ao bem jurídico – como cobra o Direito Penal³⁹² –, sem demonstração material da efetividade daquele perigo em tutela – como vigora entre os perigos concretos³⁹³ –, criando uma situação na qual o magistrado, ao aplicar a lei, o faz sem levar em conta o caso fático para o qual se debruça. Isso ocorre pois os crimes abstratos estão centrados em uma determinada ação, com determinadas características, cuja ocorrência deduz um perigo indeterminado³⁹⁴; ao contrário dos perigos concretos, nos quais o risco em análise já está identificado no próprio tipo, e é objeto central da norma de impedimento, algo que traz consigo uma diversidade de pos-

387 *“A consagração das novas tecnologias, bem como as situações de risco com elas advindas, acabaram por dar os novos contornos do que Beck denomina de sociedade de risco. Para a sua devida proteção, não raro, senão freqüente, consagrou-se o uso de previsões penais típicas de perigo, mormente a de perigo abstrato”*. SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Bem jurídico-penal... cit. p. Neste mesmo sentido: *“A construção dos crimes de perigo abstrato, opção político-criminal típica da sociedade do risco, representa, dogmaticamente, uma estrutura criminalizadora relativa a um momento prévio a uma lesão”*. SOUZA, Luciano Anderson de. Direito Penal Econômico... cit. p. 69.

388 *“Esta inclinación se ha agudizado, además, por la corriente favorable a sustituir e incluso evitar los delitos de peligro concreto, en favor de la técnica del peligro abstracto que soslaya los difíciles problemas probatorios de aquéllos”*. MENDOZA BUERGO, Blanca. Op. cit. p. 85.

389 *“O conceito de perigo abstrato funda-se na assertiva de que a existência de um perigo a determinados bens jurídicos já é, em certos casos, justificativa suficiente para uma intervenção estatal”*. SILVEIRA, Renato Mello de Jorge. Direito penal econômico... cit. p. 114.

390 *“El empleo preferente de la figura del delito de peligro abstracto pretende garantizar la protección total y sin lagunas frente a nuevas situaciones de amenaza”*. MENDOZA BUERGO, Blanca. Op. cit. p. 79.

391 *“A rigor, é de se perceber que a produção deste é, antes de tudo, construção do legislador”*. SILVEIRA, Renato Mello de Jorge. Direito penal econômico... cit. p. 118.

392 *“ (...) o Direito Penal deve cuidar daquelas situações onde sejam aferidos os perigos percebidos concretamente aos bens jurídicos, vez, nestes, ser bem clara a situação de desvalor do resultado”*. Ibid. p. 116.

393 *“(...) o perigo concreto deve ser averiguado ou demonstrado na medida de sua efetividade”*. Ibid. p. 115.

394 *“(...) a característica que tradicionalmente define os crimes de perigo abstrato reside, como se viu, na ausência de perigo no tipo. Este não menciona o perigo entre seus elementos, mas se limita a definir uma ação perigosa, pois entende que o surgimento do perigo se deduz da realização de uma ação com características (...) A presunção juris et de jure do perigo obriga o aplicador da lei a não considerar o caso fático, aplicando a lei in genere”*. Ibid. p. 119.

síveis explicações para uma mesma categoria³⁹⁵, calibrada de uma forma para cada diferente caso que se propõe a tutelar.

A contradição gerada provém do próprio sedimento básico do crime abstrato, replicado do próprio critério autorreflexivo da *sociedade de risco*. Estando ele centrado em condutas críveis, abstratamente, como perigosas, e em confronto constante com as categorias formais tradicionais da dogmática penal, não raro nos deparamos com casos nos quais o agente de uma conduta claramente desprovida de qualquer periculosidade, ou ainda aquele que a fez tomando todas as medidas necessárias para minar resultados indesejados, alcança o rigor de uma punibilidade plena, perante o Direito Penal, agindo em tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade³⁹⁶; algo que, desnecessário dizer, evidencia um uso ilegítimo das ferramentas dogmáticas penais.

Ao dizer sobre essa categoria, Roxin valora a alta controvérsia que envolve a leitura dos crimes de perigo abstrato, compreendendo parte da crítica que se levanta quanto a sua legitimidade. Entretanto, consigna a necessidade de se realizar uma verificação caso a caso, sendo pouco recomendado uma “aceitação ou negação em bloco” de toda categoria³⁹⁷. Outros, já partidários da crítica, apontam para a perda de referencial técnico quando, ao propor um crime de perigo abstrato, se afastam os critérios de lesão ao bem jurídico e causalidade da conduta para se satisfazer, tão somente, com um comportamento que se julga perigoso; no exemplo dado por Hassemer³⁹⁸. Em valiosa consideração, Stratenwerth aponta para os efeitos disso no desmantelamento do bem jurídico e, por conseguinte, da própria razão de um Direito Penal democrático, ao observar que os crimes de perigo abstrato deslocam o bem jurídico da violação de norma em si (sua essência primária) para a “reação de terceiros a esta violação”³⁹⁹.

Conforme exemplificado, uma das maiores barreiras no emprego dos crimes de perigo abstrato está no critério da lesividade a um bem jurídico. Ao se tutelar um bem que carece de definição material – conforme discutido – “se

395 “Nenhum dos conceitos fundamentais do Direito Penal se apresenta numa tal diversidade de definições mormente (colocaria ‘especialmente não fundamentadas’) não fundamentadas, e das quais em parte sequer se consegue dizer quais as relações com as demais”. STRATENWERTH, Günther. Sobre o conceito de “bem jurídico”. In: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (orgs.). O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar? Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 130.

396 MENDOZA BUERGO, Blanca. Op. cit. p. 80.

397 ROXIN, Claus. Estudos ... cit., p. 81.

398 HASSEMER, Winfried. Linhas gerais ... cit., p. 14.

399 STRATENWERTH, Günther. Sobre o conceito... cit., p. 143 e 144.

*perde o referencial da lesividade*⁴⁰⁰, o que também ocorre quando se tipifica uma conduta abstrata, sem verificação de um curso causal de ofensa ao bem, sendo a contínua soma destes fatores a energia motriz de uma nova categoria de Direito Penal, próprio desta *sociedade de risco*⁴⁰¹.

Em síntese desse Direito Penal de perigo, temos uma crescente demanda preventiva⁴⁰² impulsionando a criação de novos crimes cuja conduta praticada não se liga, necessariamente, à lesão de um bem jurídico. Isto porque, não existe comprovação material alguma de que esta conduta proibida incida objetivamente em um dano, sendo considerada crime apenas pelo fato de o legislador assim dizer⁴⁰³, o que condiciona também o aplicador da norma a argumentar dentro desta mesma categoria.

Se tivermos por base os expoentes de um Direito Penal funcionalista, a crítica aqui apresentada se coloca, na realidade, como a própria normalização de um Direito que se adequa às novas realidades de um novo modelo social. Claus Roxin, ao argumentar sobre essas mesmas premissas⁴⁰⁴ se vale da própria sedimentação sociológica em Ulrich Beck para coordenar esse Direito obsoleto a um modelo renovado, no qual a centralidade do *risco* verificado na sociedade passaria também a ser central no próprio Direito Penal, trazendo-o novamente para o futuro; exemplo deste câmbio, passou-se até a argumentar a criação de um risco como critério suficiente para se verificar a imputação⁴⁰⁵.

Em uma melhor leitura dessa construção funcionalista, a ação típica não se materializa por completo com a realização da conduta prevista no texto da norma, mas especialmente por caracterizar uma ação socialmente intolerável⁴⁰⁶, nesse sentido, a *“caracterização do injusto, dentro de uma ótica funcionalista, será dada pelo valor fundante do modelo do modelo de Estado vigente, ou seja, do modelo democrático de Direito: a dignidade humana”*⁴⁰⁷. É próprio da perspectiva funcionalista de Direito Penal, considerada uma leitura mais moderna desse, que

400 SILVEIRA, Renato Mello de Jorge. Direito penal econômico... cit. p. 162.

401 *“La constatación de este empleo masivo de los delitos de peligro abstracto en las reformas penales, de los ámbitos en los que se recurre a su tipificación y de la ampliación de los espacios de riesgo no permitido a través de la criminalización de comportamientos no necesariamente relacionados de una forma conocida con la producción de ciertos daños, ha supuesto que se establezca una relación directa entre este fenómeno y el de la asunción del modelo de la sociedad del riesgo que, de forma constatable, conduciría a un Derecho penal del riesgo”*. MENDOZA BUERGO, Blanca. Op. cit. p. 86.

402 *“el recurso creciente a la técnica del delito de peligro abstracto viene forzado por progresivas demandas preventivas y de mayor efectividad en la protección de la seguridad, ante nuevos y no tan nuevos pero sí crecientes peligros”*. Ibid., p. 82.

403 HASSEMER, Winfried. Derecho penal simbólico... cit. p. 35.

404 ROXIN, Claus. Derecho penal ... cit., p. 61.

405 Ibid., p. 365.

406 BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Op. cit. p. 218.

407 Ibid., p. 218.

a caracterização do injusto não se dê apenas em razão do resultado lesivo de uma ação, mas sim dos “*interesses e valores fundamentais na sociedade de risco*”⁴⁰⁸.

Por estes motivos, Roxin condiciona a aplicação do Direito Penal, a partir de uma leitura da *sociedade de risco*, a uma verificação do *risco não permitido dentro do fim de proteção da norma*⁴⁰⁹, sendo o limiar entre o risco permitido e o risco proibido determinado pelo próprio legislador, atendendo a um resultado melhor traduzido por Pierpaolo Bottini como:

*o injusto penal, desta forma, não está suficientemente fundamentado nem no resultado, nem na conduta em si, mas em algum outro fator objetivo que abrigue a potência de resultado lesivo da atitude e seja reconhecível pelo agente no momento da prática do ato (...) o instituto necessário e fundamental para que uma ação descrita no tipo penal seja materialmente reprovável, congregando as características mencionadas, e permitindo uma orientação teleológica e racional da aplicação dos institutos penais, será a periculosidade.*⁴¹⁰

Ou seja, o que até aqui teria sido lido como um desmantelamento do Direito Penal a partir da sua perda de referencial, é encarado como um movimento natural pela sua modernização em face das premissas insculpidas na *sociedade de risco*. Por certo, os pontos levantados encontram guarida silogística, na medida em que um Direito Penal guiado por critérios da dignidade humana, e apaziguador dos efeitos do *risco*, representaria um grande bálsamo para os problemas até aqui relatados.

Quanto a isso, Feijoo Sánchez defende que apenas uma normatização adequada do Direito Penal é capaz de reequilibrar a teoria à realidade social⁴¹¹, sentenciando que a única dogmática correta é aquela que se apresenta adequada na solução dos problemas básicos das sociedades modernas⁴¹². Também Santiago Mir Puig ao ilustrar que a construção teórica do Direito Penal não importa apenas à norma positivada, mas também aos valores culturais, em uma base fundamentada na realidade empírica e social, que traga o sistema punitivo à realidade da modernidade⁴¹³.

408 BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Op. cit. p. 219.

409 ROXIN, Claus. Derecho penal ... cit., p. 204.

410 BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Op. cit. p. 218. Também sintético na passagem de Roxin: “*la formación del sistema jurídico no puede vincularse a realidades ontológicas previstas (acción, causalidad, estructuras lógico-reales, etc.) sino que única y exclusivamente puede guiarse por las finalidades del Derecho Penal*”. ROXIN, Claus. Derecho penal ... cit., p. 203.

411 FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José. Sobre la crisis... cit., p. 57.

412 Ibid. p. 58

413 MIR PUIG, Santiago. Introducción a las bases del derecho penal. Montevideo: B de F Ltda, 2003. p. 56.

Entretanto, a par de tudo exposto, ressalta-se que essa defesa funcionalista ignora as próprias advertências lançadas por Beck na formalização de sua teoria, especificamente quanto ao fato de que não é possível fixar qualquer *limite de tolerância*⁴¹⁴ – lido na dogmática penal como *risco permitido* – exatamente pelo fato de a análise de *risco* sempre carregar consigo um fundo moral, uma perspectiva de interesses individualizados, no qual qualquer tentativa de contrapor, ou dosar, o *risco* acaba por retroalimentar o problema que combate. Reiterando, a *sociedade de risco* é uma sociedade catastrófica, na qual o Estado de exceção constantemente ameaça se tornar a normalidade⁴¹⁵; aqui, aparentemente revestido de uma necessária modernização do Direito Penal.

Tendo esse axioma sociológico por base, proveniente exatamente da mesma escola científica que fundamentou a leitura funcionalista do Direito Penal, como recepcionarmos indiscriminadamente o *risco* como uma categoria própria da dogmática penal, legitimando também o grosso dos crimes abstratos, sem nos perguntarmos: Quem se faz o árbitro destes riscos? Quem dirá qual a mediana para o risco permitido? Existirá um limiar seguro para a flexibilização de garantias penais clássicas? Como harmonizar toda a crítica sociológica aqui elencada com a construção de um Direito Penal coerente com a modernidade?

3. CARÁTER MERAMENTE SIMBÓLICO DO DIREITO PENAL

para falarmos em um Direito Penal simbólico tomamos a norma como um resultado da operação social de comunicação, “*entendida como ato de transmitir, receber e compreender a informação*”⁴¹⁶. O símbolo em si, sozinho, não significa nada, e só se reveste de sentido ao ser comunicado⁴¹⁷, ao ser transmitido à sociedade que irá compreender o comando e direcionar sua conduta de acordo com ele. Dessa forma, a interpretação jurídica, se não também a sua construção, se dá em um cenário de diferentes resultados obtidos na forma com a qual os indivíduos da sociedade dialogam com determinados símbolos, enquanto debatem a decidibilidade dos conflitos que vivem⁴¹⁸.

414 BECK, Ulrich. Sociedade de... cit. p. 83.

415 Ibid. p. 28.

416 CAMPILONGO, Celso Fernandes. Op. cit. p. 159.

417 “Os símbolos, tomados isoladamente, nada significam (...) Para que um símbolo se torne tal, ele tem de aparecer num ato humano, o ato de falar. Falar é atribuir símbolos a algo: falar é predicar (...) Há, pois, uma distinção a fazer entre língua e fala (ou discurso). A língua é um sistema de símbolos e relações. A fala refere-se ao uso atual da língua”. FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Introdução ... cit. p. 223.

418 “A interpretação jurídica, como tarefa dogmática, ocorre num amplo espectro de possibilidades. Envolve o direito como um fenômeno complexo, na perspectiva da decidibilidade de conflitos”. Ibid. p. 224.

Um Direito simbólico, neste sentido luhmaniano exposto, compreende uma comunicação do Estado aos seus cidadãos de que determinada conduta positivada está de acordo com um conflito observado anteriormente, cuja norma simboliza a decisão tomada para aquele problema; expondo também, de certa forma, a segurança de que uma determinada questão está sob sua tutela. Melhores exemplos desse mecanismo foram já debatidos quando nos debruçarmos sob o processo de criminalização de condutas, no qual a norma penal representa uma garantia ao indivíduo de que as instituições estão em vigília constante, dispondo, a qualquer momento, do que há de mais repressivo no arcabouço normativo para impedir lesões à sua vida, liberdade, propriedade e afins; a chamada *confiança nos sistemas abstratos*.

O problema capital deste fato está em constatar que a “complexidade da vida moderna provoca muita insegurança, por exemplo, em relação aos comportamentos e às consequências jurídicas deles resultantes”⁴¹⁹, o que multiplica o rol de símbolos em conflitos perante a atividade jurídica e legislativa do Estado. Desta forma, o “direito é incapaz de eliminar essa insegurança ou de garantir comportamentos”⁴²⁰, motivando Beck a afirmar que “os princípios e categorias éticos e legais, como responsabilidade, culpa e o princípio de punir (...) não são adequados para compreender ou legitimar este retorno da incerteza e da falta de controle”⁴²¹. Em igual sentido Luhmann, para o qual:

*(...) as indagações insinuadas e a evidente impossibilidade de jurisdição sobre os grandes problemas da nossa era levam à indagação se e em que sentido a política e o direito, que mas que outras estruturas implicam na capacidade de ação do sistema, continuam sendo em princípio um fator de desenvolvimento, ou se tornaram fatores de risco do desenvolvimento social. No contexto do desenvolvimento histórico da sociedade e do direito, a função desses mecanismos normativos se destaca claramente como categorização da expansão de incertezas sustentáveis e como estabilização de conquistas periclitantes, improváveis.*⁴²²

Ao transpor estes postulados estritamente para o Direito Penal, partimos da assertiva de que não há problema algum em aceitar que toda norma penal tem um conteúdo simbólico, próprio de sua capacidade coercitiva – conforme sustentado por Silva Sánchez⁴²³ –, não sendo admissível “a utilização da norma

419 CAMPILONGO, Celso Fernandes. Op. cit. p. 160.

420 Idem.

421 BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony; LASH, Scott. Op. cit. p. 25.

422 LUHMANN, Niklas. Sociologia do direito, vol. II. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1985. p. 159.

423 “Suscribo la tesis que sostiene que buena parte de la dimensión preventiva del Derecho penal radica en su significado comunicativo. Pues bien, en contextos en los que la certeza y la propia severidad del castigo pueden hallarse en tela de juicio, la dimensión pública del Derecho penal, la sacralidad que

penal apenas como símbolo de valores sociais, sem um lastro claro nos bens jurídicos dignos de tutela⁴²⁴. Justamente a esse uso da norma penal em critério de valoração social que se volta a crítica deste Direito Penal puramente simbólico. Para tanto, Manuel Cancio Meliá argumenta que a crítica em si estaria, na realidade, voltada àquilo que é “meramente simbólico”⁴²⁵, ou seja, que para além do conteúdo de comunicação de valores próprios da norma se coloca em caráter vazio. Em melhor e certa definição da crítica, Roxin ao pontuar que:

Este termo é usado para caracterizar dispositivos penais ‘que não geram, primariamente, efeitos protetivos concretos, mas que deve servir à manifestação de grupos políticos ou ideológicos através da declaração de determinados valores ou repúdio a atitudes consideradas lesivas. Comumente, não se almeja mais do que acalmar os eleitores, dando-se, através de meios previsivelmente ineficazes, a impressão de que está fazendo algo para combater ações e situações indesejadas’.⁴²⁶

A crescente insegurança social traz consigo o aumento na demanda pela tutela penal – o que, nem sempre, corresponde à resposta mais racional⁴²⁷ – em condutas cada vez mais abstratas no perigo verificado. Neste sentido, Mendoza Buergo observa uma *desintegração do Direito Penal*⁴²⁸ em razão de sua cobrança cada vez maior, que traria um esgotamento da sua capacidade de rendimento, cada vez mais dilatada para comportar novas oportunidades de intervenção jurídica⁴²⁹. Esse movimento é aquele que, em seus efeitos, traz em maior gravidade os traços da modernidade, apontando Manuel Cancio Meliá para sua similitude para o retorno maciço do punitivismo⁴³⁰. Para alguns, nesse ponto específico da onda punitivista, o fato, ainda que verdadeiro, não passa de alarmismo, como visto em Roxin ao argumentar que tais movimentos são cíclicos,

se le asocia, la distancia que generan las formas rígidas (lenguaje, vestuario, escenario) con respecto a la cotidianeidad constituyen un importante factor de prevención”. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. Op. cit. p. 77.

424 BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Op. cit. p. 191.

425 “(...) en realidad es incorrecto el discurso del “derecho penal simbólico” como fenómeno de algún modo negativo, y que habría que referirse, en todo caso, a normas con función meramente simbólica, es decir, dirigidas únicamente a “la producción en la opinión pública de la impresión tranquilizadora de un legislador atento y decidido (...) En este sentido, la norma penal no es un medio para constituir la identidad de la sociedad -es decir, para marcar los mínimos de convivencia- o para resolver un determinado problema social en términos de prevención (instrumental) del delito, sino que la aprobación de la norma en sí y su publicitación son la solución, evidentemente, aparente. Y aquí se muestran los supuestos de derecho penal “meramente simbólicos” como verdadera manifestación del *esprit du temps*”. CANCIO MELIÁ, Manuel. Dogmática y política ...cit., p. 97 e 98.

426 ROXIN, Claus. Estudos ... cit., p. 47.

427 MENDOZA BUERGO, Blanca. Op. cit. p. 36

428 Ibid. p. 88.

429 Ibid. p. 89.

430 CANCIO MELIÁ, Manuel. Dogmática y política ...cit., p. 96.

sendo que, no longo prazo, a tendência seria retomar naturalmente a suavização de penas⁴³¹.

Como objeto central desse avanço, o Direito Penal hodierno é objeto de extremo interesse político, despontando vez ou outra uma norma inovadora na tutela de criar consciência ecológica, combater o preconceito racial, a violência de gênero ou atenuar a insegurança de um sem número de substratos sociais distintos. Ainda que sejam essas pautas da maior importância para a *modernidade reflexiva*, debatidas no processo de *subpolitização*, cumpre observar que a sua gerência por meio do sistema penal tem uma finalidade de “*interiorizar valores culturais*”⁴³², conforme lecionado por Pierpaolo Bottini, ainda que, para Roxin, esses valores estejam limitados, sendo vedada a criminalização a partir da moral, da religião ou da *political correctness*⁴³³. Afastar a norma penal de sua finalidade traz consequências desagradáveis, pois, além de garantir a tutela por meio de um completo desvirtuamento de postulados garantistas básicos⁴³⁴, esse esforço não é satisfatório em, de fato, assegurar o bem em contento, em impedir sua lesão ou trazer conscientização àquele que poderia gerar insegurança⁴³⁵. Por certo, esse Direito Penal flexível não parece, a par do que vivemos em nosso cotidiano, uma resposta acertada à prevenção de situações de perigo⁴³⁶.

431 ROXIN, Claus. Estudos de direito penal – 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 18.

432 BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Op. cit. p. 192.

433 ROXIN, Claus. Estudos ... cit., p. 12.

434 “*con ello se adoptan formas de intervención punitiva que, utilizadas sin moderación e interpretadas de modo excesivamente formal, pueden implicar el riesgo de afectar a garantías que inspiran y justifican el sistema*”. MENDOZA BUERGO, Blanca. Op. cit. p. 81.

435 “*Por su parte, la tesis del valor de cambio político del Derecho penal alega que la consecuencia de que el Derecho penal se convierta en objeto de la política, es que las cuestiones fácticas se convierten en cuestiones de poder entre los partidos políticos, de manera que los debates sobre reformas legislativas no discurren sobre la realidad del problema, sino sobre la base de su dramatización por ejemplo en los medios de comunicación y de la aseveración de que el Estado no puede transigir con el delito y no garantiza suficientemente la seguridad. La política criminal que así se crea ha de servir a los intereses -también los electorales- de los partidos y hacer ver que se está arreglando el problema, de forma que hace surgir un Derecho penal que se orienta primordialmente por su valor de cambio político, lo cual fuerza a una flexibilización del mismo, así como a una maximización de opciones político-criminales, para estar en condiciones de adaptarse al más amplio espectro de formas de reacción y poder responder a las exigencias del mercado político*”. Ibid. p. 89 e 90.

436 “*Al igual que no se considera necesariamente adecuado responder al aumento de la criminalidad con penas cada vez más graves, se destaca que la creciente transformación del Derecho penal, entendido como derecho protector del ciudadano, en un instrumento flexible de intervención del Estado, resulta una respuesta equivocada a la cuestión de cómo pueden ser prevenidas de manera acertada las situaciones de peligro*”. Ibid. p. 33. Ainda sobre a ineficácia do Direito Penal na tutela de comportamentos: “*Además, desde esta perspectiva crítica, aunque tales efectos se producen bajo la justificación de conseguir una mayor eficacia en la persecución penal de ciertos comportamientos, es más que discutible que ello se consiga realmente, pues precisamente en los ámbitos en que se crean más delitos de peligro abstracto -medio ambiente, conductas relacionadas con drogas, entre otros- es donde más se reconoce la alarmante ineffectividad de la represión penal*”. Ibid. p. 81.

A mudança que passa o Direito Penal em suas bases normativas representa graves ajustes em prol da adequação às dinâmicas do risco. Nesse esforço de dilatar seu alcance de tutela, temos a incidência cada vez maior de técnicas legislativas inovadoras que facilitam a intervenção penal⁴³⁷, a exemplo da normatização de deveres de conduta nos delitos omissivos e nos delitos imprudentes, na tipificação de condutas voltadas ao perigo abstrato ou mesmo as noções de imputação objetiva e subjetiva⁴³⁸, todas estas fruto de uma racionalidade política clientelista, na contramão de qualquer finalidade altruísta e que “golpeia de morte o sistema legal de crimes e penas”⁴³⁹, na leitura de Daniel Erbetta.

A síntese desse Direito Penal simbólico, no escopo da *sociedade de risco*, tem perfeita locução na construção de Hassemer. Ao debater o fenômeno, o mestre de Frankfurt resgata a base do socorro à seara penal na já argumentada confiança que o povo relega a ela⁴⁴⁰, na medida em que, quanto mais exigentes as formulações preventivas da pena e sua finalidade, mais claro se mostra seu caráter simbólico⁴⁴¹. Isso ocorre pois crescentes são também as discrepâncias entre o que se propôs obter com a tutela penal e o que se conseguiu, o distanciamento de expectativas evidencia uma oposição entre *realidade* e *aparência*, entre o que é *latente* e o que está *manifesto*, onde *simbólico* se associa com *engano*⁴⁴².

437 MENDOZA BUERGO, Blanca. Op. cit. p. 95.

438 “Trata-se de novel política, com outros distintos parâmetros, onde se justifica eventual flexibilização de pressupostos clássicos do Direito Penal, como é o caso das noções de imputações objetiva e subjetiva, além do próprio conceito de princípios garantistas”. SILVEIRA, Renato Mello de Jorge. Direito penal econômico... cit. p. 68.

439 “Una nueva racionalidad política ha convertido al derecho penal en arma preferida con fines clientelistas. Una dinámica (la reformanía) que se ha instalado como natural (aunque en realidad se trata de un fenómeno netamente político) y que –paradojalmente y a contramano de las altruistas finalidades declamadas por sus cultores–, ha golpeado de muerte al sistema legal del delito y la pena en el ordenamiento argentino, convirtiéndolo en fuente permanente de inseguridad jurídica y arbitrariedad”. ERBETTA, Daniel. Op. cit. p. 230.

440 “La ‘conservación de la confianza del Pueblo en el Derecho’, o la ‘Confianza del pueblo en la invulnerabilidad del Derecho y en la protección del ordenamiento jurídico frente a ataques delictivos’ los que a pesar de estar instrumentalmente formulados son alcanzables, si acaso por medio de intervenciones simbólicas”. HASSEMER, Winfried. Derecho penal simbólico... cit. p. 26.

441 “En tanto que esta función implica más que un mero adiestramiento y cruda modificación de comportamientos, está obligada a realizar una intervención simbólica sobre sus destinatarios (el delincuente condenado en el caso de la resocialización y todos en los modelos preventivos generales). Debe implantar una determinada visión del Derecho penal en las mentes de la gente el cual enfatice la invulnerabilidad, la igualdad y la libertad, ya que de otra forma no se puede esperar una aceptación de las partes. Cuanto más exigentes se formulen los fines preventivos de la pena (resocialización del delincuente; intimidación de la capacidad delictiva; reafirmación de las normas fundamentales), cuanto más extensos sean los fines de la pena, más claramente parece su contenido simbólico: Persiguen con la ayuda de una intervención instrumental del Derecho penal (en cierto modo acorde con esta práctica) transmitir (cognitiva y emotivamente) el mensaje de una vida de fidelidad al Derecho”. Ibid. p. 27.

442 “Existe un acuerdo global respecto de la dirección en la cual se busca el fenómeno de Derecho simbólico: se trata de una oposición entre ‘realidad’ y ‘aparência’, entre ‘manifesto’ y ‘latente’, entre lo ‘verdaderamente querido’ y lo ‘otramente aplicado’; y se trata siempre de los efectos reales de las

Em face disso, esse simbolismo é marcado pela predominância daquilo que está *latente* sobre o que é *manifesto*⁴⁴³, cuja verificação se dá nos resultados obtidos na prática com a incidência da tutela penal sob o objeto⁴⁴⁴, algo que se multiplica em efeitos quando o referido objeto em tutela se apresenta como um *bem jurídico em caráter imaterial*, cujo traço sedimentar remonta a uma construção valorativa moral do legislador⁴⁴⁵; de acordo com o já exposto.

Em outras palavras, além de quebrar garantias básicas, o intento falha em proteger um bem e, por consequência, trazer a sensação de segurança almejada. Como tudo na *modernidade reflexiva*, esse movimento é retroalimentado em um quadro no qual “a constância das desilusões ao invés de impulsionar uma releitura do sistema resulta em seu maior (e ineficaz) recrudescimento”⁴⁴⁶.

Em meio à gravidade das causas e também dos efeitos que orbitam esse Direito Penal moderno, parece válido repisar que este arcabouço repressivo é um “mal a ser administrado em situações em que seja imprescindível seu uso, qual a pena privativa de liberdade”⁴⁴⁷. Não será ele o grande salvador de todos os problemas da sociedade quando, na realidade, é ele tão somente o instrumento jurídico que entra em cena quando tudo mais já deu errado, a *ultima ratio* do sistema. De pronto, o próprio Beck parece acompanhar essa defesa na medida em que contesta a noção que temos de que administradores e especia-

leyes penales. ‘Simbólico’ se asocia con ‘engaño’, tanto en sentido transitivo como reflexivo”. Ibid. p. 28.

443 “‘Simbólico’ en sentido critico es por consiguiente un Derecho penal en el cual las funciones latentes predominan sobre las manifiestas: del cual puede esperarse que realice a través de la norma y su aplicación otros objetivos que los descritos en la norma. Con ello se entiende -como ya expresa la determinación del concepto- por ‘funciones manifiestas’ llanamente las condiciones objetivas de realización de la norma, las que la propia norma alcanza en su formulación: una regulación del conjunto global de casos singulares que caen en el ámbito de aplicación de la norma, esto es, la protección del bien jurídico previsto en la norma”. HASSEMER, Winfried. Derecho penal simbólico... cit. p. 30.

444 “El contraste aparente entre funciones manifiestas y latentes, el cual constituye el núcleo del Derecho penal simbólico, se basa en un presupuesto histórico que vale la pena tomar en consideración. Este presupuesto es, como ya hemos mencionado, la orientación a las consecuencias del Derecho penal en la teoría y en la práctica”. Ibid., p. 30.

445 “El Derecho penal simbólico no aligera este proceso sino que lo fortalece. La ganancia preventiva que lleva consigo no se produce respecto de la protección de bienes jurídicos sino respecto de la imagen del legislador o del ‘empresario moral’. Lo que se consigue cuando el Derecho penal simbólico efectúa este engaño entre funciones latentes y manifiestas es que la pregunta crítica sobre la capacidad real del Derecho penal para proteger bienes jurídicos ni siquiera se plantea”. Ibid., p. 35.

446 SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. Op. cit. p. 83. Em aproximação similar, atento aos seus efeitos: “Los fenómenos de desformalización y privatización se han criticado clásicamente desde la perspectiva de la disminución de garantías que pueden conllevar. Así, se alude a los déficits de legalidad o de imparcialidad que generan, para oponerse a quienes los defienden desde perspectivas de eficiencia en la gestión de los problemas. Suscribiendo plenamente esta línea, desearía aludir de modo adicional a la cuestión desde la perspectiva de la propia capacidad preventiva del sistema”. SILVA SÁCHEZ, Jesús María. Op. cit. p. 76.

447 SILVEIRA, Renato Mello de Jorge. Direito penal econômico... cit. p. 167.

listas sabem o que é bom ou certo para todos⁴⁴⁸, e também, incisivamente, na forma como concluiu sua crítica a sociedade de risco.

Curiosamente, ao endurecer seu discurso para encaminhar seus pontos finais, Beck acabou por tocar em categorias que a própria defesa funcionalista louvou, ao se valer da teoria da sociedade de risco para recalibrar o Direito Penal. Primeiro exemplo delas está no próprio curso de causalidade, alterado no Direito Penal hodierno para ser valorado em face do risco assumido pelo agente, não circunscrito dentro de um risco permitido pelo legislador e que, conforme demonstrado facilita imputações ao não indicar claramente como a conduta tutelada lesionou um determinado bem jurídico.

Para Beck, essa ausência de demonstrabilidade é própria da dialética do risco, uma vez que a sua “comprovação é, por razões teórico-científicas se não impossível, bastante difícil”⁴⁴⁹, o que causaria estranheza às categorias garantistas clássicas do Direito Penal; como condenar sem plenas certezas quando à natureza do crime? Nesse mesmo sentido também, Beck é ostensivamente crítico aos chamados *limites de tolerância*, criados para fixar o que seria o tal *risco permitido* (valorado por Roxin em sua teoria da imputação objetiva). O autor os chama de “feitiços fajutos”⁴⁵⁰, vez que sua função seria a de relegar a uma categoria imensurável, indemonstrável, e puramente argumentativa – como é o risco – um valor quantitativo para traçar uma medida segura para sua ocorrência; como dar limites a algo cuja extensão é incalculável? Como dizer que uma conduta lesiva seria pouco errada ou muito errada, pouco crime ou muito crime? Exatamente por estas contradições, e aquelas já tratadas aqui anteriormente, que Beck assume os *limites de tolerância* em *função de uma descontaminação simbólica*⁴⁵¹, para a qual bastaria acreditar que existe um limite para nos vermos cobertos por um verniz de segurança.

A crítica da *sociedade de risco* transposta ao Direito Penal, catalizadora de seu crescente caráter simbólico, reside justamente nesta assertiva. Os riscos surgem por meio da cognição, do conhecimento, e justamente a partir delas ele pode ser reduzido, ampliado ou removido do painel da consciência, serem desinterpretados⁴⁵². Tamanha vagueza não cabe na seara penal, e mormente

448 BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony; LASH, Scott. Op. cit. p. 53.

449 BECK, Ulrich. *Sociedade de...* cit. p. 76. Ponto qual repisa Mendoza Buergo ao atentar que: “*comportamientos cuya prohibición no se basa en su conocida capacidad en general para la producción de daños, sino simplemente en la sospecha, no confirmada por conocimientos empíricos, de que pueden acarrear consecuencias indeseables*”. MENDOZA BUERGO, Blanca. Op. cit. p. 85.

450 BECK, Ulrich. *Sociedade de...* cit. p. 77.

451 *Ibid.* p. 83.

452 *Ibid.* p. 92.

em ciência alguma, resultando verificar que “o sistema de superespecialização profissional, juntamente com sua organização burocrática, fracassa diante dos riscos desencadeados pelo desenvolvimento industrial. Ainda que sirva ao desenvolvimento da produtividade, não serve à contenção dos perigos”⁴⁵³, algo repisado também por Cornelius Prittwitz, ao apontar para a impermanência de uma noção possível de “risco controlável”⁴⁵⁴.

CONCLUSÃO: CRÍTICA SOCIOLOGICA À IMPUTAÇÃO OBJETIVA E O DIREITO PENAL NA MODERNIDADE

caminhando para a conclusão, e em breve retomada dos pontos até aqui tratados, partimos de um levantamento da dogmática penal, com foco atual para a superação do modelo finalista pelo advento da escola funcionalista, cujo objeto central para cumprir o feito de um Direito Penal moderno vem com a teoria da imputação objetiva. Passando pelos suportes e críticas às noções de funcionalismo, adentramos em detida análise da teoria sociológica moderna, com foco nas relações entre o risco e a sociedade, buscando definir aquele que, nessa leitura, é o elemento central da construção de imputação objetiva. Com base nos predicados ali levantados, voltamos para a seara penal, na qual pudemos pinçar os efeitos já sensíveis que as dinâmicas do risco puderam impulsionar nas estruturas da Teoria do Delito.

De pronto, uma primeira conclusão certa e pouco polêmica, vem de Prittwitz ao pontuar que o Direito Penal, “dentro do grupo de candidatos ruins do Direito, na realidade, é o pior candidato para solucionar os problemas da sociedade de risco”⁴⁵⁵. Essa noção parte, primeiramente, de um substrato lógico no qual estamos buscando soluções de problemas projetados no futuro com uma ferramenta que, em sua essência, está voltada para avaliar o passado⁴⁵⁶. Em uma segunda análise, conforme largamente ilustrado, os problemas apontados na sociedade de risco não têm relação direta com comportamentos delitivos, sendo frutos de causas sistêmicas cujo impulso regulatório, a sanha

453 BECK, Ulrich. Sociedade de... cit. p. 82.

454 PRITTWITZ, Cornelius. A função do direito penal na sociedade globalizada do risco -defesa de um papel necessariamente modesto. In: AMBOS, Kai; BÖHM, Maria Laura (coords.). Desenvolvimentos atuais das ciências criminais na Alemanha – 1.ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013. p. 55.

455 *Ibid.*, p. 61.

456 *Ibid.*, p. 59.

em garantir segurança, garante criminalizações transversas às noções básicas de Direito Penal⁴⁵⁷.

Quando trazemos tais considerações para o crivo sociológico, colhemos evidências ainda maiores dos descompassos lógicos promovidos pela leitura que se faz das categorias dogmáticas. Em ponto algum de sua construção sociológica, Beck coloca o risco como uma categoria controlável, passível de aporte pelas instituições para melhor gerência de suas prerrogativas na sociedade moderna. Ele coloca sim o risco como elemento central desta modernidade, mas o faz de modo quase demeritório em face dos prejuízos que sua dialética nos traz, apontando, por exemplo, a tendência à “*sociedade do bode expiatório*”⁴⁵⁸, à qual a maleabilidade do discurso de risco seleciona seus alvos, bem como seus efeitos. O risco é autorreferencial, se multiplica nas bases do sistema, se consolida a cada confrontação feita dentro de suas inconstâncias racionais e, para o Direito Penal, absorver essa variação significa expor perigosamente o que temos de mais embrutecido em nosso ordenamento jurídico⁴⁵⁹.

A incompatibilidade é clara. O risco é um elemento que notoriamente depende de um universo de determinantes distintas, das quais, por uma impossibilidade matemática, nunca se consegue cravar com exatidão um resultado, se não uma margem aceitável de probabilidades. O Direito Penal, por outro lado, não comporta “quase crime” ou “em parte delito”, trata-se de um sistema binário no qual, partido de rigorosos filtros dogmáticos, ou há uma imputação, ou não há uma imputação⁴⁶⁰. Justamente por isso, retomando aqui a assertiva de Stratenwerth, que o Direito Penal está construído em defesa última de normas

457 V.g.: “Os riscos para o meio ambiente talvez sejam os melhores exemplos para esta tese: o comportamento individual e desviado não é o problema; 90% dos danos ao meio ambiente são resultados de atividades legais, são riscos permitidos. Aqui, o Direito Penal não pode servir”. *Ibid.*, p. 63.

458 “A sociedade de risco envolve assim, justamente com a ampliação dos perigos e a simultânea inércia política, uma tendência imanente à ‘sociedade do bode expiatório’: subitamente deixam de ser as ameaças e passam a ser aqueles que as revelam os que provocam a inquietação generalizada. A riqueza visível não é sempre confrontada por riscos invisíveis? Tudo isto não passa de uma quimera intelectual, um porta-lembretes dos alarmistas intelectuais e dos dramaturgos do risco?”. BECK, Ulrich. *Sociedade de...* cit. p. 92.

459 “Quanto mais enfática for a ampliação dos perigos no processo de modernização, quanto mais conspícua for a ameaça aos valores básicos do público geral e quanto mais evidente isto passar a ser na consciência de todos, tanto mais profundamente é abalada, na relação entre economia, política e esfera pública, a estrutura funcional de poder e de competências baseada na divisão do trabalho, e é tanto mais provável que, sob a égide do perigo iminente, responsabilidades sejam redefinidas, competências de atuação centralizadas e todos os pormenores do processo de modernização cobertos por controles e planejamentos burocráticos. Sob a forma de impacto, consuma-se, no reconhecimento dos riscos da modernização e com a ampliação dos perigos neles contidos, uma certa medida de mudança sistêmica. Isto ocorre, porém, não abertamente, mas sob a forma de uma ‘revolução silenciosa’, como consequência da mudança de consciência de todos, como subversão sem sujeito, sem substituição das elites e com manutenção da velha ordem”. *Ibid.* p. 96.

460 PRITTWITZ, Cornelius. *Op. cit.*, p. 63.

sociais essenciais, e não de garantir uma justiça superior metafísica no mundo⁴⁶¹. O Direito Penal não vale mais do que a ordem social da qual ele contribui para manter, só podendo extrair sua legitimidade da existência de normas legítimas⁴⁶², construídas dentro de seu caráter restritivo e pragmático, devidamente justificadas a partir dos princípios dogmáticos básicos⁴⁶³.

Dessa forma, a leitura funcional do Direito Penal – em especial aquelas mais extremadas –, ao ocluir tais considerações para forçar o dito impulso modernizador das ciências penais, não somente falha em seu intento como, em seu reflexo, desmantela as prerrogativas básicas que trazem ao Direito Penal um substrato mínimo de segurança jurídica; indispensável em uma seara cuja sanção é voltada para o que o estado tem de mais grave, no âmbito das punições. Em exemplo disso, diretamente no foco desse presente estudo, Prittwitz vê na causa de expansão do Direito Penal exatamente a facilidade das condições para a imputação objetiva e subjetiva⁴⁶⁴; mudando o filtro de calibragem da primeira pelo fator do risco e diminuindo a relevância da segunda a partir de expectativas sociais prévias. Justamente por isso, se questiona que a imputação objetiva, na realidade, não representa revolução alguma na dogmática penal⁴⁶⁵, e tão somente destaca algo que o sistema social – na linha de todas as considerações aqui já feitas – já emana como valor de uma modernidade.

Relembrando as considerações de Mir Puig, o sucesso da escola funcionalista – não obstante os méritos técnicos, principalmente de Roxin, na releitura da Teoria do Delito – advém centralmente de um momento social que cobra das autoridades a alta do punitivismo como meio de contenção de riscos externos ao Direito, sendo exatamente isso que essa leitura se propõe a fazer⁴⁶⁶; assim como foram, em seus respectivos tempos históricos anteriores, as escolas positivista, neokantiana e finalista.

Pensando no caráter argumentativo do risco e a subjetividade possível de se impor a partir de sistemas peritos, fica claro que o risco, enquanto valor de poder, é de interesse para muitos. Em especial, em uma modernidade centralmente tocada pelos crimes econômicos, beneficiam-se do risco tanto aqueles

461 STRATENWERTH, Günther. Derecho penal... cit., p. 31.

462 CANCIO MELIÁ, Manuel. Dogmática y política criminal en una teoría funcional del delito. In: LYNETT, Eduardo Montealegre (org.), El funcionalismo en derecho penal. Bogotá: Panamericana Formas e Impresos, 2003. p. 112.

463 Sobre isso: *“Las normas jurídicas no son un bien en sí mismas que sirva para justificar la intervención penal, sino, al contrario, un mal necesitado de justificación”*. MIR PUIG, Santiago. Límites del normativismo ... cit., p. 49.

464 PRITTWITZ, Cornelius. Op. cit., p. 66.

465 CANCIO MELIÁ, Manuel. Aproximación ... cit, p. 120.

466 MIR PUIG, Santiago. Límites del normativismo ... cit., p.36.

que desejam um controle social facilitado a partir de parâmetros mais abstratos de imputação (pensando a política-criminal como finalidade da dogmática), quanto aqueles que, no mau uso da noção de risco, ganham seu beneplácito para mantimento de condutas de fato nocivas para o entorno social⁴⁶⁷. Para Cancio Melia, a seletividade na forma como se coloca o argumento do risco é exatamente a medida na qual se demonstra que a imputação objetiva, na realidade, coroa o “divórcio entre a norma e a realidade social”, uma vez que entrega, de uma forma muito velada, o controle do mecanismo mais importante de imputação nas mãos daqueles que de fato arbitram o risco social⁴⁶⁸.

Com base nessas premissas, e à sombra da defesa funcionalista da imputação objetiva como resposta moderna ao novo cabedal de crimes da *societade de risco*, se o próprio Beck sai em advertência da facilidade de converter a modernidade em um sistema arbitrário, ao dizer que esse cenário esboça “o panorama de um autoritarismo científico-burocrático”⁴⁶⁹, menos não pode se esperar de um Direito Penal já em marcha do seu desmantelamento seletivo, sintomático na abstração de algumas de suas garantias básicas, e próprias de regimes autoritários⁴⁷⁰.

De toda forma, é certo que a dinâmica *seguro versus inseguro*⁴⁷¹ dê a tônica deste debate da forma com a qual deve atuar o Direito Penal moderno.

467 Em maior reflexão disso: “(...) *há uma aliança fatal entre dois grupos que permitem estas respostas contraindicadas: uma aliança entre alguns que verdadeiramente esperam o impossível do Direito Penal e outros que claramente são os beneficiários do (mau) uso do Direito Penal. As indústrias prejudiciais ao meio ambiente têm um interesse muito óbvio em que os problemas ambientais tenham a ver com crimes ambientais, porque querem continuar com suas atividades perigosas e benéficas. Não querem regulação, querem liberdade e as sociedades, sempre quando creem ou pretendem crer que os problemas são os das ‘ovelhas negras’, permitem-lhes riscos inaceitáveis. No mundo bancário e financeiro não é diferente. Este mundo, apesar dos danos e riscos que tem produzido nos últimos anos, quer liberdade, não quer regulações, quer que pensemos que alguns ‘maus’ têm produzido a crise. Mas não foi assim, foi um sistema inadequadamente regulado, demasiadamente livre, que produziu a crise*”. PRITTWITZ, Cornelius. Op. cit., p. 64 e 65.

468 “*Así las cosas, se trata de una teoría explicativa que es perfectamente aplicable a cualquier ordenamiento en el que exista el principio de legalidad que da carta de naturaleza a cualquier teoría del delito. El hecho de que se trate de una sociedad económicamente injusta, desigual, no impide la virtualidad de esta teoría. Es más: puede contribuir a mostrar con mayor claridad tal desigualdad que otras opciones teóricas menos articuladas, puede mostrar con mayor claridad un divorcio entre la norma y la realidad social*”. CANCIO MELIÁ, Manuel. Aproximación ... cit, p. 119.

469 BECK, Ulrich. Sociedade de... cit. p. 97.

470 “(...) Ferrajoli, v.g., ao estabelecer as características fundamentais dos sistemas autoritários, chama de modelo autoritário objetivista aquele em que carece o elemento da intencionalidade do delito, vale dizer, de sua própria culpabilidade”. SILVEIRA, Renato Mello de Jorge. Direito penal econômico... cit. p. 170.

471 “*O crescimento de controvérsias relativas às ameaças fabricadas faz que os antagonismos seguro versus inseguro se aprofundem. É óbvio que a politização ocorre como uma questão específica. Entretanto, isso significa que qualquer pessoa que, de um lado, defenda a segurança, de outro se encontra nas listas dos ameaçados. Foi a partir daí que Niklas Luhmann concluiu que esta oposição não pode ser tratada institucionalmente nem leva a padrões frontais claros. Segundo ele, o resultado é uma flutuação potencial do conflito, que não pode ser nem limitado nem agudizado para se*

Claro também é o dilema desagradável por ele vivido, no qual “ou bem fracassar diante de perigos produzidos sistematicamente ou então revogar, por meio de ‘esteios’ autoritários do poder de polícia do Estado, princípios básicos da democracia”⁴⁷², cabendo a nós questionar em qual ponto, entre garantir a segurança e revogar garantias, encontra-se o melhor Direito Penal.

Em sua advertência final, Beck dá pistas de uma melhor calibragem para este posicionamento, ao alegar que:

A crítica sociocultural da modernidade tem invariavelmente de lutar também com a sabedoria (sociológica) de botequim, segundo a qual as normas tradicionais passam a ser violadas na marcha da modernidade. Contradições entre normas ainda tão evidentes e o desenvolvimento social são o cerne do prosaísmo mais prosaico. A ponta da lança da crítica cultural das ciências sociais está invariavelmente cega sob os critérios das ciências sociais. É preciso também ser um mau sociólogo para ser capaz de insistir em validar contra a malícia da modernidade as belas pretensões que culminam na razoabilidade da razão.⁴⁷³.=

A par das considerações todas aqui trazidas, relegar o que o Direito Penal tem de mais sensível ao sabor de valorações sociais é dismantelar a conquista histórica mais importante das ciências penais, desde aquele seu primeiro impulso liberal: a segurança jurídica. Claus Roxin, ao defender seu modelo de interposição entre política-criminal e Teoria do Delito, apontou para os casos em que como meio de salvar a segurança jurídica se tenha deixado de fazer justiça⁴⁷⁴.

Sobre isso, basta relembrar a advertência de Chaim Perelman quanto aos juízos situacionistas e a flexibilidade da noção de justiça, baseada na “ambigüidade da noção de verdade, ora alheia aos valores, ora valor universal, impondo-se a todos e primando sobre todos os outros valores”⁴⁷⁵, arrematando adiante que “nosso direito admite a existência de situações em que outros valores passam a ser considerados mais importantes do que a própria verdade”, pois cabe ao magistrado que decida “em função dos valores dominantes na sociedade, sendo sua missão conciliar com esses valores as leis e as instituições estabelecidas, de modo que ponha em evidência não apenas a legalidade, mas

transformar em disputas políticas. Neste caso, sempre permanece pouco claro que a segurança e as próprias instituições de seguro contenham e mantenham padrões segundo os quais elas podem ser acusadas de insegurança sem a cobertura de seguros”. BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony; LASH, Scott. Op. cit. p. 75.

472 BECK, Ulrich. Sociedade de... cit. p. 98.

473 Ibid., p. 101.

474 ROXIN, Claus. Política criminal ... cit., p. 85.

475 PERELMAN, Chaim. Op. cit., p. 148.

também o caráter razoável e aceitável de suas decisões⁴⁷⁶. Não obstante isso, basta verificar também que a segurança jurídica se trata de postulado normativo central em qualquer Constituição democrática, enquanto “justiça” compreende um valor subjetivo, muitas vezes impossível de ser universalizável, tão logo de ordens hermenêuticas distintas e impassíveis de serem confrontadas em uma aplicação rigorosa de Direito⁴⁷⁷.

A conclusão que se conduz por esse trabalho, ao fim de tudo aqui exposto, compreende que a imputação objetiva não se apresenta como meio apto a resolver quaisquer dos problemas da criminalidade que se coloca a enfrentar na modernidade, em especial os crimes econômicos. Isto porque, o risco, pedra de toque da calibragem social garantida à imputação objetiva, não é meio apto para condução ou passível de qualquer controle técnico, ainda mais no âmbito do Direito Penal. Para além da ineficiência do modelo, é certo que, em seus efeitos residuais, enfrentamos o dismantelamento de garantias clássicas insculpidas na Teoria do Delito e que, às custas de uma nova onda punitiva, são colocados em segundo plano, em detrimento de um discurso cujos únicos ganhadores reais são aqueles em posição de poder argumentativo do risco, enquanto objeto de condução social.

Nesse modelo, o Direito Penal se coloca à deriva dos interesses já vigentes na ordem das relações sociais, sem, com isso, ganhar de fato o mérito que se pretendia quando se pensou na política-criminal como meio de trazer eficiência para a seara penal.

Não obstante os muitos méritos da escola funcionalista aqui destacados, reputa-se que, ainda que a se tenha o “reconhecimento de que não há norma que não contenha referência situacional alguma, por mais tênue que seja”⁴⁷⁸, é certo que a sua gestão se garanta dentro de critérios claros e seguros⁴⁷⁹, algo que, conforme demonstrado, o fator do risco permitido obsta garantir. Em grande síntese da noção aqui apresentada, na advertência poética de Tzvetan Todorov, por vezes a “violência dos meios anula a nobreza dos fins”⁴⁸⁰.

476 Ibid., p. 200.

477 FERRAZ JR, Tercio Sampaio. *Argumentação jurídica* – 2. ed. São Paulo: Manole, 2016. p. 127.

478 GÜNTHER, Klaus. *Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação* – 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 11.

479 Klaus Günther, pensando nessa questão, oferece a calibragem a partir de um “princípio da universalização”, no qual “as respectivas consequências e os respectivos efeitos colaterais, que resultem do seu cumprimento geral para a satisfação dos interesses de cada indivíduo, possam ser aceitos por todos os envolvidos”. In: GÜNTHER, Klaus. *Op. cit.*, p. 9.

480 TODOROV, Tzvetan. *Op. cit.*, p. 84.

REFERÊNCIAS

- ALVES, Alaôr Caffê. A normatividade e a estrutura social como dimensões históricas. In: ALVES, et al. *Direito, sociedade e economia: leituras marxistas*. São Paulo: Manole, 2005.
- AMBOS, Kai; BÖHM, María Laura (org.). *Desenvolvimentos atuais das ciências criminais na Alemanha*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.
- AMBOS, Kai. *Ensaio de direito penal e processual penal*. São Paulo: Marcial Pons, 2016.
- ATRIA, Fernando. Existem direitos sociais? *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*. Livraria do Advogado, nº 56, set/2005.
- BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo global*. Madrid, Siglo XXI España Editores, 2002.
- _____. *Liberdade ou capitalismo*. São Paulo: Editora Unesp, 2003.
- _____; GIDDENS, Anthony; LASH, Scott. *Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna*. São Paulo: Editora Unesp, 2012.
- _____. *Sociedade do risco: rumo a uma outra modernidade*. São Paulo: Ed. 34, 2010.
- BELLUZZO, Luiz Gonzaga. *O capital e suas metamorfoses*. São Paulo: Editora Unesp, 2013.
- BERGALLI, Roberto. *Liberdad y seguridad: Un equilibrio extraviado en la Modernidad tardía*. In: MUÑOZ CONDE, Francisco; LOSANO, Mario G. (coord.). *El derecho ante la globalización y el terrorismo*. Valência: Tirant lo Blanch, 2004.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. E quando o Estado desaparece numa ordem capitalista? In: ALVES, et al. *Direito, sociedade e economia: leituras marxistas*. São Paulo: Manole, 2005.
- BOBBIO, Norberto. *Os intelectuais e o poder: dúvidas e opções dos homens de cultura na sociedade contemporânea*. São Paulo: Editora UNESP, 1997.
- BODEMER, Klaus. *Violência e (in)segurança cidadã na América Latina: percepções, dados empíricos e respostas teóricas e políticas*. In: AMBOS, Kai; BÖHM, María Laura (coords.). *Desenvolvimentos atuais das ciências criminais na Alemanha – 1.ed.* Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013.
- BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de perigo abstrato*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2010.
- BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. Lisboa: Difel, 1989.
- CAMPILONGO, Celso Fernandes. *O Direito na Sociedade Complexa*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- CANCIO MELIÁ, Manuel. *Aproximación a la teoría de la imputación objetiva*. In: BOLAÑOS GONZÁLEZ, Mireya (comp.). *Imputación Objetiva y Dogmática Penal*. Mérida: Producciones Karol, 2005.
- _____. *Dogmática y política criminal en una teoría funcional del delito*. In: LYNETT, Eduardo Montealegre (org.), *El funcionalismo em derecho penal*. Bogotá: Panamericana Formas e Impresos, 2003.
- CARDOSO, Ruth. *Sustentabilidade, o desafio das políticas sociais no século XXI*. In: CALDEIRA, Teresa Pires do Rio (Org.). *Ruth Cardoso obra reunida*. São Paulo: Mameluco, 2011.
- CHALMERS, Alan. *A fabricação da ciência*. São Paulo: Editora da UNESP, 1994.
- CHAMPO SÁNCHEZ, Nimrod Mihael. *El derecho penal de la sociedad de riesgo*. Azcapotzalco: Ubijus Editorial, 2012.
- COHEN, Stanley. *Folk devils and moral panics – 3ª ed.* New York: Routledge, 2002.
- COLINA RAMÍREZ, Edgar Iván. *Sobre la legitimación del derecho penal del riesgo*. Sevilla: Bosch Editor, 2014.
- COSTA, José Francisco de Faria. *O perigo em direito penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1992.

- DARDOT, Pierre. A nova razão do mundo: ensaio sobre a sociedade neoliberal. São Paulo: Boitempo, 2016.
- ENRIQUE FERRARO, Agustín. Gobernabilidad y derecho en el proceso de globalización. In: MUÑOZ CONDE, Francisco; LOSANO, Mario G. (coord.). El derecho ante la globalización y el terrorismo. Valência: Tirant lo Blanch, 2004.
- ERBETTA, Daniel. ¿Expansión penal o derecho penal mínimo? El estado actual de la legislación penal argentina y los fundamentos y lineamientos generales del anteproyecto de reforma integral al código penal. In: Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Contribuciones críticas al sistema penal de la post modernidad. Santiago de Chile: Universidad Central de Chile, 2007.
- FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. Imputación objetiva en el Derecho penal económico y empresarial. InDret 2/2009. Barcelona, maio/ 2009.
- _____. Sobre la crisis de la teoría del bien jurídico. In Dret – Revista Para el Análisis Del Derecho, Barcelona, n. 2, abril/2008.
- FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. Argumentação jurídica – 2. ed. São Paulo: Manole, 2016.
- _____. Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação. São Paulo: Atlas, 2013.
- FOUCAULT, Michael. Vigiar e punir: nascimento da prisão. Petrópolis: Vozes, 1987.
- GIDDENS, Anthony. As consequências da modernidade. São Paulo: Editora Unesp, 1991.
- GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (org.). O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar? Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.
- GÜNTER, Klaus. Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação – 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- HAAS, Volker. La doctrina penal de la imputación objetiva. Indret, 1/2016, Barcelona, Janeiro de 2016.
- HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia: entre facticidade e validade, vol. II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.
- HALL, Stuart. A identidade cultural na pós-modernidade. Rio de Janeiro: DP&A, 2005.
- HARVEY, David. Cidades rebeldes. São Paulo: Martins Fontes, 2014.
- HASSEMER, Winfried. Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos. In: BUSTOS RAMÍREZ, Juan (dir.) Pena y Estado: Función simbólica de la pena. Santiago de Chile: Editorial Jurídica ConoSur Ltda., 1995
- _____. Introducción a la criminología y al derecho penal. Valencia: Tirant lo blanch, 1989.
- _____. Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.
- _____. Linhas gerais de uma teoria pessoal do bem jurídico. In: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (orgs.). O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar? Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.
- _____. Por qué no debe suprimirse el derecho penal. Talplan: Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2003.
- HOBBSBAWN, Eric. A era das revoluções – 1789-1848. São Paulo: Paz e Terra, 2009
- JAKOBS, Günther. Derecho penal parte general, fundamentos y teoría de la imputación. Madrid: Marcial Pons, 1995.
- _____. A imputação objetiva no direito penal – 3.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.
- _____. Fundamentos e determinação da conduta não permitida. In: AMBOS, Kai; BÖHM, María Laura (coords.). Desenvolvimentos atuais das ciências criminais na Alemanha – 1.ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013.

- _____. La imputación objetiva en el derecho penal. Buenos Aires: Ad Hoc, 1997.
- _____. Sobre a teoria do direito penal do inimigo. In: AMBOS, Kai; BÖHM, María Laura (coords.). Desenvolvidos atuais das ciências criminais na Alemanha – 1.ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013.
- KUHN, Thomas. A estrutura das revoluções científicas. São Paulo: Editora Perspectiva, 1998.
- LAZZARATO, Maurizio. As revoluções do capitalismo. Rio de Janeiro: Civilização, 2006.
- LIPOVETSKY, Gilles. A era do vazio. São Paulo: Manole, 2005.
- LUHMANN, Niklas. Sociologia do direito, vol. I. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983.
- _____. Sociologia do direito, vol. II. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1985.
- LYNETT, Eduardo Montealegre (Coord.). El funcionalismo en el derecho penal, tomo I. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.
- _____. El funcionalismo en el derecho penal, tomo II. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.
- MARICATO, Ermínia. É a questão urbana, estúpido! In: MARICATO, et al. Cidades Rebeldes: Passe livre e as manifestações que tomaram as ruas do Brasil. São Paulo: Boitempo, 2013.
- MARSHALL, Gordon; SCOTT, John. Dictionary of sociology. New York: Oxford University Press, 2009.
- MASCARO, Alysson Leandro. Utopia e direito: Ernst Bloch e a ontologia jurídica da utopia. São Paulo: Quartier Latin, 2008.
- MASI, Carlo Velho. Criminalidade econômica e repatriação de capitais. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2012.
- MATURANA, Humberto. Cognição, ciência e vida cotidiana. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2001.
- MELIÁ, Manuel Cancio. Estudios sobre la teoría de la imputación objetiva. Buenos Aires: Ad Hoc, 1998.
- _____. Líneas básicas de la teoría de la imputación objetiva. Mendoza: Ediciones Jurídicas Cuyo, 1999.
- MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de Direito Constitucional, 7ª Ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- MENDOZA BUERGO, Blanca. El derecho penal en la sociedad del riesgo. Madrid: Civitas, 2001.
- MIR PUIG, Santiago. Introducción a las bases del derecho penal. Montevideo: B de F Ltda, 2003.
- _____. Límites del normativismo en Derecho Penal. In: BOLAÑOS GONZÁLEZ, Mireya (comp.). Imputación Objetiva y Dogmática Penal. Mérida: Producciones Karol, 2005.
- MUÑOZ CONDE, Francisco. Introducción al derecho penal. Montevideo: B de F Ltda, 2003.
- PAWLIK, Michael. Pena ou combate ao perigo? Os princípios de direito penal internacional alemão no foro da teoria da pena. In: SAAD-DINIZ, Eduardo; POLAINO-ORTS, Miguel (org.). Teoria da pena, bem jurídico e imputação. São Paulo: LiberArts, 2012.
- PERELMAN, Chaim. Lógica jurídica, nova retórica. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel. La seguridad como fundamento de la deriva del derecho penal postmoderno. Madrid: Iustel, 2007.
- PRADO, Luiz Régis. A imputação objetiva no direito penal brasileiro. Revista de Ciências Penais, São Paulo, vol. 3, p. 81, jul/2005.
- PRITTWITZ, Cornelius. A função do direito penal na sociedade globalizada do risco – defesa de um papel necessariamente modesto. In: AMBOS, Kai; BÖHM, Maria Laura (coords.). Desenvolvidos atuais das ciências criminais na Alemanha – 1.ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013.

- RAUTER, Cristina. Criminologia e subjetividade no Brasil. Rio de Janeiro: Revan, 2003.
- RAWLS, John. Justiça como equidade: uma reformulação. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- ROSANVALLON, Pierre. The new social question: rethinking the welfare state. New Jersey: Princeton University Press, 1995.
- ROSSI, Paolo. Naufrágio sem espectador: a ideia de progresso. São Paulo: Editora Unesp, 2000.
- ROXIN, Claus. Derecho penal. Parte general, tomo I: Fundamentos, la estructura de la teoría del delito. Madrid: Civitas, 1997.
- _____. Estudos de direito penal – 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- _____. La evolución de la política criminal, el derecho penal y el proceso penal. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000.
- _____. Política criminal e sistema jurídico-penal. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- _____; et all. Problemas fundamentales de la política criminal y el derecho penal. Ciudad de Mexico: Universidad Nacional Autónoma de México, 2002.
- _____; et all. Sobre el estado de la teoría del delito. Madrid: Civitas, 2000.
- SAAD-DINIZ, Eduardo; POLAINO-ORTS, Miguel (org.). Teoria da pena, bem jurídico e imputação. São Paulo: LiberArs, 2012.
- SANTOS, Boaventura de Souza. Globalização: fatalidade ou utopia? Porto: Edições Afrontamento, 2001.
- SANTOS, Juez Cirino dos. Direito penal: parte geral. Curitiba: ICPC, 2014.
- SENNET, Richard. A corrosão do caráter. Rio de Janeiro: Editora Record, 2002.
- SILVA, Virgílio Afonso da. A evolução dos direitos fundamentais. In: Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais, nº 6, 2005.
- SILVA SANCHEZ, Jesus Maria. Aproximaciones al derecho penal contemporaneo. Barcelona: J. M. Bosch Editor, 1992.
- _____. La Expansión del derecho penal, aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. Madrid: Civitas, 2001.
- _____. Política criminal y nuevo derecho penal. Barcelona: J. M. Bosch Editor, 1997.
- SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Bem jurídico-penal: leituras conflituosas. In: SAAD-DINIZ, Eduardo; POLAINO-ORTS, Miguel (org.). Teoria da pena, bem jurídico e imputação. São Paulo: LiberArts, 2012.
- _____; Direito penal econômico como direito penal de perigo. São Paulo: Editora RT, 2006.
- _____; SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. A tutela penal do mercado de capitais e o sarbanes-oxley-act: novas considerações. In: RUIZ FILHO, Antonio; SICA, Leonardo (coord.). Responsabilidade Penal na atividade econômico-empresarial. São Paulo: Quartier Latin, 2010.
- SOUZA, Luciano Anderson de. Direito penal econômico: fundamentos, limites e alternativas. São Paulo: Quartier Latin, 2012.
- _____. Expansão do direito penal e globalização. São Paulo: Quartier Latin, 2007.
- STRATENWERTH, Gunther. Derecho penal: parte general I, el hecho punible. Navarra: Editorial Aranzadi, 2005.
- _____. Sobre o conceito de “bem jurídico”. In: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (orgs.). O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar? Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.
- TODOROV, Tzvetan. Os inimigos íntimos da democracia. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

- VIEIRA, Arioaldo; GONÇALVES, Diego Vilhena. Direito Penal Econômico e a tutela penal dos interesses difusos. In: RUIZ FILHO, Antônio; SICA, Leonardo (Coord.). Responsabilidade Penal na atividade econômico-empresarial. São Paulo: Quartier Latin, 2010.
- WEBER, Max. A ética protestante e o espírito do capitalismo. São Paulo: Martin Claret, 2013.
- WELZEL, Hans. O novo sistema jurídico-penal: uma introdução à doutrina da ação finalista – 4.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

UMA ANÁLISE EMPÍRICA SOBRE A CONSTITUIÇÃO DO LITISCONSÓRCIO ATIVO NA RECUPERAÇÃO JUDICIAL

BEATRIZ RABELO CUSTÓDIO

ORIENTADORA:
PROFESSORA DOUTORA SHEILA CHRISTINA NEDER CERZETTI

RESUMO

Compreender como o instituto processual do litisconsórcio é utilizado nos pedidos de recuperação judicial formulados por mais de uma sociedade empresária é o primeiro passo no caminho da construção da interdisciplinaridade necessária ao direito da empresa em crise. Devido ao aumento dos pedidos de recuperação judicial formulados por grupos empresariais, um estudo consolidando as vertentes processual, societária e concursal se faz requisito imprescindível para a análise deste tema extremamente complexo. Daí a necessidade de um estudo teórico destes três ramos a ser verificado mediante análise empírica desenvolvida com o fim de estabelecer as bases da constituição do litisconsórcio ativo nos pedidos de recuperação judicial, sua forma de qualificação e as consequências desta. Para tanto, foram consultados artigos e livros pertinentes, bem como legislação e análise empírica de modo a observar sua validade no cenário brasileiro, a despeito da ausência de disposição específica que regulamente o pedido de recuperação judicial formulado em conjunto por diversas sociedades empresárias na Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005.

CAPÍTULO I – INTRODUÇÃO

1.1. APRESENTAÇÃO E JUSTIFICATIVA DO TEMA ESCOLHIDO

Pretender compreender os diferentes ramos do direito como se completamente independentes e isolados fossem constitui tentativa fadada ao fracasso. A complexidade do sistema jurídico demanda uma visão interdisciplinar de diversas searas do direito ao mesmo tempo, para que seja possível, efetivamente, alcançar o pleno acesso à justiça e a tutela jurisdicional buscada pelas partes em determinada demanda.

Este cenário de intersecção ganha relevo nos casos em que a lei específica aplicável simplesmente não dispõe sobre instituto ou matéria que seja imprescindível para a apreciação e solução de referida demanda.

É o que ocorre com o direito da empresa em crise, ou direito concursal, quando a formulação do pedido de recuperação judicial é feita em conjunto por mais de uma sociedade empresária. Trata-se de uma lacuna existente na Lei 11. 101, de 9 de fevereiro de 2005 (“LRE”), que trata dos pedidos de recuperação judicial por empresas em crise, dado que esta dispõe apenas sobre os pedidos de recuperação judicial ajuizados por uma única sociedade requerente, ou seja, para uma única devedora, inexistindo qualquer disposição sobre o pedido formulado conjuntamente por um grupo de sociedades.

Esta omissão da lei específica sobre a matéria exige, dessa forma, a busca em outras áreas do direito, quais sejam no direito processual e no direito societário, para que possamos abordar de forma adequada a disciplina dos grupos societários em litisconsórcio ativo nos pedidos de recuperação judicial, permitindo a construção das bases necessárias para a utilização adequada do instituto.

Deve-se compreender, contudo, que tal transposição para o direito concursal exige cautela, considerando as tutelas jurisdicionais decorrentes de cada uma destas matérias, cabendo ao intérprete moldá-las para melhor adequar a composição do litisconsórcio no pedido de recuperação judicial, almejando-se, com isso, a possibilidade da efetiva tutela jurisdicional buscada com o seu pedido: a superação da crise enfrentada por todas as requerentes.

Daí que necessário se faz um estudo aprofundado sobre a utilização do litisconsórcio no processo de recuperação judicial, tendo em vista a existência de lacuna legislativa sobre o assunto, de modo a ser possível alcançar uma fórmula de aplicação sobre sua constituição no processo concursal, apta a lidar com a complexidade do pedido formulado em conjunto por diversas sociedades empresárias.

É justamente este o propósito desta dissertação: compreender, primeiro, como se estrutura o litisconsórcio no direito processual para, posteriormente, aplicá-lo ao direito concursal e societário, tornando-se possível, por fim, verificar se referida transposição possui o condão de ser aplicada na prática, mediante análise empírica desenvolvida com este intuito.

1.2. METODOLOGIA UTILIZADA

Divide-se esta dissertação em três perspectivas principais: (i) uma sobre a natureza da constituição do litisconsórcio a partir da legislação existente no âmbito do direito processual; (ii) uma de direito material, consubstanciada no relacionamento entre diferentes partes e em como elas se integram para compor a formação do litisconsórcio; e (iii) uma última feita mediante o uso de análise empírica apta a verificar se, realmente, este instituto do direito proces-

sual é capaz de ser aplicado às partes quando do pedido de recuperação judicial em conjunto.

Disso decorre que, em um primeiro momento, a presente trará uma construção da estrutura do instituto processual que é o litisconsórcio, com suas condições, peculiaridades e qualificações a serem utilizadas posteriormente.

Ato contínuo, ter-se-á a perspectiva do direito material referente à relação das partes que compõem o litisconsórcio na recuperação judicial, os grupos de sociedades empresárias que a requeiram em conjunto. Neste segundo momento, assim, se moldará a estrutura litisconsorcial outrora construída especificadamente para o direito concursal, mediante a utilização da disciplina do direito societário.

Por fim, a análise empírica funcionará como um instrumento de verificação do relacionamento entre as três searas do direito – direito processual, direito societário e direito concursal – para concluir sobre sua efetiva sintonia.

Vale ressaltar que a análise empírica aqui desenvolvida teve influência do estudo desenvolvido pelo Grupo de Estudos da Empresa em Crise (“Gedec”) da Faculdade de Direito do Largo São Francisco/USP (FDUSP)¹, do qual fiz parte, para buscar demonstrar diversos cenários que serão expostos neste trabalho.

Acredita-se que esta divisão, longe de esvaziar o tema que, infelizmente, ainda padece da falta de pesquisas, poderá fornecer uma visão interdisciplinar do problema, postura que é essencial para a compreensão de qualquer questão correspondente ao processo de recuperação judicial, que é visto pela melhor doutrina como um “*encontro do direito processual, societário e concursal*.”²

1.3. DELIMITAÇÃO DO PROBLEMA: A CONSOLIDAÇÃO SUBSTANCIAL COMO REMÉDIO PARA A CRISE VIVENCIADA E A CONSTITUIÇÃO DO LITISCONSÓRCIO NA RECUPERAÇÃO JUDICIAL

Antes de se adentrar efetivamente nas três perspectivas dispostas na metodologia desta dissertação, faz-se imprescindível uma contextualização de seu tema, de modo a localizar o cerne da questão que se pretende resolver, que envolve a utilização de um fenômeno processual nos pedidos de recuperação judicial, sem as devidas bases para a sua adequada aplicação e constituição.

1 A apresentação do Gedec será efetuada no Capítulo IV da presente tese.

2 CEREZETTI, S.C. Neder, *Grupo de Sociedades e Recuperação Judicial: O indispensável encontro entre direitos societário, processual e concursal*, in YARSHELL, Flávio Luiz; PEREIRA, Guilherme Setoguti J. Pereira. (Coord.), *Processo Societário II*, São Paulo: Quartier Latin, 2015, v. p. 735-789.

Fenômeno este que passou a ser debatido entre os anos de 2013 e 2016, quando, em virtude da crise político-econômica que assolou o país³ verificou-se um robusto crescimento da quantidade de pedidos de recuperação judicial ajuizados, conjuntamente, por sociedades pertencentes a um mesmo grupo empresarial, com potencial de atingir diversos grupos existentes, dos menores aos grandes conglomerados empresariais.

Este cenário fez com que a doutrina e o Judiciário se deparassem com pedidos unificados de recuperação judicial por sociedades empresárias pertencentes a um mesmo grupo empresarial, e que buscavam a superação da crise em conjunto, ocasionando, aqui no Brasil, o surgimento de debates em torno das denominadas “consolidação processual” e “consolidação substancial”, como mecanismos de tratamento destes pedidos.

Especificamente sobre estes institutos, define-se a “consolidação processual” como uma mera tradução do conceito acerca do litisconsórcio qualificado como comum⁴ – aquele em que as partes não precisam ter necessariamente a mesma sorte no processo – para o direito concursal, porque representa apenas a união de todas as sociedades no pólo ativo da demanda, sem que isso vincule os destinos de cada uma de forma unitária.

Ou seja, a cumulação subjetiva das requerentes se desencadeia em diversos procedimentos em um mesmo processo de recuperação judicial, com um plano correspondente para cada uma, ainda que apenas formalmente, respeitando a discriminação e a forma de pagamento dos credores de cada qual.

Já a “consolidação substancial”, fenômeno absorvido do direito norte-americano – *substantive consolidation*⁵ – que foi, entre nós, colocado como pauta de debate apenas nos últimos anos⁶, pode ser qualificada como um litiscon-

3 Matéria publicada pelo Valor Econômico em 05/09/2016 – “Pedidos de Recuperação batem recorde no acumulado até agosto”. Disponível em: <http://www.valor.com.br/brasil/4699583/pedidos-de-recuperacao-judicial-batem-recorde-no-acumulado-ate-agosto>. Acesso em 12 de setembro de 2017.

4 Como o capítulo III desta tese se focará no estudo do litisconsórcio, opta-se, neste momento, por efetuar sua classificação de forma concisa e pouco embasada, ante o objetivo neste Capítulo II ser apenas contextualizar a problemática envolta sobre o tema da constituição do litisconsórcio.

5 Conforme leciona EDWARD J. WES JR. sobre o conceito de *substantive consolidation*: “*substantive consolidation in bankruptcy involves ‘piercing the corporate veil’ between affiliated bankrupt corporations to form one ‘consolidated’ entity for the purposes of the bankruptcy proceeding. Consolidation normally consists of the elimination of all interaffiliate claims and the placing of all assets into a ‘hotchpot’ to be shared by the creditors of all affiliates. Since ‘the theme of the Bankruptcy Act is equality of distribution,’ the creditors generally will share in pari passu in the consolidated assets*” (*Substantive Consolidations in Bankruptcy, A Flow-of-Assets Approach*, 65 Cal. L. Rev. 720, 1977, pp. 720-721).

6 Necessário destacar o pioneirismo de SHEILA C. NEDER CERZETTI que, em artigo publicado no ano 2015, através da análise do direito comparado, introduziu o debate em torno da

sórcio unitário, em que todas as partes que compõem o pedido em conjunto estão fadadas a um mesmo destino⁷, porque, com ela, ter-se-á a utilização de um único procedimento, por meio de um plano unitário, para a superação da crise de todas as requerentes em conjunto.

Em apertadíssima síntese, ante não ser esta o foco desta dissertação centrada, como se verá, no cenário pré-concursal que a antecede, pode-se definir a consolidação substancial como a união de ativos e passivos – patrimônios – de duas ou mais sociedades empresárias que tenham requerido a recuperação judicial em litisconsórcio ativo.

Em decorrência, essa união de ativos e passivos passa a ser responsabilizada em sua integralidade pelo pagamento das dívidas de todos os credores submetidos à recuperação judicial daquele determinado grupo de sociedades empresárias, sem que haja discriminação sobre qual devedora seria originalmente responsável por este ou aquele débito, eis que todos os credores são pagos pela massa de ativos e passivos de todas as requerentes.

Há posição doutrinária que qualifica este fenômeno da consolidação substancial como um *remédio* para a crise⁸ ao diferenciá-lo das situações em que ocorre a extensão dos efeitos da falência ou a desconsideração da personalidade jurídica, porque, diferentemente destas, que visam a uma ampliação do processo de liquidação e à maior possibilidade de pagamento de determinado crédito mediante a união do patrimônio das devedoras, respectivamente, a consolidação substancial visa a funcionar como um meio apto a possibilitar a solução em conjunto da crise, tendo em vista que, sem ela, seria extremamente difícil – ou mesmo improvável – a recuperação de todas as sociedades em crise.

Sua utilização, contudo, ressalva referida doutrina, deve ser permitida apenas em casos específicos e com determinados requisitos, quais sejam: (i) se os credores, mediante proposta das devedoras, concordarem com sua utilização, fazendo emergir a denominada consolidação substancial voluntária; ou, (ii) se constatado um cenário de confusão patrimonial⁹ entre as sociedades reque-

consolidação substancial no cenário brasileiro com as peculiaridades da realidade grupal aqui existente, confira-se: CEREZETTI, S. C. Neder, *Grupo de Sociedades e Recuperação Judicial: O indispensável encontro entre direitos societário, processual e concursal*, in YARSHHELL, Flávio; PEREIRA, Guilherme Setoguti J. (Coord.), *Processo Societário, vol. II*, São Paulo: Quartier Latin, 2015, pp. 735-789.

7 Conforme leciona CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO “A unitariedade significa que a relação jurídica substancial incindível posta em juízo comporta apenas uma solução para todos os seus sujeitos, que são litisconsortes.” (*Litisconsórcio*, 8ª ed., São Paulo: Malheiros, 2009, p. 82)

8 CEREZETTI, S.C Neder, *Grupo de Sociedades e Recuperação Judicial: O indispensável encontro entre direitos societário, processual e concursal*, cit., p. 766.

9 O conceito de confusão patrimonial será devidamente analisado no Capítulo III da presente tese, mas, para o que importa à compreensão em comento, adianta-se que esta se configura

rentes do pedido, ocasionando uma situação de incindibilidade entre os ativos e passivos de cada uma¹⁰, deva o juiz impor a consolidação substancial, qualificada, neste caso, como obrigatória¹¹.

Com efeito, no que tange ao segundo caso, da consolidação substancial obrigatória, dada a disfunção societária com a qual as sociedades empresárias vinham desenvolvendo suas atividades antes da formulação do pedido de recuperação judicial – posto que a autonomia patrimonial de cada pessoa jurídica não era respeitada – não há como, quando da recuperação judicial, se efetuar a separação do patrimônio de cada uma delas, tendo em vista a situação de incindibilidade criada sobre seus ativos e passivos num cenário pré-concursal¹².

Na consolidação substancial obrigatória, as sociedades empresárias requerentes podem ter somente dois destinos: (i) um primeiro refletido na efetiva superação da crise, funcionando o remédio da consolidação substancial, de fato, para todas; ou, ao contrário, (ii) sendo este ineficiente, ocorrer a liquidação de todas mediante a falência do grupo de sociedades requerentes. Estes são os dois únicos caminhos possíveis para todas conjuntamente¹³, justamente por conta da relação incindível formada na junção de seus ativos e passivos.

A eficácia da função da consolidação substancial como um remédio na primeira situação, contudo, é colocada em dúvida quando, constatada a disfunção societária pela confusão patrimonial das sociedades que integram o pedido, se verifica a existência de outras sociedades, parte do mesmo grupo empresarial

através do desrespeito à autonomia patrimonial exigida pelo ordenamento em cada sociedade empresária. Num cenário de agrupamento societário, ela se verifica quando uma sociedade se utiliza do ativo de outra ou providencia o pagamento do passivo desta sem respeitar as condições comutativas e regulares para assim o fazer, refletindo em uma submissão de interesses de uma sociedade à outra. Tal conduta é vedada pelo ordenamento, porque este exige a autonomia patrimonial das sociedades, ou seja, cada uma sendo responsável pela gestão do próprio ativo e passivo que titulariza.

- 10 A situação de incindibilidade decorre da confusão patrimonial porque, quando da verificação desta, torna-se extremamente difícil promover uma efetiva separação entre os ativos e passivos de cada sociedade.
- 11 CERZETTI, S.C Neder, *Grupo de Sociedades e Recuperação Judicial: O indispensável encontro entre direitos societário, processual e concursal*, cit., p. 772.
- 12 Conforme leciona SHEILA C. NEDER CERZETTI, essa disfunção societária “ou seja, o comportamento que torna inútil ou ineficaz a existência de múltiplas organizações societárias, na medida em que elas não se representam como centros verdadeiramente autônomos, passa a gerar, sob a recuperação judicial, o reconhecimento de que, no cenário de crise, a realidade dos fatos, ou seja, a ausência de autonomia jurídica das devedoras, se impõe.” (*Grupo de Sociedades e Recuperação Judicial: O indispensável encontro entre direitos societário, processual e concursal*, cit., p. 774).
- 13 Assim entende JOEL LUIZ THOMAZ BASTOS sobre a consolidação substancial na recuperação judicial ao assentar que “a ideia é que a concessão da recuperação judicial implique idêntico tratamento às demais, da mesma forma que a falência de uma conduza as demais ao mesmo destino.” (*Litisconsórcio Ativo e Consolidação substancial na Recuperação Judicial*, in ELIAS, Luis Vasco (coord.), *10 anos da lei de recuperação de empresas e falências – Reflexões sobre a reestruturação empresarial no Brasil*, São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 215).

daquelas e, portanto, eventualmente submetidas ao mesmo cenário de confusão patrimonial pré-concursal, que não tenham sido incluídas no litisconsórcio.

Nesse sentido, a consolidação substancial, que é vista como necessária para a superação da crise nestas situações, pode restar fadada ao fracasso porque parte do patrimônio tido como incindível ao grupo e que, por isso, seria essencial para a superação da crise em conjunto, teria ficado “de fora” daquela.

O debate sobre esta situação, todavia, apesar de instigante, fora sempre respondido com uma simples constatação: o litisconsórcio na recuperação judicial é facultativo – não necessário – porque cada uma das sociedades que o integram poderia ter ajuizado o pedido independentemente da presença das demais, não sendo o caso de se questionar a não inclusão desta ou daquela sociedade¹⁴.

É dizer: quando pautado no critério do regime de tratamento do litisconsórcio, verificado no momento em que se decide o destino das requerentes – unitário ou comum – a confusão patrimonial se mostraria determinante porque, uma vez constatada, ter-se-ia configurado o litisconsórcio unitário representado pela consolidação substancial, contudo, quando se inclinasse para o momento da formação do litisconsórcio – para verificar se sua utilização é obrigatória ou não – correspondente a um cenário pré-concursal, a disfunção societária na relação existente entre as sociedades componentes do grupo se tornaria irrelevante frente a incontestabilidade facultativa deste litisconsórcio na recuperação judicial.

Esta aparente incongruência na classificação do litisconsórcio, a depender do critério e da fase processual que se analisa, ganha relevo ao se constatar, através de análise empírica desenvolvida pelo Gedec, que, na realidade, o que ocorre é uma transformação quase automática do mero litisconsórcio ativo facultativo na consolidação substancial, sem que sejam preenchidos os requisitos desta em qualquer das suas duas espécies, voluntária ou obrigatória.

Em que pese até o momento desta dissertação não tenha ocorrido a publicação do relatório completo da pesquisa empírica desenvolvida pelos membros do Gedec, podem ser encontrados seus resultados em recente artigo publicado pelos dois professores fundadores do grupo, Prof. Dra. SHEILA C. NEDER CERZETTI e Prof. Dr. FRANCISCO SATIRO DE SOUZA JÚNIOR¹⁵.

14 É como entende PAULO FERNANDO CAMPOS SALLES DE TOLEDO ao dispor que “o litisconsórcio, no caso, é facultativo – e não necessário, ou unitário. Ou seja: as sociedades do mesmo grupo podem apresentar pedido de recuperação conjuntamente, em litisconsórcio, como uma faculdade, não obrigatoriamente.” (*Recuperação Judicial de Grupos de Empresas*, in VALLADÃO A. N. F., Erasmo; ADAMEK, Marcelo Vieira Von (coord.), *Temas de Direito Empresarial em homenagem ao professor Luiz Gastão Paes de Barros Leães*, São Paulo: Malheiros, 2014, p. 350).

15 CERZETTI, S.C. NEDER; SOUZA JÚNIOR, Francisco Satiro de, *A silenciosa “consolidação” da consolidação substancial. Resultados de pesquisa empírica sobre recuperação judicial de grupos empresariais*, in *Revista do advogado*, nº 131, vol. 36, 2016, pp.216-223.

Para o que aqui interessa, no que tange a consolidação substancial, se verificou em referido estudo que, na maioria dos casos, esta decorre do mero deferimento do processamento do pedido em litisconsórcio ativo, ou seja, sem que se tenha em conta as peculiaridades de sua utilização e o preenchimento de suas condições, concluindo o Gedec, nas palavras dos citados professores fundadores, que “*existe concreta possibilidade de que prevaleça a consolidação substancial quase que por inércia.*”¹⁶

A *inércia*, nesse sentido, segundo concluíram, pode decorrer da falta de efetiva supervisão, pelos outros interessados no processo, sobre os atos processuais praticados pelas sociedades requerentes após o deferimento do processamento do pedido de recuperação judicial em litisconsórcio ativo, que acaba resultando, quase que automaticamente, na unificação de ativos e passivos de cada uma delas, ou seja, na consolidação substancial¹⁷.

A eficácia da consolidação substancial como um remédio poderia ser, assim, colocada em cheque por conta da falta de cuidado em sua utilização, como se as próprias sociedades empresárias se “automedicassem” com ela desde a forma como optam por constituir o litisconsórcio sem se encontrarem efetivamente aptas para tal, havendo, conforme indica o nome do artigo de resultados referido uma “*silenciosa “consolidação” da consolidação substancial*”.

Verificado este quase que automático desencadeamento do litisconsórcio ativo na consolidação substancial, de rigor uma análise aprofundada na formação do primeiro para constatar se, de fato, a disfunção societária ocasionada pela confusão patrimonial que, quando reconhecida, autoriza a consolidação substancial, não teria mesmo influência sobre o momento anterior a esta, ou seja, se a facultatividade do pedido de recuperação judicial em litisconsórcio ativo seria realmente incontestada frente a relação incindível verificada sobre o patrimônio das sociedades em um cenário de confusão patrimonial.

Para assim o fazer, necessário será compreender de maneira sólida como o relacionamento travado entre as partes tem o potencial de influenciar no momento da constituição do litisconsórcio, ou seja, em um cenário pré-concursal, tarefa que será desempenhada no capítulo seguinte.

16 CEREZETTI, S.C. NEDER; SOUZA JÚNIOR, Francisco Satiro de, *A silenciosa “consolidação” da consolidação substancial. Resultados de pesquisa empírica sobre recuperação judicial de grupos empresariais*, cit., p.222.

17 Os autores concluem que: “*Sem que os envolvidos ao menos se deem conta, na ausência dessa preocupação, o procedimento tende a transcorrer de forma a transformar a cumulação de autoras na superação da autonomia patrimonial de que supostamente goza cada uma delas.*”(A silenciosa “consolidação” da consolidação substancial. Resultados de pesquisa empírica sobre recuperação judicial de grupos empresariais, cit., p.220)

CAPÍTULO II – A CONSTITUIÇÃO DO LITISCONSÓRCIO ATIVO E A VINCULAÇÃO POSSÍVEL ENTRE AS PARTES

Não representa qualquer novidade no meio jurídico a possibilidade de diversas pessoas integrarem cada um ou os dois pólos de uma demanda, representando esta situação uma naturalidade decorrente da própria intersecção inafastável entre o direito processual e o direito material¹⁸. Isso porque, enquanto este último pode ser tido como um reflexo das relações travadas entre os indivíduos na realidade, seja qual for sua natureza, coube ao primeiro, a solução dos conflitos que podem vir a se configurar dessas relações¹⁹.

Nesse sentido, faz-se plenamente aceitável supor que, em determinados conflitos, haja uma pluralidade de indivíduos envolvidos tanto para demandarem em conjunto, quanto para serem demandados em virtude da verificação de um mesmo fato apto a influenciar a vida de todos.

Dessa possibilidade no direito material fez-se emergir, na seara processual, o instituto do litisconsórcio²⁰, criado justamente para disciplinar essa complexidade da pluralidade de partes²¹ em todas as fases processuais, desde o

18 Como bem já sedimentou a doutrina, o direito processual deve ser visto como um instrumento do direito material, destinado a criar institutos para imprimir aos fatos da vida real a devida disciplina processual. Nesse sentido, assim entende ELIE PIERRE EDIE ao escrever que “No atual estágio da ciência processual, não restam dúvidas quanto ao seu caráter instrumental. A instrumentalidade, não só como forma de entender a que se presta o processo, ainda comporta noção de influência e delineamento do direito material sobre o direito processual” (*Litisconsórcio Unitário – Fundamentos, estrutura e regime*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p.61)

19 DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcellos Carrilho, *Teoria Geral do Novo Processo Civil*, São Paulo: Malheiros, 2016, p.15.

20 JOÃO DE CASTRO MENDES qualifica o instituto do litisconsórcio como uma “pluralidade de partes principais” (*Direito Processual Civil*, Lisboa: Edição de Associação Acadêmica, 1978/1979, p.198); THEREZA ALVIM aprofunda esta qualificação ao conceituá-lo como um instituto que “se caracteriza pela pluralidade de partes, ou de mais de uma pessoa no papel de parte, no mesmo pólo da relação jurídica processual.” (*O direito processual de estar em juízo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p.124). Sobre o tema, cabe ressaltar também, apenas para fins de formalismo quanto ao termo, que a denominada *pluralidade de partes* não configura hipótese exclusiva do instituto do litisconsórcio, há outras formas de instrumentalidade processual quando da presença de vários sujeitos no direito material, conforme bem ressalva ELIE PIERRE EDIE, “a pluralidade de partes é gênero do qual são espécies o litisconsórcio e a intervenção de terceiros que, embora aparentem ser categorias diversas, possuem intrínseco relacionamento, de modo que, em muitas situações, a intervenção de um terceiro no processo poderá proporcionar a ampliação subjetiva da demanda, importando em verdadeiro litisconsórcio.” (*Litisconsórcio Unitário – Fundamentos, estrutura e regime*, cit., p.30).

21 A título exemplificativo, CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO consigna que é “Da complexidade da própria vida e do fato de o homem viver em sociedade ao lado de muitos outros, com os quais coopera em atividades do interesse comum e com os quais também às vezes entra em conflito, decorre muitas vezes que o mesmo fato traz ao mundo jurídico direitos e obrigações para uma pluralidade de pessoas; sucede que o mesmo direito ou a mesma obrigação tenha mais de um titular, acontece que direitos e obrigações de uma só pessoa projetem efeitos ou influência sobre a situação jurídica de outras etc.” (*Litisconsórcio*, cit., p.33).

início, com os pressupostos da ação – legitimidade e interesse de agir – até seu término, quando da vinculação e efeitos da sentença proferida²².

Assim é que, neste Capítulo II, buscar-se-á entender melhor essa relação existente entre o instituto de direito processual sob análise, o litisconsórcio, e as relações existentes entre as partes na seara do direito material, identificando-se a forma como estes se interseccionam para, posteriormente, se estabelecer um critério de vinculação dinâmico entre ambos, apto a ser utilizado no decorrer desta dissertação.

2.1. DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1939 AO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

de início, uma singela análise do tratamento dispendido ao litisconsórcio nos três códigos processuais civis que já integraram o ordenamento jurídico brasileiro²³ – (i) o Decreto-Lei nº 1.608, de 18 de setembro de 1939, que instituiu o Código de Processo Civil de 1939 (“CPC/39”); (ii) a Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, que instituiu o Código de Processo Civil de 1973 (“CPC/73”); e (iii) a Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, que instituiu o Código de Processo Civil vigente (“CPC/15”)²⁴ – permitirá entender, da perspectiva do legislador, como evoluiu a forma de tratamento dada à vinculação entre as partes no pólo ativo.

O CPC/39 tratava da matéria em seu artigo 88, que dispunha ser possível o litisconsórcio ativamente ou passivamente “*quando fundado na comunhão de interesses, na conexão de causas, ou na afinidade de questões por ponto comum de fato ou de direito*”.

No primeiro caso, referente à comunhão de interesses, havia a imposição da utilização do litisconsórcio, eis que “*não poderão as partes dispensá-lo*”; no segundo, representado na conexão de causas, o litisconsórcio tornava-se ir-

22 CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO ensina que “*constituem pontos de contato entre o direito processual e o plano do direito substancial: é da situação concreta sobre a qual as partes chamam o juiz a pronunciar-se (situação de direito material) que emergem os dados que, manipulados pelo processualista, revelar-lhe-ão se a demanda é juridicamente possível, se ocorre legítimo interesse processual e quem são as pessoas sobre cuja esfera de direitos será lícito incidirem os efeitos do provimento a ser emitido a final.*” (Litisconsórcio, cit., p.28).

23 SICA, Heitor Victor Mendonça, *Três velhos problemas do processo litisconsorcial à Luz do CPC/2015*, in Revista de Processo, n. 256, vol. 41, 2016, p.65).

24 Opta-se por restringir a análise histórica apenas aos Códigos de Processo Civil por conta da consolidação verificada somente a partir destes sobre a diferença entre assistência litisconsorcial e litisconsórcio, conforme bem aponta JOSÉ RAIMUNDO GOMES DA CRUZ ao efetuar uma análise histórica do instituto desde as ordenações Filipinas até o Código de Processo Civil de 1973 em: *Pluralidade de Partes e Intervenção de Terceiros*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p.120.

refutável, porque as partes “*não poderão recusá-lo quando requerido por qualquer delas*”; e, por fim, na hipótese de afinidade de questões, sua utilização era completamente facultada, tendo em vista que as partes poderiam “*adotá-lo, quando de acordo*”²⁵.

A vinculação das partes como refletida no litisconsórcio era obrigatória no caso da comunhão de interesses e, nas outras duas hipóteses, poderia ser irrecusável ou acordada. Ou seja, o dispositivo apresentava a cada uma das três situações um efeito taxativamente previsto, sem possibilidade de transição entre eles, delimitando para cada qual uma consequência específica²⁶.

Em contrapartida, o CPC/73 inovou na matéria ao colocar as três hipóteses citadas no diploma anterior como integrantes do rol de mera admissibilidade do litisconsórcio em seu artigo 46²⁷, tratando sobre a obrigatoriedade da pluralidade de partes no dispositivo sucessor a este²⁸, o artigo 47²⁹, que tratava como “*necessário*” o litisconsórcio quando “*por disposição de lei*” ou se “*pela natureza da relação jurídica*” ao juiz fosse obrigatório decidir de maneira uniforme para todos os integrantes do litisconsórcio.

Diferentemente de como dispunha o CPC/39, em que cada hipótese prevista tinha um efeito específico vinculado, o CPC/73 passou a atrelar um mesmo resultado à totalidade das hipóteses: tornar apenas admissível o litisconsórcio, independente da obrigatoriedade, recusa ou acordo entre as partes.

O artigo 46 do CPC/73, por isso, dispunha em seu *caput* que “*duas ou mais pessoas podem litigar, no mesmo processo, em conjunto, ativa ou passivamente quando*

25 Além do artigo 88 transcrito, cabe destacar também os artigos 90 e 91 do mesmo diploma, que assim dispunham, *in verbis*: “Art. 90. Quando a relação jurídica litigiosa houver de ser resolvida de modo uniforme para todos os litisconsortes, os revéis, ou os que tiverem perdido algum prazo, serão representados pelos demais. Os litisconsortes revéis poderão intervir nos atos ulteriores, independentemente de nova citação.”; “Art. 91. O juiz, quando necessário, ordenará a citação de terceiros, para integrarem a contestação. Se a parte interessada não promover a citação no prazo marcado, o juiz absolverá o réu da instância.”.

26 DINAMARCO, Cândido Rangel, *Litisconsórcio*, cit., p.109.

27 *In verbis*: “Art. 46. Duas ou mais pessoas podem litigar, no mesmo processo, em conjunto, ativa ou passivamente, quando: I- entre elas houver comunhão de direitos ou de obrigações relativamente à lide; II- os direitos ou as obrigações derivarem do mesmo fundamento de fato ou de direito; III- entre as causas houver conexão pelo objeto ou pela causa de pedir; IV- ocorrer afinidade de questões por um ponto comum de fato ou de direito.(...)”.

28 Eis justamente o que ensina CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO que, ao efetuar a comparação entre estes dois diplomas processuais, expressa esta inovação trazida pelo CPC/73 ao dispor que: “Visivelmente, o Código quis inovar com relação ao sistema precedente, primeiro dizendo quando o litisconsórcio é admissível (art. 46) e depois cuidando de sua indispensabilidade (art. 47). Ele o faz assim em dois dispositivos separados para que a necessidade do litisconsórcio assente em outra base, não mais levando em conta, para esse fim, algum jogo entre as hipóteses em que o cúmulo subjetivo é admissível (art. 46).” (*Litisconsórcio*, cit., p.109).

29 *In verbis*: “Art. 47. Há litisconsórcio necessário, quando, por disposição de lei ou pela natureza da relação jurídica, o juiz tiver de decidir a lide de modo uniforme para todas as partes; caso em que a eficácia da sentença dependerá da citação de todos os litisconsortes no processo.(...)”.

(...)”, frise-se, o verbo utilizado é poder, não dever. Nos incisos deste dispositivo foram colocadas todas as hipóteses outrora partes do artigo 88 do CPC/39.

Destaque deve ser feito para a hipótese de comunhão de interesses, que era prevista no CPC/39 com o efeito vinculado de obrigar a formação do litisconsórcio, ativo ou passivo, e passou a representar, no CPC/73, apenas uma dentre as possibilidades de admissibilidade de litisconsórcio previstas no aludido artigo 46.

O CPC/15 vigente manteve essa diferenciação iniciada no CPC/73 entre a admissibilidade do litisconsórcio, disposta em seu artigo 113³⁰, e a necessidade do litisconsórcio³¹, que, assim como no código anterior, também foi incluída no artigo posterior, o artigo 114³².

Inobstante sejam identificáveis tênues diferenças na redação dos dispositivos em cada um dos códigos, se consolidou na doutrina o entendimento de que estas são de pouca ou quase nenhuma relevância, por conta da interpretação outrora conferida ao CPC/73 ter sido integralmente refletida no CPC/15³³.

30 *In verbis: “Art. 113. Duas ou mais pessoas podem litigar, no mesmo processo, em conjunto, ativa ou passivamente, quando: I – entre elas houver comunhão de direitos ou de obrigações relativamente à lide; II – entre as causas houver conexão pelo pedido ou pela causa de pedir; III – ocorrer afinidade de questões por ponto comum de fato ou de direito.(...)”*

31 Conforme ensina ARAKEN DE ASSIS, em que pese parte da doutrina visualize que já no art. 46 do CPC/73 (atual 115 do CPC/15) o diploma processual estaria adiantando as hipóteses de litisconsórcio facultativo, fato é que o código deixou bem claro essa divisão entre admissibilidade e posterior qualificação do litisconsórcio pontuando que “o art. 46 se revela fonte indiferente tanto do litisconsórcio necessário quanto do facultativo.”(Cumulação de Ações, São Paulo: RT, 1989, p. 146).

32 *In verbis: “Art. 114. O litisconsórcio será necessário por disposição de lei ou quando, pela natureza da relação jurídica controvertida, a eficácia da sentença depender da citação de todos que devam ser litisconsortes”*

33 Sobre o inc. II do art. 46, que autorizava o litisconsórcio quando “II – os direitos ou as obrigações derivarem do mesmo fundamento de fato ou de direito”, não mais existente no CPC/15, que dispõe sobre a admissibilidade restrita às três hipóteses – comunhão, conexão, afinidade – não merece maiores digressões sua exclusão, eis que, segundo já acenava a doutrina majoritária, tratava-se de hipótese que poderia ser facilmente incluída dentro da conexidade porque a existência de um “mesmo fundamento” nada mais reflete que a identidade das causas de pedir da demanda, requisito próprio da conexidade. Sobre o assunto, CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, escrevendo na vigência do CPC/73, já denunciava este caráter redundante desta hipótese de admissibilidade, assim lecionando: “Daí a superposição de hipóteses em que incorreu o Código de Processo Civil, pois o inc. III de seu art. 46, incluindo a conexidade objetiva (em todas suas subespécies – art. 103) como fator legitimante do litisconsórcio, já dispensava inteiramente a disposição contida no inc. II, a qual é manifestamente supérflua”(Litisconsórcio, cit., p.106). Ademais, ainda sobre as diferenças, nota-se que outra inovação trazida pelo CPC/15 – que também já era tida como de reconhecimento unânime na doutrina – se refere à diferenciação entre o litisconsórcio unitário e o litisconsórcio necessário, uma vez que enquanto no CPC/73 poderíamos, através de uma interpretação simplesmente literal, associar de maneira errônea a presença do litisconsórcio unitário com a exigência da lei, no CPC/15 essa eventual confusão pela interpretação literal foi afastada, uma vez que, nas palavras de ELIE PIERRE EDIE, “a redação conferida pelo artigo 114 do Código de Processo Civil de 2015 foi clara ao enunciar essas duas hipóteses, mostrando um aprimoramento conceitual concernente à redação conferida ao litisconsórcio necessário pelo artigo 47 do Código de Processo Civil de 1973, que padecia de imprecisão técnica ao confundir a formação

Por isso, para o que interessa à presente dissertação, esta se restringirá apenas à identidade mais crucial entre os dois diplomas, consubstanciada na manutenção de um artigo próprio para as hipóteses de admissibilidade a seguir esmiuçadas – que simplesmente autorizam o litisconsórcio, facultando-o – e a existência de outro dispositivo, em que, diferentemente, o ordenamento exige a pluralidade de partes na demanda, qualificado como litisconsórcio necessário³⁴.

Com efeito, essa semelhança entre os dois diplomas mais recentes mais do que sedimentar a opção do legislador pela prescrição dessas duas situações diferentes – admissibilidade e necessidade do litisconsórcio – acabou por beneficiar a análise empírica desenvolvida no Capítulo IV. Diz-se isso porque, tendo esta se iniciado na vigência do CPC/73, em outubro de 2013, e sido concluída quando da vigência do CPC/15, em outubro de 2016, conforme se verificará no recorte temporal disposto no item 4.2 *infra*, tornou-se possível que a análise do litisconsórcio fosse efetuada com uma uniformidade de conceituação.

2.2. AS CONDIÇÕES DA AÇÃO NO LITISCONSÓRCIO

Antes desta tese partir propriamente para estudo das hipóteses de admissibilidade do litisconsórcio, faz-se cabível uma exposição sobre os pressupostos de condição da ação³⁵, a legitimidade *ad causam* e o interesse de agir, por conta de seus efeitos para com a constituição do litisconsórcio.

A legitimidade *ad causam* é o requisito de condição da ação mais essencial ao instituto litisconsorcial por conta dos reflexos que possui, não apenas como pressuposto de sua admissibilidade, mas, também, como fator indispensável na etapa de qualificação da modalidade litisconsorcial³⁶.

do litisconsórcio com o resultado do processo."(Litisconsórcio Unitário – Fundamentos, estrutura e regime, cit., p. 33).

34 DINAMARCO, Cândido Rangel, *Litisconsórcio*, cit., p.35.

35 O artigo 485, inciso VI do CPC/15 dispõe sobre as condições da ação prevendo que "o juiz não resolverá o mérito quando (...) verificar a ausência de legitimidade ou interesse processual". O interesse de agir deve ser tido como a possibilidade de determinado processo ter utilidade à parte que o demanda, enquanto a legitimidade *ad causam* dependerá sempre do papel que a parte desempenha junto ao objeto da demanda. CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO e BRUNO VASCONCELOS CARRILHO LOPES assim conceituam ambos os pressupostos da ação: "O interesse de agir é o núcleo do direito de ação. Está presente quando o provimento jurisdicional for capaz de efetivamente ser útil ao demandante, operando uma melhora em sua situação na vida comum. (). Alegitimidade *ad causam* é a qualidade para estar em juízo como demandante ou demandado em relação a determinado conflito trazido ao exame do juiz. Ela depende sempre de uma concreta relação entre o sujeito e a causa e se traduz na relevância que o resultado desta virá a ter sobre a esfera de direitos do autor, seja para favorecê-la ou para restringi-la. Tem, portanto, legitimidade ativa para uma causa o sujeito que em tese poderá vir a se beneficiar juridicamente dos efeitos da tutela jurisdicional pleiteada" (Teoria Geral do Novo Processo Civil, cit., p. 117).

36 Conforme leciona CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO: "À diversidade das espécies de pluralidade de partes (litisconsórcio e intervenção, diversas modalidades de intervenção) corresponde uma gama

Conforme ensina PONTES DE MIRANDA, de maneira irretorquível, sobre o instituto do litisconsórcio e a legitimidade de partes, “*quem não pode entrar na porta, por faltar-lhe ingresso, não pode entrar indo com outrem*”³⁷.

Em outras palavras, não há como se autorizar a pluralidade de partes em qualquer dos pólos da demanda sem que, antes, se verifique se cada uma delas poderia estar ali, naquela situação, como parte daquele processo, possuindo, assim, o rol dos pressupostos da “*personalidade processual*”³⁸.

Trata-se de discussão anterior à verificação sobre a admissibilidade do litisconsórcio porque, sendo ilegítima a parte, sequer há como supor que a presença de outro sujeito a torne legítima. Todos os indivíduos deverão preencher cada um dos requisitos de determinada relação jurídica material para serem instrumentalizados como partes no processo³⁹.

Sobre o assunto, aliás, fica evidente a necessidade de reconhecimento da intersecção entre o direito material e o direito processual, porque, sendo a legitimidade *ad causam* uma condição da ação e, portanto, um caráter processual, para reconhecê-la, imprescindível será, primeiro, identificar como a relação entre as partes ocorre no direito material, ou seja, antes de virarem partes – qualificação processual dada aos indivíduos quando passam para a seara processual – quando são apenas sujeitos de direitos e deveres⁴⁰.

Acrescenta-se sobre a legitimidade, também, seu papel como elemento crucial na constituição do litisconsórcio, etapa posterior à verificação da admissibilidade. Isso porque, a depender da forma como o litisconsórcio deverá ser constituído, caso identificada sua necessidade, acrescentar-se-á à legitimidade a ida em conjunto por todas as partes envolvidas na relação jurídica, uma vez que estas, de maneira alguma, poderão exercer seu direito de ação e/ou defesa sozinhas ou com apenas parte delas, hipóteses em que serão todas consideradas ilegítimas⁴¹.

também variada de situações legitimantes, ou seja, de hipóteses de direito material que colocam o sujeito em posição apta a figurar no processo ao lado de outros.”(Litisconsórcio, cit., p. 35).

37 *Comentários ao Código de Processo Civil*, Tomo II, Rio de Janeiro: Forense, 1973, p. 9.

38 ARAKEN DE ASSIS dispõe que “*é preciso que todos os litisconsortes preencham os pressupostos da personalidade processual, capacidade processual, capacidade postulacional e legitimação*”(*Cumulação de Ações*, São Paulo: RT, 1989, p. 157)

39 DINAMARCO, Cândido Rangel, *Litisconsórcio*, cit., p. 115.

40 CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*, v. II, Trad. de J. Guimarães Menegale (Trad.), São Paulo: Saraiva, 1965, p. 235.

41 Conforme leciona CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO: “*Apesar de óbvia, essa advertência não costuma ser alvo de maiores atenções, seja por parte da doutrina (que não tem o de hábito de dar-lhe destaque), seja da jurisprudência, que volta e meia coloca em termos de necessidade do litisconsórcio questões que são de legitimidade pura e simples: alguma das partes alega nulidade do processo porque não integrado na relação processual alguém que seria litisconsorte indispensável e o julgado, para repelir a alegação, mantém-se no plano em que a discussão foi posta, negando a*

O interesse de agir, a outra condição da ação existente, também dependerá diretamente da natureza da relação jurídica material desenvolvida pelas partes e, mais que isso, da tutela jurisdicional que se busca em determinado processo, tendo em vista que deve o processo estar embasado em um propósito útil para cada uma das partes⁴².

Disso decorre que, como na legitimidade, a regra para o interesse de agir no litisconsórcio é a mesma: cada uma das partes o deve possuir para ter lugar no processo, preenchendo os requisitos que o direito material exige para aquela relação determinada.

2.3. HIPÓTESES DE ADMISSIBILIDADE DO LITISCONSÓRCIO

Três são as hipóteses de admissibilidade do litisconsórcio existentes no diploma processual vigente: (i) comunhão de direitos ou de obrigações relativamente à lide; (ii) conexão pelo pedido ou pela causa de pedir; e (iii) afinidade de questões por ponto comum de fato ou de direito.

Para o que interessa à presente dissertação, estas terão suas análises restritas à sua breve conceituação e como esta influencia na delimitação de cada uma em diferentes graus de vinculação possíveis de existir entre as partes de determinada demanda. Ou seja, primeiro se disporá sobre as características de cada uma delas para que se possa aceitar o litisconsórcio para, posteriormente, ser possível instituir como a ligação existente entre as partes pode refletir em graus diferentes de vinculação quando o litisconsórcio for baseado nesta ou naquela hipótese.

A importância desta forma de exposição decorre da intenção desta tese em construir uma escala de vinculação existente entre as partes para que possam atuar em litisconsórcio, sendo este meramente admissível nos níveis mais tênues de ligação, agora analisados nas três hipóteses abaixo, ou, diferentemente, exigível quando, tamanha a aglutinação entre as partes, que a relação entre elas se torna incidível, ou seja, impossível de ser separada, situação que será abordada no item 2.5 *infra*.

necessariedade do litisconsórcio quando muitas vezes era o caso de negar a própria legitimidade ad causam" (Litisconsórcio, cit., p. 116). No mesmo sentido: EID, Elie Pierre, *Litisconsórcio Unitário – Fundamentos, estrutura e regime*, cit., p. 31.

42 Conforme ensina CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, o "interesse de agir é a utilidade que uma tutela jurisdicional pode oferecer ao sujeito. A prospecção dessa utilidade é feita mediante observação do predicados da necessidade da tutela e da adequação de cada uma das espécies desta em relação à concreta situação lamentada pelo demandante" (*Instituições de Direito Processual Civil*, São Paulo: Malheiros, 2009, p. 273)

Cabe destacar primeiro que, assim como nas condições da ação, é para a relação jurídica material travada entre as partes que se deve atentar para promover a identificação de qual seria a hipótese de admissibilidade aplicável, a fim de que possa o processo, realmente, funcionar como um instrumento adequado para a solução de determinada questão referente ao direito material⁴³.

A primeira das hipóteses de admissibilidade, comunhão de direitos ou de obrigações relativamente à lide⁴⁴, se refere ao caso em que as partes são todas titulares de uma mesma obrigação ou direito oriundo da relação jurídica material existente, verificável quando estas ocuparem exatamente o mesmo papel sobre um fato ou uma situação da realidade⁴⁵.

Um ponto relevante deve ser reiterado sobre esta hipótese: a não vinculação entre a admissibilidade pautada na comunhão e a qualificação do litisconsórcio como necessário.

Eventual confusão sobre estas duas situações deve ser de pronto afastada sob pena de desprezar a evolução procedida entre o CPC/39 e os dois diplomas processuais posteriores⁴⁶ já disposta, incorrendo em uma demonstração anacrônica a alegação de que há identidade entre a comunhão – vinculada à admissibilidade do litisconsórcio – e a necessidade deste – qualidade atribuída quando utilizado determinado critério de classificação a seguir conceituado no item 2.5 *infra*⁴⁷.

43 Sobre o assunto, JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE deixa muito clara essa necessária ligação entre o direito processual e o direito material, lecionando que “A admissibilidade e a obrigatoriedade do litisconsórcio, a necessidade ou não de regulação uniforme das situações de cada um dos litisconsortes, a possibilidade de tutela jurisdicional atingir terceiros, ainda que indiretamente, a correção do polo passivo no curso do processo, dedução de pretensões incidentais versando direito de regresso ou responsabilidade solidária, são questões processuais cuja solução deve ser encontrada segundo dados da relação material.”(BEDAQUE, José Roberto dos Santos, *Direito e processo: Influência do direito material sobre o processo*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 108).

44 Crucial ressaltar que a expressão *lide*, existente nesta hipótese de admissibilidade, deve ser interpretada como se mérito da demanda fosse, conforme já se adiantou CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO quando da análise do art. 46 do CPC/73, assim lecionando: “Para compreender o dispositivo em exame é preciso lembrar que a palavra *lide*, que figura no texto, tem para o Código o significado de mérito, ou objeto do processo, conforme expresso pronunciamento contido na Exposição de Motivos. O dispositivo pode ser também lido, em face disto, como se dissesse “comunhão de direitos ou de obrigações relativamente ao objeto da demanda” (ou ao objeto principal do processo, como se diz no direito alemão).”(Litisconsórcio, cit., pp. 97-98).

45 DINAMARCO, Cândido Rangel, *Litisconsórcio*, cit., p. 97.

46 DINAMARCO, Cândido Rangel, *Litisconsórcio*, cit., p. 107.

47 OVÍDIO BAPTISTA, sobre o assunto, assim preceitua: “Devemos, igualmente, repelir a concepção por muitos adotada que o Código haja, no art. 46, I, do CPC (LGL\1973\5), indicado a comunhão de direitos ou de obrigações como fonte de litisconsórcio necessário. De modo algum. A comunhão no direito ou na obrigação. tanto pode gerar uma forma de litisconsórcio necessário, quanto outra de litisconsórcio simplesmente facultativo.”(BAPTISA, Ovídio, *Teoria geral do processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 154).

Posteriormente, na ordem dos incisos do artigo 113 do CPC/15, temos a conexão pelo pedido ou causa de pedir, que se verifica na identidade entre o pedido ou a causa de pedir possível de se configurar entre duas ou mais demandas, como literalmente se interpreta do inciso.

Sobre esta, pende frisar a peculiaridade de sua caracterização para o instituto do litisconsórcio em comparação com outros institutos processuais também consubstanciados na pluralidade de partes – como a intervenção e a assistência de terceiros⁴⁸. Naquela, diferentemente destes, que exigem maior identidade entre as demandas, bastará um grau menor de similaridade, não sua integral correspondência, ensinando a doutrina que, para o litisconsórcio, bastará uma conexão dita “parcial”, que apenas reflita uma vinculação minimamente suficiente para o pedido em conjunto⁴⁹.

Por fim, no que se refere à última hipótese de admissibilidade existente, a afinidade de questões por ponto comum de fato ou de direito, o caráter abrangente das palavras que a compõem decorre da identidade normalmente associada à expressão *questões por ponto comum*, que é interpretada pela doutrina como se “fundamentos” ou “ponto comum”⁵⁰ fosse, tornando-se a afinidade, assim, a hipótese mais fácil de se verificar para autorizar o litisconsórcio, porque bastará um pequeno liame, ou seja, um ponto comum entre as demandas, para admiti-lo⁵¹.

48 Conforme assenta ANTÔNIO ARALDO FERRZ DAL POZZO: “como a conexão é um instituto que tem relevância em vários campos do direito processual civil, nem sempre, em todos eles, é exigido o mesmo grau de conexão.” (Reflexões sobre o litisconsórcio, in *Revista Justitia*, n. 116, janeiro/março de 1982. Disponível em: <http://www.revistajustitia.com.br/revistas/y4dxcx.pdf>. Acesso em: 25 de agosto de 2017, p. 175.

49 DINAMARCO, Cândido Rangel, *Litisconsórcio*, cit., p. 100.

50 Assim como na comunhão em que uma interpretação sistemática do diploma processual levou a doutrina, aqui representada por CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, a conceituar a expressão “lide” como se se tratasse de “mérito do processo”, o mesmo autor citado adianta, quando da exposição sobre o conceito da hipótese de afinidade, que o termo “questões” existente nesta deve ser lido como se “fundamento” fosse, assim dispondo: “Hoje, renunciando a descobrir um significado técnico e preciso nesse emprego do vocábulo, veremos que ele figura, no inciso IV do art. 46 do Código de Processo Civil, para designar a causa pretendi, em toda a amplitude que lhe concede o art. 282, inc. III. Se nos fundamentos de fato ou de direito de duas ou mais demandas houver algum ponto comum de fato ou de direito, ter-se-á a afinidade de questões de que fala a lei” – Fundamentos – “Empresta-se então ao vocábulo questões, tal como aparece no texto em exame, o significado de fundamentos: afinidade de questões outra coisa não é senão afinidade de fundamentos” (*Litisconsórcio*, cit., p. 101).

51 CANDIDO RANGEL DINAMARCO ensina que “Tal afinidade é liame menos intenso que a conexão, sendo caracterizado pela mera existência de um quesito comum de fato ou de direito (...). A existência de um simples e único ponto comum a duas ou várias causas de pedir (que permanecem diferentes e autônomas em todo o mais, com fatos absolutamente diversificados menos nesse ponto) não chega a caracterizar a conexão, mas simples afinidade entre as demandas” (*Litisconsórcio*, cit., p. 102).

Feitas essas breves considerações sobre cada uma das hipóteses de admissibilidade do litisconsórcio, torna-se possível partir, então, para a real intenção destas conceituações, colocá-las numa escala entre a maior e a menor vinculação exigida entre as partes para a admissibilidade do litisconsórcio.

2.4. O GRAU DE VINCULAÇÃO ENTRE AS PARTES A DEPENDER DA HIPÓTESE DE ADMISSIBILIDADE VERIFICADA

A construção dos conceitos de cada hipótese de admissibilidade permitirá, neste momento, que se avistem diferentes níveis de vinculação possíveis de se configurarem entre as partes que componham um mesmo pólo no processo.

A relevância disso decorre da possibilidade de se atribuir desde um grau menor de ligação entre as partes até uma situação em que haja uma vinculação mais forte, para, a partir disso, identificar os pressupostos necessários para o cenário em que a vinculação existente poderá, ultrapassado o grau de mera admissibilidade do litisconsórcio, configurar uma aglutinação extremada entre elas, fazendo emergir uma situação de incindibilidade, que ocasionará na constituição do litisconsórcio como obrigatório, conforme dispõe o artigo 114 do CPC/15, situação que será analisada no item 2.5 *infra*.

Assim, de início, atribui-se à hipótese de afinidade, dada a sua abrangência e facilidade de configuração destacada, a posição em que se exige a menor identidade entre as partes para a admissão do litisconsórcio⁵², figurando, por isso, no extremo da menor vinculação existente na linha de gradação que se pretende traçar, em um primeiro nível.

Ato contínuo, tem-se no nível acima de vinculação entre as partes – segundo nível – a hipótese da conexidade, que ocupa este posto intermediário justamente por conta da peculiaridade exposta sobre sua configuração no litisconsórcio de mera conexidade *parcial*, ou seja, o quanto for suficiente para identificar semelhanças entre o pedido e a causa de pedir entre as demandas.

Essa diferenciação sobre a vinculação dessas duas primeiras hipóteses pode ser comprovada por meio de um dos efeitos que a conexidade tem o potencial de fazer no âmbito processual, que a afinidade não possui por conta de seu liame menor de vinculação: a prorrogação da competência.

52 Trata-se de gradação lecionada por CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO no seguinte trecho da obra que, como se vê, é a verdadeira inspiração desta dissertação, qual seja: “Na escala das relações entre duas ou mais demandas, a mera afinidade de questões é a que ocupa a posição de menor intensidade. Ficando somente na identidade entre questões de fato ou de direito (CPC, art. 46, inc. IV), ela não chega a equiparar-se à conexidade, que é uma relação mais intensa. Não passa de uma conexidade degrada, caracterizada como a mais tênue dos laços que podem existir entre duas ou mais demandas” (Litisconsórcio, cit., p. 104)

Isso porque, conforme dispõe o art. 54 do CPC/15⁵³, a conexão poderá modificar a competência existente entre demandas diferentes, incumbindo ao mesmo juiz o julgamento de todas estas como forma de afastar eventual contradição sobre as decisões tomadas, preservando-se, com isso, a própria segurança jurídica das partes⁵⁴. Nada dispõe o dispositivo citado sobre a hipótese de afinidade que, portanto, não possui esse *poder*⁵⁵, dado o menor potencial de vinculação apto a configurá-la.

Posteriormente, acima do nível de vinculação da relação jurídica material existente pautada na conexão, temos a hipótese da comunhão de direitos e obrigações – terceiro nível de vinculação da relação jurídico material – que, reiterando por mais uma vez, ocupa este posto independente da constituição do litisconsórcio como necessário.

Apesar disso, se esta situação não gera identidade, ao menos aproxima a comunhão de interesses aos fatores que implicam na configuração da necessidade do litisconsórcio. Esta, como se verá, possui peculiaridades aptas a instituir o litisconsórcio num cenário de aglutinação extrema entre as partes, que ultrapassa a mera admissibilidade deste, exigindo-o. É justamente esta aproximação da comunhão com a necessidade que autoriza seu o lugar num nível de vinculação acima da conexão e da afinidade.

Assim, pautando-se na gradação construída até o momento, expressamente reconhecida pela doutrina⁵⁶, temos, da menor para a maior intensida-

53 *In verbis*: “Art. 54. A competência relativa poderá modificar-se pela conexão ou pela continência, observado o disposto nesta Seção”.

54 Como assenta PAULO HENRIQUE DOS SANTOS LUCON, a segurança jurídica é o principal efeito que a conexão imprime ao litisconsórcio porque, segundo entende “As diretrizes gerais do estudo do fenômeno da relação entre demandas são mais abrangentes do que aquelas relativas à mera conexão, pois residem no prestígio à segurança jurídica, na medida em que procuram evitar, nas demandas que guardam entre si alguma relação de semelhança, decisões conflitantes ou contraditórias, caso as causas sejam decididas separadamente ou mesmo não analisadas de uma forma holística. Celeridade e economia processual, pode-se afirmar, são efeitos reflexos da premissa maior que é atingir a segurança jurídica. Por sua vez, a segurança jurídica deve ser compreendida como um imperativo a guiar a compreensão e a aplicação de todos os ramos do direito.” (Relação entre demandas, Tese de Livre Docência, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2015, p. 20).

55 DINAMARCO, Cândido Rangel, *Litisconsórcio*, cit., p. 104.

56 Nesse sentido, essa gradação foi expressamente reconhecida por ELIE PIERRE EDIE, que reconhece obedecerem as hipóteses a “um critério que trafega do maior ao menor grau de intensidade do relacionamento entre as partes, partindo-se da situação em que entre elas há comunhão de direitos e obrigações, passando pela conexão pelo pedido ou causa de pedir, chegando-se até o caso em que haveria simples afinidade de questões por um ponto comum de fato e de direito.” (*Litisconsórcio Unitário – Fundamentos, estrutura e regime*, cit., p. 36). No mesmo sentido, assim lecionam CANDIDO RANGEL DINAMARCO e BRUNO VASCONCELOS CARRILHO LOPES ao ressaltarem, após conceituar cada hipótese de admissibilidade que “Como facilmente se percebe, a lei descreve nesses incisos uma escala decrescente de ligação entre as causas, caminhando da hipótese de maior intensidade (comunhão) à ligação mais tênue (mera afinidade)” (*Teoria Geral do Novo Processo Civil*, cit., p. 157).

de, ainda se restringindo às hipóteses de admissibilidade do litisconsórcio, a seguinte ordem: (i) afinidade de questões por ponto comum de fato ou de direito; (ii) conexão pelo pedido ou pela causa de pedir; e (iii) comunhão de direitos ou obrigações relativamente à lide. Essa gradação de vinculação, por ser formada mediante o mero preenchimento das condições da ação para todas as partes e de uma das hipóteses de admissibilidade, integra o rol do litisconsórcio facultativo, ou seja, sem qualquer necessária relação com a obrigatoriedade do pedido em conjunto.

2.5. O CRITÉRIO AGLUTINADOR NA CONSTITUIÇÃO DO LITISCONSÓRCIO

Verificadas as hipóteses de admissibilidade e seus níveis de gradação, se analisará, neste item, a classificação do próprio litisconsórcio, através de um critério existente dentre os quatro que comumente são utilizados pela doutrina⁵⁷.

Isso porque, a classificação do litisconsórcio varia de acordo com o critério utilizado para assim o fazer, sendo certo, porém, que cada um deles é independente entre si⁵⁸, não havendo qualquer prejuízo na escolha de apenas um para o desenvolvimento desta dissertação, portanto.

São eles: (i) o critério aglutinador, usado na formação do litisconsórcio, que classifica este como facultativo ou necessário a depender da vinculação entre as partes ou da exigência da lei; (ii) o critério sobre o regime de tratamento, utilizado nas decisões sobre os litisconsortes no processo, que determinar se estes deverão ter o mesmo julgamento ou não, classificando o litisconsórcio como unitário ou comum, respectivamente⁵⁹; (iii) o critério baseado na

57 Opta-se esta tese por utilizar os critérios de classificação adotados por CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO (*Litisconsórcio*, cit., pp. 75 e ss), mas deve se ter em conta que há variações na doutrina especialmente sobre a nomenclatura do critério aglutinador. Alguns optam por denominá-lo como “critério de obrigatoriedade”, outros como “critério de liberdade” e assim por diante, mas o cerne destas outras denominações é o mesmo que a aqui adotada, identificar o vínculo entre as partes que torne o litisconsórcio obrigatório ou apenas permitido, ou, em outras palavras, necessário ou facultativo.

58 Cada um dos critérios é independente entre si, conforme posição unânime na doutrina que, embora tenha, no princípio, cambaleado ao efetuar a aproximação e, por vezes, a identidade de uma classificação com outra, fez-se extremamente diligente ao afastar essa dependência entre os critérios. PONTES DE MIRANDA retrata essa independência dos critérios para a classificação do litisconsórcio ao lecionar o seguinte: “*Advirta-se que a unitariedade não faz surgir a necessidade, razão porque pode haver litisconsórcio voluntário que seja unitário. Portanto, há litisconsórcio unitário sem ser necessário. O art. 47 apenas prevê que se comparam a unitariedade e a necessidade; se não há necessidade, pode haver unitariedade abstratamente concebida (e.g., cada sócio tem ação contra a sociedade para declarar, condenar, constituir, obter mandado ou executar; mas não é necessário que se litisconsorciem.)*.” (Comentários ao Código de Processo Civil, cit., p. 20). Sobre o assunto, também leciona JOSÉ MIGUEL GARCIA DE MEDINA que o litisconsórcio “*comporta diversas classificações, de acordo com o critério observado*” (*Litisconsórcio Necessário Ativo – interpretação e Alcance do ar. 47, parágrafo único, do Código de Processo Civil*, in Revista dos Tribunais, vol. 777/2000, jul/2000, p. 41)

59 Conforme leciona JOSÉ MIGUEL GARCIA DE MEDINA, “*nalguns casos a decisão poderá ser diversa para cada um dos litisconsortes. Noutros, porém, obrigatoriamente o juiz deverá decidir a lide de modo uniforme para todos os litisconsortes. No primeiro caso, dá-se o litisconsórcio simples.*”

posição dos litisconsortes na relação processual, classificando o litisconsórcio como ativo ou passivo⁶⁰; e, por fim, (iv) um último critério que leva em conta o momento da formação do litisconsórcio, que pode ser inicial ou posterior.

O critério utilizado por esta dissertação para a classificação do litisconsórcio será o primeiro, denominado critério aglutinador. Para compreender o porquê desta escolha, necessário se faz, primeiro, um aprofundamento sobre sua conceituação.

Com efeito, o critério aglutinador deve ser interpretado como aquele que depende essencialmente da vinculação existente entre as partes da relação jurídica material, ou seja, da intensidade sobre a ligação existente entre elas⁶¹.

Isso decorre da forte relação que este critério possui sobre a instrumentalização do direito material pelo direito processual, porque, a depender de como ocorre o relacionamento das partes na realidade, poder-se-á configurar os fatores necessários para que se torne obrigatória a vinda em conjunto ao processo⁶².

Sua utilização, nesse sentido, poderá ensejar na constituição do litisconsórcio de uma das duas formas seguintes: (i) facultativa, verificada quando a relação entre as partes alcançar um nível de vinculação que apenas admita o litisconsórcio, sem exigi-lo; ou, (ii) necessária, quando a própria lei, antevendo uma relação de dependência entre as partes, a exigir ou, de outro modo, quando a relação travada entre as partes alcançar um nível tão grande de vinculação que se torne incidível, obrigando a vinda em conjunto por todas⁶³.

Esta segunda situação pode ser vista como a maior expressão da configuração do critério aglutinador, eis que, mediante a análise da relação jurídica material, tornar-se-á obrigatório o litisconsórcio quando não for possível separar uma parte da outra por conta da grande vinculação – aglutinação – existente entre elas.

Tal critério é comumente utilizado pela doutrina como pautado no momento de formação do litisconsórcio⁶⁴, ou seja, em sua constituição, porque, saber se o litisconsórcio será facultativo ou necessário, influenciará, diretamente, sobre a legitimidade das partes que objetivem integrar em conjunto o pedido.

No segundo, litisconsórcio unitário" (Litisconsórcio necessário ativo – Interpretação e alcance do art. 47, parágrafo único, do código de processo civil, cit., p 41).

60 DINAMARCO, Cândido Rangel, *Litisconsórcio*, cit., p. 78

61 DINAMARCO, Cândido Rangel, *Litisconsórcio*, cit., p. 78.

62 ELIE EDIE PIERRE, tratando dessa interseção no critério aglutinador, escreve que: "*Saber, assim, se a formação será necessária ou facultativa tem forte aproximação dos elementos objetivos da demanda, refletindo a própria natureza da relação material controversada*" (*Litisconsórcio Unitário – Fundamentos, estrutura e regime*, cit., p. 36).

63 DINAMARCO, Cândido Rangel, *Litisconsórcio*, cit., p. 78.

64 SICA, Heitor Victor, *Três velhos problemas do processo litisconsorcial à Luz do CPC/2015*, cit., p. 65.

Em sendo necessário o litisconsórcio, todas as partes que a lei ou a relação jurídica exigirem devem, obrigatoriamente, estarem juntas, sob pena de serem consideradas ilegítimas se uma delas não integrar a demanda, ou seja, a própria formação do litisconsórcio⁶⁵.

Essas peculiaridades do critério aglutinador – relevante influência do direito material e utilização no momento de formação do litisconsórcio por conta da legitimidade – justificam sua escolha nesta dissertação que, como já é possível concluir, tem como objeto principal a vinculação, ou melhor, a aglutinação possível de existir entre as partes para a distribuição do processo em conjunto, consubstanciada na constituição do próprio litisconsórcio.

Nesse cenário, é possível estabelecer uma gradação de vinculação entre as partes que componham uma relação jurídica material, que variará entre o litisconsórcio facultativo e o litisconsórcio necessário, verificando-se o primeiro quando a vinda em conjunto pelas partes ao processo for apenas admissível, ou seja, se consolidar em uma das três hipóteses de admissibilidade analisadas no item 2.3 *supra*, ou, o segundo, quando for obrigatória a presença de todas as partes envolvidas nesta relação.

Sobre este segundo, todavia, uma ressalva deve ser feita a respeito de sua configuração antes de chegarmos ao item posterior, para que se compreenda o porquê, inobstante tenha se deixado claro a opção desta dissertação em se apoiar no critério aglutinador, ter-se-á no extremo da escala de gradação utilizada não apenas o litisconsórcio denominado necessário, mas, sim, o litisconsórcio necessário unitário.

Isso ocorre por conta de uma opção do legislador em qualificar o litisconsórcio necessário através de “*duas técnicas*”⁶⁶, (i) uma quando a lei o exigir

65 Conforme leciona CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, “*A necessidade do litisconsórcio reside na indispensabilidade da inclusão de partes plúrimas, resolvendo-se em uma questão de legitimidade ad causam ativa ou passiva: dizer que o litisconsórcio é necessário, significa negar a legitimidade de uma só pessoa para demandar ou para ser demandada isoladamente, carecendo de ação o autor que insistir na demanda isolada. Trata-se de matéria de ordem pública, que ao juiz cumpre fiscalizar de ofício, ditando-lhe expressamente a lei o dever de determinar o que for adequado para que se faça o litisconsórcio nos casos em que a lei o exige, sob pena de extinção do processo sem julgamento do mérito (art. 47, par. - infra n. 110).*” (*Litisconsórcio*, cit., p. 76)

66 Trata-se da forma como CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO diferencia as duas situações que podem acarretar na configuração do litisconsórcio necessário, uma quando em decorrência da lei e outra quando se verificar a existência de uma relação tida como incidível entre as partes que as impediria de estar em juízo sozinhas. É como leciona: “*O variável poder de aglutinação, que é responsável pela necessidade ou não-necessariedade do litisconsórcio, é dimensionado pelo legislador mediante mais de uma técnica. Como é notório, e a seu tempo será melhor exposto, a lei emprega duas técnicas, impondo o litisconsórcio: a) quando se tratar de situações jurídicas ocupadas por duas ou várias pessoas, mas incidíveis; b) em casos isolados e específicos onde, a critério do legislador, seja conveniente a litigância conjunta (infra, nn. 80 ss.).*” (*Litisconsórcio*, cit., p. 77). Ainda sobre o tema, ELIE PIERRE EID expõe de maneira didática esse duplo regime do litisconsórcio necessário, dispondo que “*o litisconsórcio necessário teria espaço em duas situações: quando a lei obrigasse a formação do vínculo litisconsorcial (propter*

e (ii) outra quando, inobstante o legislador não tenha obrigado sua configuração expressamente, a relação jurídica material entre as partes for incidível⁶⁷, ocasionando sua unitariedade⁶⁸ por deverem estar todas, necessariamente, fadadas a um mesmo destino⁶⁹.

Essa segunda possibilidade ocorre porque, apesar da unitariedade e da necessidade não se confundirem, ante serem qualificações instituídas por critérios diferentes e independentes⁷⁰, poderá se configurar o litisconsórcio necessário quando a relação jurídica existente entre as partes alcançar um nível tão alto de aglutinação que será obrigatória a vinda em conjunto ao processo.

Isto só será verificado quando realmente não houver como as partes, em decorrência deste elevado grau de aglutinação, não puderem ter destinos diferentes, ou seja, quando o litisconsórcio for unitário⁷¹, emergindo a figura do litisconsórcio necessário unitário^{1274(p.seg.)}.

oportunidade) ou quando, na ausência de lei, se pudesse extrair que da relação jurídica material houvesse essa obrigatoriedade (secundum tenorem rationis). No tocante à primeira delas, talvez sejam poucos os problemas apresentados, já que é a própria disposição legal que induz à formação necessária do litisconsórcio. Por outro lado, é na segunda situação que residem os principais questionamentos e dúvidas que, em verdade, se mostra como a maior parte dos litisconsórcios necessários”(Litisconsórcio Unitário – Fundamentos, estrutura e regime, cit., p. 36).

67 Relembrando o quanto disposto no art. 114 do CPC/15, *in verbis*: “Art. 114. O litisconsórcio será necessário por disposição de lei ou quando, pela natureza da relação jurídica controvertida, a eficácia da sentença depender da citação de todos que devam ser litisconsortes”.

68 ALEXANDRE CÂMARA, nesse sentido, dispõe sobre essa decorrência da unitariedade por conta da incidibilidade da relação ao conceituar esta como “aquela relação jurídica de direito material indivisível, ou seja, aquela relação jurídica em que eventual decisão judicial que a seu respeito seja proferida deverá produzir efeitos sobre todos os seus sujeitos, o que torna indispensável a presença de todos eles no processo.” (*Escritos de direito processual*, Rio de Janeiro: Lúmen, 2001, p. 102).

69 DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcellos Carrilho, *Teoria Geral do Novo Processo Civil*, cit., p. 158.

70 Conforme leciona CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO: “O processualista brasileiro moderno coloca os dois fenômenos adequadamente em planos diversos, consciente de que estamos diante de duas problemáticas distintas: a da indispensabilidade da integração de todos os colegitimados na relação processual (litisconsórcio necessário ou facultativo) e a do regime de tratamento dos litisconsortes no processo (litisconsorte necessário ou comum)” (*Litisconsórcio*, cit., p. 143). Ainda, JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA leciona que: “O conceito de litisconsórcio unitário não coincide com o de litisconsórcio necessário nem na compreensão, nem na extensão (...)”. (*Litisconsórcio unitário*, Rio de Janeiro: Forense, 1972, p. 174).

71 Uma forma de compreender quando se verificará a indivisibilidade da relação existente entre as partes é analisar a diferença entre a incidibilidade e a solidariedade que, nas palavras de CAIO MÁRIO PEREIRA DA SILVA, assim se verifica: “1.) a causa da solidariedade é o título, e a da indivisibilidade é (normalmente) a natureza da prestação; 2.) na solidariedade cada devedor paga por inteiro, porque deve por inteiro, enquanto na indivisibilidade solve a totalidade, em razão da impossibilidade jurídica de repartir em cotas a coisa devida; 3.) a solidariedade é uma relação subjetiva, e a indivisibilidade objetiva, em razão de que, enquanto a indivisibilidade assegura a unidade da prestação, a solidariedade visa a facilitar a exação do crédito e o pagamento do débito; 4.) a indivisibilidade justifica-se, às vezes, com a própria natureza da prestação, quando o objeto é em si mesmo insuscetível de fracionamento, enquanto a solidariedade é sempre de origem técnica, resultando ou da lei ou da vontade das partes, porém nunca um dado real; 5.) a solidariedade cessa com a morte dos devedores relativamente a cada um dos herdeiros, mas a indivisibilidade subsiste enquanto a prestação suportar; 6.) a indivisibilidade termina quando a relação se converte em

Nesse sentido, para além da discussão existente na doutrina sobre a aplicação dessas *duas técnicas*⁷³ de formação do litisconsórcio necessário, decorrente da lei ou da unitariedade, no que interessa à esta dissertação, a análise ficará restrita ao litisconsórcio necessário decorrente da unitariedade.

Esta opção decorre do fato de que é nesta situação que se torna possível analisar efetivamente a vinculação existente entre as partes através da análise empírica tratada no Capítulo IV *infra*, e, também, porque é reconhecidamente no litisconsórcio necessário unitário que se verifica a maior vinculação possível de existir entre as partes no litisconsórcio, consequência da relação incindível verificada⁷⁴.

2.6. NÍVEIS DE VINCULAÇÃO PELO CRITÉRIO AGLUTINADOR

percorridas essas três etapas da análise do litisconsórcio: (i) a verificação das condições da ação para cada uma das partes; (ii) os graus de intensidade de vinculação nas hipóteses de admissibilidade; e (iii) a utilização do critério aglutinador, se consolidará, neste momento, todas as premissas apontadas, com a elaboração de uma escala de gradação sobre a vinculação existente na relação travada entre as partes pautada no critério aglutinador.

A utilização de referida escala, que irá orientar esta dissertação, se faz necessária por dois motivos principais: o primeiro decorre do fato de que a relação travada entre as partes deve partir necessariamente de uma análise prévia

perdas e danos, enquanto que na solidariedade conserva esse atributo".(Instituições de direito civil: introdução ao direito das obrigações, vol. 1, 20.ed, Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 78).)

72 Por isso mesmo que, CANDIDO RANGEL DINAMARCO e BRUNO VASCONCELOS lecionam que "o litisconsórcio necessário por incindibilidade é irmão gêmeo do litisconsórcio unitário, no sentido de que ambos decorrem da impossibilidade de decidir sobre a situação de um dos sujeitos sem decidir também sobre a do outro (necessariedade) e sem que sejam homogêneas as decisões referentes aos dois (unitariedade)".(Teoria Geral do Novo Processo Civil, cit., p. 158).

73 JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, antes mesmo da entrada em vigor do CPC/73 já dispunha com sobre essas duas possibilidade de verificação do litisconsórcio necessário, assim dispondo: "de acordo com semelhante exegese, condição necessária para produzir a obrigatoriedade do litisconsórcio seria a existência de uma pluralidade de titulares na relação jurídica deduzida em juízo [...] há de sofrer ainda um aditamento para abranger toda a área de manifestação do litisconsórcio necessário: ele aparece quando, comum a duas ou mais pessoas o direito controvertido, não autoriza a lei a sua defesa judicial por um único dentre os titulares, e também quando, na mesma ausência de comunhão, determina a lei que a ação seja proposta por mais de uma ou contra mais de uma pessoa."(O litisconsórcio e seu duplo regime, in Direito Processual Civil: estudos e pareceres. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971, p. 42).

74 Como bem leciona LUIZ RODOLFO ARAÚJO JR. sobre o litisconsórcio necessário, ocupa aquele decorrente da unitariedade o grau mais acentuado de incindibilidade possível entre as partes porque "se a sentença há de, obrigatoriamente, regular de modo uniforme a relação substancial de todos os litisconsortes, claro está que esse litisconsórcio será forçosamente necessário, e de uma indispensabilidade de grau mais acentuado ainda que a do litisconsórcio necessário simples, se assim se pode dizer"(Litisconsórcio necessário passivo em mandado de segurança. Recife: Imprensa Universitária, 1964, p. 97).

do direito material, apta a refletir a forma do instituto litisconsorcial que mais seja adequada para providenciar, efetivamente, a tutela jurisdicional que as partes buscam obter.

O segundo, que é uma consequência automática do primeiro, se refere à complexidade que a relação jurídico-material pode conter, tornando as classificações estáticas do litisconsórcio insuficientes⁷⁵ quando não transportadas para uma perspectiva dinâmica e flexível⁷⁶, a ser obtida através da escala de variação da vinculação.

Disso decorre que, caberá ao processo, o qual, como já pontuado, funciona como um instrumento de resolução de conflitos surgidos no direito material, a este se *moldam*⁷⁷, inovando e reformando seus institutos processuais de acordo com a realidade demandada pela relação jurídica material estabelecida.

Assim, é justamente sobre esta complexidade que se propõe o estabelecimento da escala de gradação de vinculação disposta a seguir, tida em seus dois extremos as figuras do critério aglutinador, litisconsórcio facultativo e litisconsórcio necessário, e variável entre o menor nível de vinculação entre as partes consubstanciado no litisconsórcio facultativo pautado na hipótese de afinidade até a verificação de uma relação incidível, situação em que o litisconsórcio será necessário unitário.

75 Conforme aponta ELIE PIERRE EID, é “Diante da densidade dos conceitos de ônus, faculdades, deveres e direitos, já mesmo em um processo de um único autor contra um único réu seria possível enxergar a irradiação da evolução da atuação das partes em juízo para além de uma estrutura estática.” (*Litisconsórcio Unitário – Fundamentos, estrutura e regime*, cit., p.42).

76 Essa realidade é vista por JOSÉ MARIA TESHEINER como uma dinâmica da relação processual que transcende até mesmo o direito material porque, segundo entende, “o processo é uma relação dinâmica, mais claramente do que as relações de direito material. Sucedem-se, em curso, situações de crédito e de poder, até que ele se extingue, com a desvinculação das partes, que assim retornam ao estado zero, ou estado de liberdade” (*Situações subjetivas e processo*, in *Revista de Processo*, n. 107, jul/set 2002, p. 22). No mesmo sentido: CALAMANDREI, Piero, *Instituições de direito processual civil*, 2. ed. Tradução de Douglas Dias Ferreira (Trad.), Campinas: Bookseller, 2003, p. 317.

77 Nesse sentido, ANTÔNIO CARLOS DE ARAÚJO CINTRA expõe essa preparação do processo com as situações de direito material, em especial no que diz respeito à criação do litisconsórcio como instrumento processual criado para lidar com a pluralidade de partes, da seguinte forma: “O litisconsórcio é um fenômeno complexo de pluralidade de pessoas, em um ou em ambos os polos conflitantes da relação jurídica processual, como tal, o litisconsórcio é uma figura do processo. No processo nasce, vive morre. Fora do processo, não existe. Mas, por força da natureza instrumental do processo, o litisconsórcio sempre tem o direito material por referência; isto é, embora sejam de direito processual as regras que disciplinam o litisconsórcio, elas se formulam sempre em vistas dos antecedentes ou das conquistas do direito material [...] Nessas condições, embora sendo um fenômeno estritamente processual, uma vez que só existe no processo, o litisconsórcio, muitas vezes modela a sua imagem à semelhança do que ocorre na vida social, transfigurada pelos conceitos do direito material.” (*Do litisconsórcio unitário no sistema do Código Processo Civil*, São Paulo: Justitia, 1973, p. 65)

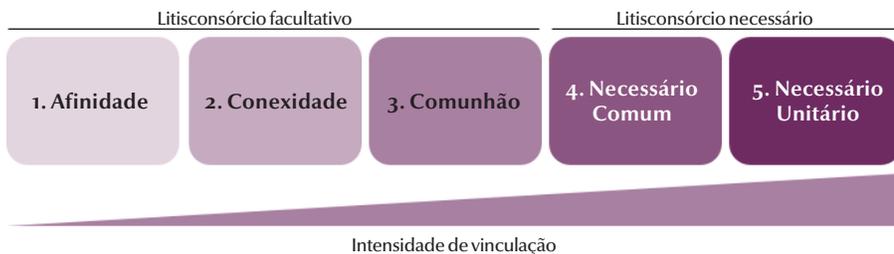


Imagem 1: Escala de graduação da vinculação entre as partes no litisconsórcio

Esta escala de graduação será utilizada para a qualificação do litisconsórcio na relação jurídica material que interessa à esta dissertação, tratada no capítulo posterior, qual seja aquela existente entre as sociedades empresárias requerentes no processo de recuperação judicial distribuído em litisconsórcio ativo.

CAPÍTULO III – A VINCULAÇÃO DAS SOCIEDADES REQUERENTES DO PEDIDO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL EM LITISCONSÓRCIO ATIVO

Construída a base processual necessária para seu desenrolar, esta tese se focará, agora, no subsídio de direito material que lhe dá forma, a relação existente entre as requerentes do pedido de recuperação judicial e seus efeitos para com a constituição do litisconsórcio.

O que exigiu referido substrato processual anterior e, neste momento, demanda o estabelecimento de critérios de direito material, é o próprio caráter interdisciplinar do direito da empresa em crise⁷⁸, que, apesar de possuir lei

78 Conforme expõe SHEILA C. NEDER CEREZETTI, ao abordar a omissão da legislação concursal sobre o pedido formulado em conjunto por diversas sociedades, “O assunto ora abordado constitui nítida prova de que o direito da empresa em crise não pode ser estudado como regramento autônomo, mas deve sempre atentar para sua íntima relação com a disciplina societária. Da mesma forma, muito embora há tempos salutarmente afastado de estudos que adotavam apenas a perspectiva da ciência processual, o direito concursal não pode ser compreendido sem que considerações de direito formal sejam tecidas. O estudo da recuperação judicial enquanto instrumento para lidar com a crise de sociedades que participam de grupo societário bem demonstrará o necessário enlaçamento entre direitos societários, processual e concursal.” (Grupos de sociedades e recuperação judicial: o indispensável encontro entre direitos societário, processual e concursal, cit., p. 736). Sobre o assunto, RONALDO VASCONCELOS acrescenta à verificação da interdisciplinaridade a necessidade de se estabelecer um ponto de equilíbrio entre as normas processuais e materiais na recuperação judicial, eis que inobstante haja uma coexistência de ambas, a peculiaridade da lei concursal exige maior integração porque se objetiva uma única tutela jurisdicional, a superação da crise, que acarreta reflexos por toda a comunidade e para o Estado, assim dispondo: “A Lei de Recuperação e Falências é realmente singular porque traz em um só corpo disposições substanciais e processuais. Isso acontece devido à integração do processo e do direito material em um só contexto global de tutela jurisdicional, a qual deve ser outorgada para

específica – a LRE – disciplinando o procedimento a ser seguido e seus princípios particulares⁷⁹, padece de grande lacuna em seu texto referente ao pedido de recuperação judicial formulado em conjunto por diversas sociedades empresárias⁸⁰.

Nesse sentido, é necessário tomar emprestado do direito processual a estrutura do litisconsórcio⁸¹, conforme expressamente autoriza o artigo 189 da LRE⁸². Referida estrutura litisconsorcial⁸³, todavia, como já sedimentado,

a empresa em crise, diante da importância social que desempenha para a comunidade onde atua e para o Estado.”(Princípios Processuais da Recuperação Judicial. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2012, p.34).

- 79 Trata-se, na lição de RONALDO VASCONCELOS dos “conceitos de empresa, crise econômico-financeira, preservação da empresa e direito de recuperação de empresas que estão intimamente ligados e servem de pressupostos para a abordagem do tema dos princípios processuais constitucionais da recuperação judicial”(Princípios Processuais da Recuperação Judicial, cit., p.31).
- 80 SHEILA C. NEDER CERZETTI, sobre o assunto, após bem lecionar sobre a realidade dos grupos societários amplamente utilizados, assevera que “Não obstante a centralidade dos grupos como técnica organizativa, a Lei 11.101/2005 (“LRE”) a eles não dedicou especial atenção”(Grupos de sociedades e recuperação judicial: o indispensável encontro entre direitos societário, processual e concursal, cit., p. 735). No mesmo sentido, LÍGIA PAULA P. PINTO SICA também pontua que, ressalvado o disposto no art. 43 da LRE, essa omissão da legislação concursal, acrescentando, todavia que, referida lacuna poderia ser vista como desejável por conta da complexidade da matéria, cabendo a jurisprudência, neste cenário, através dos mecanismos próprios da matéria de direito da empresa em crise, preencher esses espaços deixados pelo legislador, assim lecionando: “Pressentimos que a omissão da LRE poderia não ser condenável, mas antes desejável, quer pela complexidade do tema, quer pela sempre defasada produção legislativa acerca das dinâmicas matérias empresariais. Assim, eventuais lacunas aparentes poderiam ser preenchidas pela jurisprudência através de outros mecanismos dos diversos tipos de interpretação e do recurso a aplicação de princípios do direito empresarial e da LRE (especialmente os da preservação da empresa viável em razão de sua função social e a realocação de recursos no mercado por meio da liquidação célere de empresas inviáveis).”(A disciplina dos grupos empresariais e a lei de recuperação de empresas em crise e falência: um convite a jurisprudência, in Cerezetti, S.C. Neder; Maffioletti, Emanuelle Urbano (Coord.), Dez Anos da lei 11.101/2005, São Paulo: Almedina, 2015, p. 106). Nesse mesmo sentido: SALLES DE TOLEDO, Paulo Fernando Campos, Recuperação Judicial de Grupos de Empresas, in VALLADÃO A. N. F., Erasmo; ADAMEK, Marcelo Vieira Von (coord.), Temas de Direito Empresarial em homenagem ao professor Luiz Gastão Paes de Barros Leães, São Paulo: Malheiros, 2014, p. 348.
- 81 SHEILA C. NEDER CERZETTI leciona sobre essa vinculação do processo ao direito material especificadamente no que se refere à utilização do litisconsórcio como uma solução para a crise quando enfrentada em conjunto por um grupo de empresas, lecionando que “Justamente em vista da qualidade instrumental do processo, a figura processual do litisconsórcio serve a situações em que o direito material assim recomendar ou exigir. À luz das relações ambientadas no grupo societário, pode-se imaginar que o fenômeno processual do litisconsórcio ativo bem se encaixa nas necessidades que o instrumento processual de solução da crise empresarial busca atender”, e arremata referida autora ao concluir que “se o processo tem por escopo atuar o direito material, nada mais correto do que admitir, quando a situação fática apresentar verdadeira harmonia de pretensão, um pólo ativo processual que abarque não só a sociedade atomizada mas aquelas que contribuem para uma mesma organização empresarial”(Os Grupos de sociedades e recuperação judicial: o indispensável encontro entre direitos societário, processual e concursal, cit., p. 753).
- 82 In verbis: “Art. 189. Aplica-se a Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – O Código de Processo Civil, no que couber, aos procedimentos previstos nesta lei.”.
- 83 Sobre o dispositivo e sua utilização pelo direito concursal por conta da omissão da LRE, salienta PAULO FERNANDO CAMPOS SALLES TOLEDO que “A realidade não pode aguardar o nascimento de novas normas jurídicas, e as necessidades econômicas das empresas devem ser satisfeitas com o instrumento jurídico existente.”(Recuperação Judicial de Grupos de Empresas, cit., p. 349). No

não se sustenta sozinha e em qualificações estáticas, sendo de rigor, a depender da complexidade da relação jurídica material examinada, que se trabalhe com um critério dinâmico e flexível na identificação do litisconsórcio⁸⁴, pautado numa escala de variação de aglutinação referente à intensidade do vínculo existente entre as partes, disposta no item 2.6 *supra*.

É justamente por isso que se propõe, neste Capítulo III, construir uma espécie de “espelho” com relação ao Capítulo II, refletindo aqui cada uma das lições lá analisadas – (i) condições da ação no litisconsórcio; (ii) hipóteses de admissibilidade do litisconsórcio; (iii) critério aglutinador de classificação; e (iv) escala de vinculação baseada neste – especificadamente para o processo de recuperação judicial em litisconsórcio ativo.

3.1. AS CONDIÇÕES DA AÇÃO NA RECUPERAÇÃO JUDICIAL EM LITISCONSÓRCIO ATIVO

Como se viu, a análise das condições da ação, legitimidade *ad causam* e interesse de agir, quando do ajuizamento do processo em litisconsórcio, deve ser feita com relação a cada uma das partes, eis que, em sendo uma parte ilegítima ou caso, eventualmente, lhe falte interesse de agir em determinada demanda, tal cenário não se modificará apenas por conta desta vir acompanhada de outras partes que atendam a esses dois requisitos.

Ademais, também se pontuou na ocasião, que ambas as condições da ação devem partir de uma análise de direito material, através do preenchimento dos requisitos que sejam próprios da relação jurídica material que vier a embasar o pedido em litisconsórcio.

Daí que, transportando-se esses apontamentos para a relação jurídica material sob análise nesta dissertação – o ajuizamento do pedido de recuperação judicial em litisconsórcio ativo – forçosa será a análise da LRE para identi-

mesmo sentido, JOEL LUIS THOMAZ BASTOS assenta, ao dispor sobre referido dispositivo que “como se viu, o Direito Falimentar se relaciona com os outros ramos do direito, interagindo com eles e tomando emprestado ou utilizando seus conceitos” (*Litisconsórcio Ativo e Consolidação substancial na Recuperação Judicial*, cit., p. 212).

84 É com base neste caráter dinâmico que ELIE PIERRE EID se questiona sobre a análise estática insuficiente da relação interpartes quando da constituição do litisconsórcio, salientando que este “representando configurações subjetivas complexas da demanda, não esconde que o conceito de relação jurídica processual merece ser revistado e repensado.”, concluindo que “Esse inter-relacionamento atesta o caráter dinâmico da progressão do litisconsórcio e, além disso, a interferência da atuação de um litisconsorte sobre outro, revelando posições jurídicas que, embora de sujeitos agregados em um mesmo polo da demanda, sejam ou convergentes ou colidentes.” (*Litisconsórcio Unitário – Fundamentos, estrutura e regime*, cit., p.44).

car esses requisitos de direito material que, instrumentalizados pela disciplina processual, se tornam condições da ação para cada uma das partes⁸⁵.

Por primeiro, entende-se como uma relação cabível, a qualificação do art. 48 da LRE⁸⁶ como um dispositivo que trata sobre os requisitos de legitimidade *ad causam* para o ajuizamento do pedido de recuperação judicial, por conta da previsão em seu *caput* de que é ao devedor que é autorizado o ajuizamento do pedido⁸⁷. Os incisos que o preenchem são requisitos indispensáveis a serem preenchidos para que se tenha legitimidade no ajuizamento do pedido de recuperação judicial.

O dispositivo citado, ainda, é utilizado pela doutrina para atestar a exclusividade da legitimidade do devedor para requerer a recuperação judicial⁸⁸. Ou seja, não é possível que outros interessados – credores, trabalhadores, ministério público – requeiram a recuperação judicial em nome da sociedade ou das sociedades insolventes, porque são ilegítimos para assim o fazer. Situação

85 Conforme leciona ANTONIO DO PASSO CABRAL, buscar uma essência para a legitimidade *ad causam* na relação jurídica material é a forma mais adequada porque “as situações legitimantes são identificadas com a própria relação jurídica material que se submete ao Judiciário como objeto do processo. Este é o formato da legitimidade ordinária, aferida a partir de um juízo comparativo entre o padrão subjetivo do direito material e a situação de fato descrita no processo por cada sujeito.”, concluindo que esta situação seria um reflexo do fato de que “o processo não se constrói em torno de si mesmo, nem seus institutos são vazios de significado substancial, mas antes deve haver uma relação de funcionalidade intrínseca entre processo e norma material.” (Despolarização do processo e zonas de interesse: sobre a migração entre polos da demanda, in Revista Eletrônica do Ministério Público Federal, Ano 1, vol. 1, 2009. Disponível em: http://www.prrj.mpf.mp.br/custoslegis/revista_2009/2009/aprovados/2009a_Tut_Col_Cabral%2001.pdf. Acesso em 10 de agosto de 2017, p. 4)

86 *In verbis*: “Art. 48. Poderá requerer recuperação judicial o devedor que, no momento do pedido, exerça regularmente suas atividades há mais de 2 (dois) anos e que atenda aos seguintes requisitos, cumulativamente: (...)”

87 Advirta-se: o art. 1º da LRE, segundo entendem alguns doutrinadores, é o dispositivo que também teria em seu âmago a legitimidade ativa para o pedido de recuperação judicial, porque restringe a aplicação da LRE ao empresário e à sociedade empresária. Nesse sentido, é como entende AMADOR PAES DE ALMEIDA que, ao escrever especificadamente sobre a legitimidade ativa na recuperação judicial, começa expondo os conceitos de empresário e sociedade empresária à luz da definição do art. 966 da Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (“CC/2002”), todavia, acrescenta referido autos, logo em seguida, ainda no mesmo capítulo, o fato de que “um dos requisitos fundamentais para requerer a recuperação judicial é o exercício regular de suas atividades há mais de dois anos, princípio, aliás, vigente na antiga concordata preventiva (art. 48)”. (Curso de Falência e Recuperação de empresa, 26ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 321 e ss). No mesmo sentido, assim lecionam LUIZ ROBERTO AYOUB e CÁSSIO CAVALI ao ressaltarem que, inobstante o art. 1º disponha sobre a restrição da aplicação da LRE, “Para legitimar-se a postulação da recuperação judicial, no entanto, não basta que o devedor seja qualificado como empresário: é necessário que a essa qualificação se acresçam os demais requisitos apontados pelo art. 48 da mesma lei. Vale dizer, legitima-se a postular recuperação judicial o devedor empresário que atenda determinados requisitos legais” (A construção jurisprudencial da recuperação judicial de empresas, Rio de Janeiro: Forense 2013, p. 21).

88 VALLADÃO A. N. F., Erasmo; ADAMEK, Marcelo Vieira Von (coord.), *Temas de Direito Empresarial em homenagem ao professor Luiz Gastão Paes de Barros Leães*, São Paulo: Malheiros, 2014, pp. 336-357.

diferente ocorre na falência, todavia, em que a LRE expressamente atribui legitimidade a todos esses interessados para requerê-la⁸⁹.

O interesse processual, ademais, poderia ser adequadamente verificado no artigo 51 da LRE, tendo como requisito mais relevante o inciso I⁹⁰, que dispõe sobre a necessidade do devedor expor sua “*situação patrimonial*” e as “*razões da crise econômica-financeira*”.

Institui-se nos incisos deste último dispositivo, uma listagem de documentos que, ante as informações que podem ser obtidas por eles, podem ser identificados, na realidade, como instrumentos de comprovação sobre a forma como o devedor aborda sua “*situação patrimonial*” e “*crise econômica-financeira*” na petição inicial.

A existência de crise, por isso, seria o cerne do interesse de agir na recuperação judicial comprovada pelos documentos, tornando-se mais clara a comprovação desta afirmação, através da análise de assunto concernente à disciplina do direito processual, a tutela jurisdicional almejada pelas partes quando do ajuizamento de uma demanda.

Com efeito, no caso da recuperação judicial, o artigo 47 da LRE dispõe que o objetivo desta deve ser a “*preservação da empresa*”, a qual é traduzida pela doutrina como a superação da crise e a consequente manutenção da atividade econômica desempenhada pela empresa⁹¹.

89 Comparando-se a redação do artigo 48 em comento com o artigo 97 da mesma lei (*in verbis*: “Art. 97. Podem requerer a falência do devedor: I – o próprio devedor, na forma do disposto nos arts. 105 a 107 desta Lei; II – o cônjuge sobrevivente, qualquer herdeiro do devedor ou o inventariante; III – o cotista ou o acionista do devedor na forma da lei ou do ato constitutivo da sociedade; IV – qualquer credor”), nota-se essa legitimidade exclusiva do devedor para requerer a recuperação judicial.

90 *In verbis*: “Art. 51. A petição inicial de recuperação judicial será instruída com: I – a exposição das causas concretas da situação patrimonial do devedor e das razões da crise econômico-financeira; (...)”.

91 Na lição de RACHEL STZTAJN, a função da preservação da empresa está na manutenção da atividade econômica porque “*A manutenção de empregos, o respeito aos interesses dos credores, a garantia da produção e circulação de bens e serviços em mercados são objeto de específica tutela na reorganização, desde que sejam respeitados os fundamentos econômicos da organização das empresas, de sua participação nos mercados, no criar e distribuir bem-estar, gerar riquezas. Lógico o esforço da nova disciplina visando a mantê-la em funcionamento quando se demonstrar a viabilidade da continuação das operações. Nítido o abandono da visão informadora da legislação revogada que dava prioridade, por entendê-lo mais adequado, retirar do meio (do mercado) o comerciante inábil ou inepto que pudesse aumentar o risco inerente à atividade comercial.*”(Comentários ao art. 47 da Lei de Recuperação de Empresas e Falência, in SOUZA JÚNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de. (Coord.), *Comentários à Lei de recuperação de empresas e falência*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, pp. 222-224). Sobre o tema: CEREZETTI, S.C. Neder, *A recuperação judicial de sociedades por ações – O princípio da preservação da empresa na Lei de Recuperação Judicial e Falência*, São Paulo: Malheiros, 2012, pp. 240-421; NILVA M., Leonardi Antonio, *Direito recuperacional – aspectos teóricos e práticos*, São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 125; SALOMÃO FILHO, Calixto, *Recuperação de empresas e interesse social. Introdução aos comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*, in SOUZA JÚNIOR, Francisco Satiro

Permite-se dizer, portanto, que a tutela jurisdicional que o devedor busca com o ajuizamento do pedido é a superação da crise⁹² e, assim, como não poderia ser diferente, para poder pleitear esta, deve, primeiramente, estar em crise, situação que, portanto, qualifica o cerne do interesse de agir.

Veja-se que tanto a legitimidade *ad causam* quanto o interesse de agir, que se propõe sejam vistos, na LRE, como consubstanciados nos artigos 48 e 51 – vinculação, destaca-se, já acenada pela doutrina especializada⁹³ – compõem requisitos próprios da atividade econômica da sociedade empresária, que almeja a recuperação judicial, refletindo o caráter peculiar das condições da ação a depender da realidade das empresas no direito material⁹⁴.

Logo, especificadamente no que tange ao pedido de recuperação judicial em litisconsórcio ativo, necessário será que haja uma verificação sobre o preenchimento dos dois dispositivos referidos para cada uma das sociedades, sob pena de ter como indeferido liminarmente o pedido daquela que padecer de um destes dois pressupostos da ação.

3.2. O LITISCONSÓRCIO ATIVO ADMISSÍVEL NA EXISTÊNCIA DE GRUPO

novamente, retornando ao subsídio do direito processual exposto no Capítulo II para introduzir o assunto ora em comento, cabe aqui relembrar brevemente o quanto exposto sobre as hipóteses de admissibilidade do litisconsórcio processual, dispostas no artigo 113 do CPC/15 que, primeiro, como visto, são três: (i) a comunhão de direitos ou de obrigações; (ii) a conexão pelo

de; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de. (Coord.), *Comentários à Lei de recuperação de empresas e falência*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 50.

92 CAMPINHO, Sérgio, *Falência e recuperação de empresa: O novo regime da insolvência empresarial*, 3ª. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 122.

93 FABIO ULHOA COELHO acena para esta qualificação do art. 51 da LRE quando o coloca ao lado do art. 48, lecionando que “Além dos requisitos para a legitimação ativa (art. 48), exige-se do devedor interessado em obter o benefício da recuperação judicial o atendimento a diversas condições; algumas formas, outras, materiais.”(Comentário à Lei de Falências e de recuperação de empresas, 8ª ed., São Paulo: Saraiva, 2011, p. 215). No mesmo sentido, SHEILA C. NEDER CEREZETTI, além de reconhecer expressamente que a legitimidade *ad causam* na recuperação judicial atende ao quanto disposto no art. 48 e que, no que tange ao pedido de recuperação formulado por diversas empresas, “todas elas precisam satisfazer os requisitos” deste dispositivo, o cumula com o art. 51, lecionando, após findar a referência ao art. 48, que as mesmas empresas “devem, ainda, instruir a petição inicial com todos os documentos listados no art. 51 da LRE [...]”(Os Grupos de sociedades e recuperação judicial: o indispensável encontro entre direitos societário, processual e concursal, cit., p. 756).

94 Nesse sentido, assim ensina ANTONIO DO PASSO CABRAL: “Em razão do dinamismo da relação processual, é só na sua verificação casuística que a legitimidade encontra sua completa e mais pura finalidade. Se a função desse limite subjetivo ao exercício de funções processuais é analisar a correspondência entre o modelo legal e a situação de fato, a legitimidade só pode ser precisa em cada caso concreto e para cada ato processual”(Despolarização do processo e zonas de interesse: sobre a migração entre polos da demanda, cit., p. 7)

pedido ou pela causa de pedir; e (iii) a afinidade de questões por ponto comum de fato ou de direito.

Se estabeleceu, também, após a conceituação de cada uma das hipóteses, uma escala de gradação na intensidade de vinculação entre as partes que compõem o litisconsórcio – frise-se, a ser preenchida mediante análise da relação jurídica material – que, de uma potência menor para a maior, se consolidou em três níveis, nesta ordem: afinidade, conexidade e comunhão.

No pedido de recuperação judicial em litisconsórcio ativo por um conjunto de sociedades empresárias, o que tem sido considerado na doutrina⁹⁵ e, como se verá na análise empírica do Capítulo IV *infra*, também nas decisões de deferimento do processamento, é que o cabimento, ou melhor, a admissibilidade do litisconsórcio ativo na recuperação judicial, estaria submetida à constatação de que as sociedades requerentes do pedido em conjunto comporiam o que se denominou, inicialmente, por *Grupo econômico*.

Inobstante haja produção doutrinária sobre o tema dos *Grupos econômicos na recuperação judicial*⁹⁶, esta dissertação opta por tratar de três questões sobre essa denominação associada à admissibilidade do litisconsórcio ativo na recuperação judicial, que serão, efetivamente, proveitosas à análise empírica desenvolvida: (i) uma primeira criticando referida nomenclatura; (ii) uma segunda consolidando alguns conceitos necessários sobre os agrupamentos societários; e, por fim, retornando-se ao cerne deste item, e (iii) uma terceira abordagem centrada na admissibilidade do litisconsórcio pautado na existência de grupo societário, que funcionará como uma gênese do que virá a ser aprofundado no item 3.3 *infra*.

3.2.1. A NÃO APLICAÇÃO DA DISCIPLINA DOS GRUPOS ECONÔMICOS EM MATÉRIA SOCIETÁRIA E CONCURSAL

No que se refere à primeira abordagem, a crítica proposta decorre de uma apropriação infeliz que doutrina e Judiciário aproveitaram de outros ramos do direito para qualificar o conjunto de sociedades empresárias, integrantes do pedido de recuperação judicial em litisconsórcio ativo, como “grupo econômico”.

95 AIRES, Antônio; XAVIER, Celso; FONTANA, Maria Isabel, *Recuperação judicial e falência de grupo econômico*, in ELIAS, Luis Vasco (coord.), *10 anos da lei de recuperação de empresas e falências – Reflexões sobre a reestruturação empresarial no Brasil*, São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 65 e ss;

96 A título meramente exemplificativo, cita-se: COSTA, Ricardo Brito, *Recuperação judicial: é possível o litisconsórcio ativo?*, in Revista do Advogado – *Recuperação Judicial: temas polêmicos*, nº 105, Ano XXIX, São Paulo: AASP, Setembro de 2009; e COELHO, Fabio Ulhoa, *Comentários à Lei de Falências e de recuperação de empresas*, 8ª edição, São Paulo: Saraiva, 2011, p 48.

A infelicidade da expressão provém do fato de ser esta estranha não apenas à LRE – que, como já pontuado, sequer possui qualquer previsão sobre o ajuizamento do pedido por mais de uma sociedade empresária – mas, também, à própria legislação societária que trata da matéria dos agrupamentos societários⁹⁷.

Em verdade, as áreas do direito que, de fato, se utilizam desta expressão de maneira consolidada e com identidade de propósito são, principalmente, a trabalhista, a tributária, a consumerista e a concorrencial⁹⁸, que a empregam para, em apertadíssima síntese, justificar a extensão da responsabilidade trabalhista, tributária consumerista ou concorrencial para outras sociedades que tenham relação com a devedora inicial da obrigação, baseadas ou não em participações societárias.

Nestas searas do direito, a lógica da expressão é destinada a aumentar o âmbito de incidência da responsabilidade e da penalização mediante a solidariedade entre as empresas, situação completamente diversa do raciocínio existente na recuperação judicial que, como se sabe, dada a sua literalidade, tem como objetivo recuperar as empresas, não responsabilizá-las ou penalizá-las⁹⁹.

A Lei 6.404, de 15 de dezembro de 1976 (“LSA”), diploma societário que, segundo dispõe a doutrina¹⁰⁰, deve ser o utilizado para analisar os grupos

97 EDUARDO SECCHI MUNHOZ retrata essa diferenciação ao lecionar sobre a crise da pessoa jurídica concluindo que “a crise da pessoa jurídica no direito societário tem contornos muito diferentes da crise verificada no âmbito do direito do trabalho, do direito tributário, do direito do consumidor, do direito ambiental, entre outros, tornando hercúlea a tarefa de chegar a um conceito genérico, capaz de abranger essas diferentes realidades a partir de pressupostos seguros de aplicação” (*Desconsideração da Personalidade Jurídica e Grupos de Sociedades*, in Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, nº 134, São Paulo: Malheiros, 2004, p. 37).

98 No Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943 (“CLT”) e na Lei n. 5.172, de 25 de outubro de 1966 (“CTN”), há disposição sobre a responsabilidade solidária das sociedades que tenham algum tipo de relação jurídica com a devedora principal, confira-se: (i) *in verbis*, art. 2º, §2º da CLT. “Sempre que uma ou mais empresas, tendo, embora, cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou administração de outra, constituindo grupo industrial, comercial ou de qualquer outra atividade econômica, serão, para os efeitos da relação de emprego, solidariamente responsáveis a empresa principal e cada uma das subordinadas”; e (ii) *in verbis*, art. 124 do CTN. “São solidariamente obrigadas: I – as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal”. Ademais, na Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990 (“CDC”), há dispositivo autorizando a desconsideração da personalidade jurídica da sociedade que tenha causado em seu artigo 28. Por derradeiro, no art. 33 da Lei n. 12.529, de 30 de novembro de 2011 (“Lei do CADE”), que trata da defesa da concorrência, não apenas se dispõe sobre a solidariedade como também utiliza-se expressamente o termo “grupo econômico”, assim dispondo, *in verbis*, o Art. 33 da lei de defesa da concorrência: “Serão solidariamente responsáveis as empresas ou entidades integrantes de grupo econômico de fato ou de direito, quando pelo menos uma delas praticar infração à ordem econômica”.

99 Observação semelhante foi feita por LIGIA P. PINTO SICA ao dispor que “A jurisprudência trata da unidade do grupo empresarial para fins de desconsideração da personalidade jurídica e imputação da responsabilidade a quem detém o comando, em decorrência de legislação específica de modo a tratar da estrutura do grupo em sua patologia, mas não em sua fisiologia” (*A disciplina dos grupos empresariais e a lei de recuperação de empresas em crise e falência: um convite a jurisprudência*, cit., p. 110).

100 Eis o que leciona SHEILA C. NEDER CERZETTI que, após dispor sobre a omissão que a LRE padece sobre a disciplina dos grupos societários, conclui que “Na ausência de conceituação específica,

de empresas no processo concursal, nesse sentido, não trata de Grupos econômicos, que autorizam a extensão da responsabilidade quase que de forma automática como ocorre nas quatro áreas do direito citadas¹⁰¹, mas, muito pelo contrário, em sua exposição de motivos do artigo 267, que integra o capítulo denominado *Grupo de Sociedades*, deixa claro que:

[...] o Projeto absteve-se de criar a responsabilidade solidária presumida das sociedades do mesmo grupo, que continuam a ser patrimônios distintos, como unidades diversas de responsabilidade e risco, pois a experiência mostra que o credor, em geral, obtém a proteção dos seus direitos pela via contratual, e exigirá solidariedade quando o desejar. Ademais, tal solidariedade, se estabelecida em lei, transformaria as sociedades grupadas em departamentos da mesma sociedade, descaracterizando o grupo, na sua natureza de associação de sociedades com personalidade e patrimônio distintos.¹⁰²

Em outras palavras, o que pretendeu a LSA foi justamente afastar a possibilidade de solidariedade entre as sociedades componentes do mesmo grupo societário apenas por fazerem parte deste, exigindo referido diploma, assim, a autonomia jurídica de cada uma das integrantes deste.

Feita essa primeira crítica demonstrando a inadequação do uso da terminologia Grupos Econômicos, analisa-se, agora, brevemente, o que a LSA e sua

faz-se necessário tomar a compreensão da expressão daquele ramo do direito comercial que a ele se dedicou, vale dizer, o direito societário."(Os Grupos de sociedades e recuperação judicial: o indispensável encontro entre direitos societário, processual e concursal, cit., pp. 757-758). No mesmo sentido, ensina VIVIANE MULLER PRADO ao concluir que, inobstante as *leis esparsas* se utilizem da expressão grupal para tratar das responsabilidades do grupo, não dispõem sobre "nenhum critério para determinar, para o direito e para os efeitos da aplicação de determinadas regras, quando existe um grupo societário, de empresas ou econômico", daí a necessidade de se recorrer, sempre, aos conceitos dispostos na Lei das S.A.(Grupos Societários: Análise do Modelo da Lei 6.404/1976, in Revista Direito GV, v. 1, n. 2, jun-dez 2005. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/9651/Viviane%20Muller%20Prado.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em 20 de agosto de 2017, p. 7).

101 EDUARDO SECCHI MUNHOZ compara essa diferenciação de situações existentes entre as outras searas do direito no que tange a responsabilidade das sociedades empresárias e aquela existente no direito societário lecionando que "a crise da pessoa jurídica no direito societário tem contornos muito diferentes da crise verificada no âmbito do direito do trabalho, do direito tributário, do direito do consumidor, do direito ambiental, entre outros, tornando hercúlea a tarefa de chegar a um conceito genérico, capaz de abranger essas diferentes realidades a partir de pressupostos seguros de aplicação"(Desconsideração da Personalidade Jurídica e Grupos de Sociedades, in Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, nº 134, São Paulo: Malheiros, 2004, p. 37)

102 Exposição de motivos da Lei das S.A, disponível em: <http://www.cvm.gov.br/export/sites/cvm/legislacao/leis-decretos/anexos/EM196-Lei6404.pdf>. Acesso em 01 de agosto de 2017. PAULO FERNANDO CAMPOS SALLES DE TOLEDO, mencionando citada exposição de motivos da LSA, conclui que "não prevendo a Lei das S/A (nem a Lei de Recuperação de Empresas) a solidariedade, bem como não havendo cláusula contratual expressa estabelecendo-a entre os integrantes de um grupo econômico, não se pode presumir que sejam eles devedores solidários."(Recuperação Judicial de Grupos de Empresas, cit., pp. 347).

aplicação tratam efetivamente sobre os Grupos de Sociedades, denominados Grupos Societários, ante ser a presença destes, e não de Grupos Econômicos, o que esta dissertação se propõe a analisar empiricamente como hipótese de admissibilidade do litisconsórcio ativo na recuperação judicial¹⁰³.

3.2.2. O GRUPO SOCIETÁRIO DE FATO E A AUTONOMIA PATRIMONIAL EXISTENTE

São dois os tipos de agrupamentos que a doutrina reconhece dispostos na LSA¹⁰⁴, um expressamente previsto, denominado Grupo de Direito e, outro, reflexo da interpretação da lei, denominado Grupo de fato.

O primeiro é instituído através de uma convenção de grupo que, inclusive, pode dispor sobre a submissão de interesses de uma sociedade integrante do grupo ao de outra ou outras em prol do grupo em si, criando o que a doutrina consolidou como uma “*pluralidade jurídica com unidade econômica*”¹⁰⁵; o segundo, diferentemente, seria edificado apenas mediante participações societárias entre as sociedades regidas pelo exercício de um mesmo poder de controle¹⁰⁶, sendo neste caso vedada, todavia, qualquer sujeição de uma sociedade à outra, eis que o direito societário as enxerga como completamente independentes, cada uma com seus próprios interesses por conta da ausência de uma convenção de grupo¹⁰⁷.

Cabe ressaltar e adiantar desde já que, tendo em vista a não identificação de nenhum grupo de direito na análise empírica efetuada, bem como a pouca

103 SHEILA C. NEDER CEREZETTI, sobre o assunto, já assentou esta possibilidade ao dispor, sobre os grupos de fato e de direito na LSA, que “Qualquer uma das duas formas da empresa plurisocietária parece estar abarcada pela admissão do litisconsórcio ativo, na medida em que, em ambas, se poderia concluir pela ligação entre as pretensões de utilização da recuperação judicial como mecanismo para a superação da crise”(Os Grupos de sociedades e recuperação judicial: o indispensável encontro entre direitos societário, processual e concursal, cit., p. 758)

104 Sobre o assunto, assim qualifica SHEILA C. NEDER CEREZETTI: “A Lei 6.404/76 (“LSA”), em linha com o então conhecido propósito de fortalecimento da economia nacional por meio do incentivo a esforços de concentração empresarial, aborda a constituição e o funcionamento de grupos de sociedades em seu sentido estrito, ao passo que se soi chamar de grupo de direito. Mas, além disso, ela conta com dispositivos que lidam com questões próprias a sociedades controladoras e controladas, compondo o regramento dos habilmente referidos grupos de fato.”(Os Grupos de sociedades e recuperação judicial: o indispensável encontro entre direitos societário, processual e concursal, cit., p. 737). Da mesma forma, confira-se: PRADO, Viviane Muller, *Grupos Societários: Análise do modelo da Lei 6.404/1976*, cit., p. 5.

105 PRADO, Viviane Muller, *Grupos Societários: Análise do modelo da Lei 6.404/1976*, cit., p. 5.

106 CEREZETTI, S.C. Neder, *Os Grupos de sociedades e recuperação judicial: o indispensável encontro entre direitos societário, processual e concursal*, cit., p. 739.

107 PAULO FERNANDO CAMPOS SALLES DE TOLEDO, citando FÁBIO KONDER COMPARATO, leciona que “Ressoa, neste ponto, a voz de Fábio Konder Comparato: “Deixando de existir uma convenção grupal, a subordinação de uma sociedade a interesse de outra é ilegal e abusiva”, ensejando a responsabilidade da controladora, com base no art. 117, parágrafo 1º, “a”, da Lei das S/A.”(*Recuperação Judicial de Grupos de Empresas*, cit., p. 345).

utilização desta modalidade grupal em geral¹⁰⁸, restringe-se esta tese apenas sobre a análise dos grupos de fato, com ênfase na diferença de vinculação das sociedades que o compõem.

Nesse sentido, dada a complexidade do assunto que, com certeza, se fosse explorada a fundo, extrapolaria em muito o foco desta dissertação, se pautará o exame dos grupos de fato apenas sob as duas perspectivas que lhe são úteis: (i) seu desempenho previsto pela lei; e (ii) a necessária flexibilização em sua identificação como forma de adequação jurídica à realidade.

Sobre o primeiro ponto, como já apontado, diferente dos grupos societários de direito, em que a LSA autoriza a sobreposição dos interesses de uma sociedade para o de outra ou outras do grupo¹⁰⁹, porque há uma convenção bem delimitando isso disponível aos que se relacionam com a sociedade¹¹⁰ – o que ameniza a assimetria de informações na gestão de cada uma¹¹¹ – nos grupos societários de fato, inobstante sejam estes plenamente reconhecidos, há imposição de limitações à sua utilização.

Isso porque, nestes se impõe a manutenção da autonomia integral das sociedades integrantes, como se isolada fossem em seus direitos e obrigações¹¹²,

108 Destaque deve ser feito, todavia, à recente tese de doutorado de DANIEL de ÁVILA VIO, que, em pesquisa realizada junto à Receita Federal, identificou a existência de 428 registros ativos de grupos de direito, quantidade que, apesar de muito inferior aos grupos de fato, é bastante expressiva perto da raridade outrora sustentada pela doutrina e jurisprudência sobre sua utilização. Confira-se: *Ensaio sobre os Grupos de Subordinação, de Direito e de Fato, no Direito Societário Brasileiro*, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (Tese de Doutorado), São Paulo, 2014, p. 269.

109 Conforme leciona JORGE LOBO, “assentando a convenção, as transferências de lucros ou de prejuízos, sob as mais variadas formas, serão lícitas e oponíveis aos sócios ou acionistas minoritários das sociedades filiadas, devendo a convenção fixar se a sociedade de comando, em benefício do grupo ou de sociedade do grupo, poderá favorecer a uma determinada sociedade em prejuízo de outra e dispor se à sociedade de comando será facultado impor qualquer tipo de contrato ou dar qualquer tipo de instrução às sociedades do grupo” (*Direito dos Grupos de Sociedades*, in Revista de Direito Mercantil, n. 107, Ano XXXVI, jul/set 1997, p. 107).

110 Como bem aponta SHEILA C. NEDER CEREZETTI, em um grupo de direito esta sobreposição existente na convenção “indica a relevância do registro e da publicidade do ato constitutivo do grupo (art. 271 a LSA).” Asseverando ainda que, neste caso, “Credores e acionistas minoritários contam com os termos da convenção para compreender os limites das condutas e relações financeiras entre os entes agrupados” (*Os Grupos de sociedades e recuperação judicial: o indispensável encontro entre direitos societário, processual e concursal*, cit., pp. 738-739).

111 Cabe ressaltar, aliás, que é justamente esta existência da publicidade da convenção, atrelada aos custos em promovê-la que, segundo a doutrina, tornam os grupos de direito tão pouco utilizados quando comparados aos grupos de fato, porque, conforme ensina VIVIANE MULLER PRADO, essa legitimidade da sobreposição de interesses mediante convenção “não é suficiente para o empresário incorrer em tais despesas. Uma vez que a participação majoritária no capital da sociedade, sem base contratual, também proporciona o poder de controle sobre toda a empresa, sem o ônus de pagar aos minoritários o recesso, obviamente o empresário opta por não adotar a estrutura do grupo convencional (Cerrai e Mazzoni, 1993, p. 351-352).” (*Grupos Societários: Análise do modelo da Lei 6.404/1976*, cit., p. 12).

112 EDUARDO SECCHI MUNHOZ faz essa ressalva ao dispor que “os grupos de fato ficam sujeitos ao regime clássico do direito das sociedades comerciais, considerando-se ilícitas as condutas contrárias

sendo desautorizada qualquer conduta que leve a instituição de uma *direção econômica unificada* entre as sociedades componentes do grupo de fato¹¹³.

Disso decorre a imposição de rigorosas restrições aos administradores e controladores de cada uma das sociedades componentes do grupo societário de fato, que não podem, de forma alguma, usurpar da autonomia jurídica de sociedade integrante do grupo¹¹⁴, sob pena de serem responsabilizados por abuso do poder de controle ou conflito de interesses¹¹⁵.

Esta exigência de autonomia patrimonial construída pelo ordenamento sobre os grupos de fato, contudo, em alguns casos, é desrespeitada, verificando-se, no lugar da rígida fronteira traçada pelo ordenamento entre o patrimônio de cada sociedade, apontada acima, uma série de transações e comunicações entre estes¹¹⁶ sem que seja respeitado o interesse de cada uma, configurando-se o que se denomina por confusão patrimonial, conforme se analisará no item 3.3 *infra*.

ao princípio da autonomia. Vale dizer, em relação aos grupos de fato, não se admite a subordinação de interesses, devendo cada sociedade atuar de forma independente, para a consecução de sua finalidade própria" (*Empresa Contemporânea e o Direito Societário*, São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 119).

- 113 Conforme conceitua ENGRÁCIA ANTUNES, deve-se compreender direção unitária como um "processo de transferência das atribuições decisórias próprias das várias sociedades agrupadas para a respectiva sociedade- mãe, e a conseqüente centralização (em maior ou menor grau) do poder último de direção sobre a atividade empresarial dessas mesmas sociedades junto do núcleo dirigente do grupo"(Grupos de Sociedades – *Estrutura e Organização Jurídica da Empresa Plurissocietária*, Coimbra: Almedina, 1993, pp. 85-95). Nesse sentido, VIVIANE MULLER PRADO, se utilizando desta expressão, dispõe que "Apesar desta possibilidade de participação de uma pessoa no capital de inúmeras sociedades, direta ou indiretamente, o nosso sistema não permite propriamente uma direção econômica unificada na medida em que exige a manutenção da autonomia jurídica da sociedade, que está expressa de forma bem abrangente com a obrigação dos controladores acionistas e administradores de agirem sempre no interesse da companhia"(Grupos Societários: *Análise do modelo da Lei 6.404/1976*, cit., p. 12).
- 114 Conforme leciona MARLON TOMAZETTE, "Com a formação dos grupos, não se cria uma nova pessoa jurídica. Desse modo, as sociedades integrantes do grupo mantêm sua personalidade jurídica e, por conseguinte, mantêm patrimônios distintos e obrigações próprias, comprometendo-se tão somente a combinar recursos e esforços, ou participar de atividades comuns. Diante disso, a obrigação de qualquer integrante do grupo, a princípio, é apenas desta integrante, não se estendendo a qualquer outro membro do grupo, dada a autonomia que é mantida entre seus membros"(Curso de *Direito Empresarial*. 5 ed. Vol. I. São Paulo: Atlas, 2013, p. 618).
- 115 Eis como sintetiza SHEILA C. NEDER CERZETTI: "Estas restrições de atuação de administradores e controladores refletem o simples fato de que cada uma das sociedades de fato agrupadas possui individualidade própria e se caracteriza, em especial para fins de tutela de acionistas minoritários e credores, como agente dotado de patrimônio e interesses distintos daqueles detidos pelas demais. São identificados, portanto, o interesse daquele que comanda o grupo e os interesses de cada uma das sociedades agrupadas, inexistindo autorização legal para irrestrita submissão de uns ao outro."(*Os Grupos de sociedades e recuperação judicial: o indispensável encontro entre direitos societário, processual e concursal*, cit., p.741).
- 116 CLAUDE CHAMPAUD trata desta situação numa analogia dos patrimônios de cada uma das sociedades do grupo como se vasos comunicantes fossem, sob a justificativa de que "les relations économiques entreenues entre les entreprises sociales et les pouvoirs exorbitants issus du controle, permettent d'appliquer à leur patrimoines une traduction comtable et financière du principe des vases communicants"(Le pouvoir de Concentration de la Société par Actions, Paris: Sirey, 1962,

Entretanto, apesar de possível, tal situação não pode ser considerada aceitável, a ponto de se considerar a confusão patrimonial algo próprio dos grupos de fato¹¹⁷. Esta visão sobre organização grupal legalmente prevista induz afirmações pouco adequadas e generalizadas, que apenas prejudicam uma análise crítica sobre a inadequação do ordenamento societário atual¹¹⁸ e sua eficácia.

O que há de se ter em mente, na verdade, é a inquestionável permissão da LSA sobre o relacionamento entre as sociedades componentes do grupo de fato, desde a mera colaboração e cooperação entre elas¹¹⁹, passando pela contratação¹²⁰,

p. 275). Atualmente, DANIEL DE ÁVILA VIO, pautando-se nas lições de CLAUDE CHAMPAUD comparou esses tipos de transações entre os patrimônios das sociedades à existência de membranas permeabilíssimas, salientando que, em determinados casos, pode-se verificar transações patrimoniais entre as sociedades mediante a mera vontade do controlador, assim dispondo: “Suas membranas de separação podem se tornar permeabilíssimas, quando e se assim quiser o controlador, que também poderá no mais das vezes determinar o sentido do fluxo patrimonial, em uma ou em outra direção. Desnecessário salientar que esse estado de coisas pode ensejar todo tipo de abuso e fraude.”(Ensaio sobre os Grupos de Subordinação, de Direito e de Fato, no Direito Societário Brasileiro, cit., p. 87).

- 117 FÁBIO KONDER COMPARATO, embora trate de grupos econômicos, dispõe que “a confusão patrimonial, em maior ou menor grau, é inerente a todo Grupo Econômico”(O Poder de Controle da Sociedade Anônima, 5ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 428). Nesse sentido, assim também leciona EDUARDO SECCHI MUNHOZ ao considerar que “O surgimento dos grupos de sociedades, contudo, afeta a estrutura patrimonial autônoma, na medida em que transforma os patrimônios das diversas sociedades em instrumentos para a realização de um interesse global, distinto daqueles que seria ostentado por cada uma delas, se atuassem de forma isolada. Os ativos e passivos de cada sociedade transformam-se em ativos e passivos de todo o grupo, sendo transferidos e alocados entre seus diversos integrantes, no exclusivo interesse deste, segunda estratégia empresarial globalmente concebida para enfrentar as exigências econômicas de cada momento”(Empresa contemporânea e o direito societário, cit., p. 134). Ainda, JOSÉ LAMARTINE CORREIA DE OLIVERIA já acenava em 1979 que “uma certa forma de confusão patrimonial é inerente ao sistema de grupo”(A Dupla Crise da Pessoa Jurídica, São Paulo: Saraiva, 1979, p. 599).
- 118 SHEILA C. NEDER CEREZETTI pontua que ter os grupos de fato como tipicamente “utilizados não apenas para os fins bem atendidos pelo regramento legal, mas também como técnica de subordinação de interesses, sem que as sociedades prejudicadas caso a caso recebam compensação adequada pela submissão sofrida” representa, na realidade, um “infeliz preconceito contra as estruturas legalmente previstas das sociedades controladora, controlada e coligada. Não raro se presenciam afirmações pouco adequadas em termos genéricos, ainda que próprias a algumas situações concretas, de reprovação moral à estruturação empresarial plurissocietária” e arremata concluindo que, tal crítica “deveria ser feita apenas aos específicos casos em que subterfúgios são empregados para descumprimento das normas que disciplinam as relações entre sociedades do mesmo grupo”(Os Grupos de sociedades e recuperação judicial: o indispensável encontro entre direitos societário, processual e concursal, cit., p. 744)
- 119 Conforme leciona NELSON EIZIRIK, a LSA “não proíbe o apoio mútuo, a colaboração e a cooperação entre as sociedades do grupo de fato, que pode ser fonte de benefícios para as sociedades interessadas e a economia nacional”(A Lei das S/A Comentada, vol. 3, São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 355).
- 120 SHEILA C. NEDER CEREZETTI pontua que “é plenamente lícita a contratação entre sociedades que compõem grupo de fato, exigindo-se apenas que ela se dê em bases comutativas”(Os Grupos de sociedades e recuperação judicial: o indispensável encontro entre direitos societário, processual e concursal, cit., p. 744).

até a efetiva transferência de ativos e passivos¹²¹, desde que feitos todos esses relacionamentos em bases comutativas¹²².

Isto, aliás, nada mais é do que um reflexo da própria razão de ser dos grupos societários, que foram criados exatamente para, através dessas relações, oportunizar o crescimento da empresa para além da sociedade isolada, com uma estrutura apta a acompanhar as demandas de evolução e diversificação impostas pela realidade globalizada¹²³.

Assim é que não se pode confundir as relações legítimas possíveis de serem utilizadas entre as sociedades integrantes do grupo com a vedação à confusão patrimonial e submissão de interesses referidas acima. As primeiras são próprias da organização grupal e são elas que embasarão a qualificação das hipóteses de mera admissibilidade do litisconsórcio na recuperação judicial.

3.2.3. O GRUPO SOCIETÁRIO COMO HIPÓTESE DE ADMISSIBILIDADE DO PEDIDO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL EM LITISCONSÓRCIO ATIVO

A verificação de uma das hipóteses de admissibilidade do litisconsórcio deve ter como limite uma *linha de demarcação*¹²⁴ entre o que é de fato legítimo

121 ARNOLD WALD assenta que “as operações realizadas dentro do grupo permitem uma transferência lícita de ativos e passivos das sociedades que o compõem, ensejando o que já se denominou ‘uma espécie de tradução financeira do princípio de vasos comunicantes’ que é legítima, desde que respeitados os direitos dos minoritários e as normas de direito tributário”(A Empresa que Financia outras do mesmo Grupo não se caracteriza como Instituição Financeira, in Revista de Direito Mercantil, n. 141, v. 45, jan/mar 2006, p. 282).

122 PRADO, Viviane Muller, *Grupos Societários: Análise do modelo da Lei 6.404/1976*, cit., p. 12.

123 Para ENGRÁCIA ANTUNES a criação dos grupos representa uma “Técnica revolucionária de organização da empresa dos nossos dias, o grupo de sociedades veio assim rapidamente impor-se como a única estrutura organizativa capaz de, a um tempo, suportar o inefável processo evolutivo de crescimento da empresa, acomodar os imperativos da diversificação funcional e geográfica impostos pelo novo sistema econômico global, e garantir particulares sinergias financeiras, patrimoniais e econômicas derivadas da flexibilidade de sua organização jurídica e de gestão.”(Os Grupos de Sociedades, Estrutura e Organização Jurídica da Empresa Plurissocietária, Coimbra: Almedina, 1993, p. 12). No mesmo sentido, NELSON EIZIRIK também destaca essa função dos grandes agrupamentos ao dispor que “As razões econômicas para a constituição de grupos decorrem principalmente das economias de escala, da otimização do processo produtivo, das sinergias, do aumento da eficiência operacional, da necessidade de grande capacidade de investimento em tecnologia e do desejo de dominação de novos mercados, cada vez mais em escala global.”(A lei das S/A comentada, cit., p. 327).

124 Eis o que dispõe JOSÉ LUIZ PEDREIRA BULHÕES, ao ressaltar que “a persecução do interesse de grupo implica necessariamente uma limitação do interesse individual das controladas, mas o dever do jurista é traçar uma linha de demarcação entre o comando legítimo e o abuso de poder (GALGANO, 3; SALAFIA), linha de demarcação que encontra seu fundamento jurídico na existência de sociedades juridicamente distintas e na projeção do interesse social ante a projeção dos interesses, seja dos acionistas minoritários, seja dos credores”(Sociedades Coligadas, Controladoras e Controladas, in BULHÕES PEDREIRA, José Luiz, e LAMY FILHO, Alfredo (coord.), *Direito das Companhias*, vol. II, Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 1938).

de ocorrer entre as sociedades do grupo e aquilo que é de expressa vedação pelo ordenamento e, por isso, deve ser identificado e corrigido¹²⁵.

VIVIANE MULLER PRADO, nesse sentido, após analisar a estrutura dos grupos societários e a imposição do respeito à autonomia patrimonial de cada sociedade, conclui que “*é preciso olhar para o grau de dependência permitido juridicamente em um grupo de fato e como a presunção legal da autonomia afeta os planos de negócios que consideram o grupo como um todo*”¹²⁶.

É justamente neste sentido que há de se identificar qual hipótese de admissibilidade do litisconsórcio ocorre em determinado pedido de recuperação judicial: como submetida a uma análise do grau de dependência e vinculação permitido entre as sociedades que integram o grupo.

A identificação deste *grau de dependência permitido juridicamente* depende, assim como foi estabelecido no item 2.4 *supra*, da construção de uma escala de vinculação entre as sociedades a ser construída no item 3.3 *infra*.

Isso porque, esta escala variará entre os extremos da autonomia patrimonial existente no grupo de fato em que as sociedades apenas possuem um singelo liame entre si, crescendo sua intensidade sobre a vinculação permitida pelo ordenamento societário até o momento no qual, ultrapassada a *linha de demarcação* referida, se verificará a *confusão patrimonial* que transcenderá os limites da mera admissibilidade do litisconsórcio, porque, pautando-se no critério aglutinador de vinculação entre as partes, exigir-se-á o pedido de recuperação judicial em litisconsórcio ativo como uma decorrência do cenário de incindibilidade criado pelo desrespeito à autonomia patrimonial de cada sociedade.

3.3. A ORGANIZAÇÃO DAS SOCIEDADES REQUERENTES NO PEDIDO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL EM LITISCONSÓRCIO ATIVO: DA AUTONOMIA PATRIMONIAL À CONFUSÃO PATRIMONIAL

da mesma forma como não se deve pressupor que seja próprio dos grupos societários de fato a desnaturação da autonomia patrimonial das sociedades integrantes, conforme acenado, também deve-se afastar eventual visão idealista e ingênua destes como uma mera união de sociedades isoladas com-

125 JOÃO PEDRO SCAZILLI atribui justamente este papel ao direito ao reconhecer que, em que pese sejam os grupos “fontes de numerosas vantagens em termos de organização da atividade empresarial, é indubitável também que são acompanhados de complexos problemas jurídicos, sobretudo relacionados à tutela dos credores. Nesse contexto, longe de combatê-los ou simplesmente ignorá-los, é papel do direito tentar discipliná-los em função dos múltiplos interesses que gravitam em torno deles.” (A *confusão patrimonial no direito Societário*, São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 144).

126 PRADO, Viviane Muller, *Grupos Societários: Análise do modelo da Lei 6.404/1976*, cit., p. 18.

pletamente independentes, consubstanciada numa tentativa de análise *atomística* do direito societário¹²⁷.

Conforme célebre frase de ENGRÁCIA ANTUNES, “o átomo cedeu progressivamente o seu lugar à molécula”¹²⁸, ou seja, a sociedade isolada sem interação – *átomo* – que era, até antes da vigência da LSA, tida como foco principal do estudo jurídico, originou, mediante sua interação com outras, a figura dos grupos¹²⁹ – *moléculas* – instrumento necessário para a realidade econômica cada vez mais evoluída¹³⁰.

Disso decorre que, inobstante haja disposição na LSA almejando tratar o grupo de fato partindo-se apenas da perspectiva individualista da sociedade isolada¹³¹, deve-se promover uma análise deste tendo por base o que ocorre na realidade: a interação entre as sociedades¹³² dentro do limite permitido pelo ordenamento que, como já exposto, se encontra na preservação da autonomia patrimonial de cada sociedade.

A depender de como as relações legítimas ocorrem, nesse sentido, com maior ou menor vinculação entre as sociedades do grupo, verificação a ser fei-

- 127 FÁBIO KONDER COMPARATO, após exemplificar uma série de situações em que a constituição dos grupos se mostra eficiente por conta da forte interação entre as sociedades, leciona que “Foi para isso, justamente, que eles se criaram, e seria demonstrar total ignorância das exigências econômicas hodiernas pretender voltar, nesse campo, à economia atomística de antanho”. (*O Poder de Controle da Sociedade Anônima*, cit., p. 358).
- 128 *Os Grupos de Sociedades, Estrutura e Organização Jurídica da Empresa Plurissocietária*, cit., p. 14.
- 129 Conforme bem pontua EDUARDO SECCHI MUNHOZ, “tomando o lugar da sociedade isolada, os grupos societários transformaram-se na principal técnica de organização da empresa.” (*Empresa Contemporânea e o Direito Societário*, cit., p. 93)
- 130 Apesar desta analogia de ENGRÁCIA ANTUNES datar de longa data, FÁBIO KONDER COMPARATO denuncia o anacronismo do direito ao lecionar que este “encontra-se, aí, divorciado da realidade econômica, pois enquanto a unificação econômica – até mesmo a nível mundial – já está sendo feita há várias décadas, a técnica da personalidade jurídica das sociedades isoladas permanece em princípio intangível” e arremata ao concluir que “Os juristas continuam, portanto, trabalhando sobre o átomo, sem considerar as moléculas.” (*O Poder de Controle da Sociedade Anônima*, cit., p. 358).
- 131 A exposição de motivos da LSA, ao tratar sobre os grupos de fato, dispõe que: “[...] O projeto distingue duas espécies de relacionamento entre as sociedades, quais sejam: a) sociedades coligadas, controladoras e controladas, que mantêm entre si relações societárias segundo regime legal de sociedades isoladas e não se organizam em conjunto reguladas neste capítulo”. Exposição de motivos da Lei das S.A., disponível em: <http://www.cvm.gov.br/export/sites/cvm/legislacao/leis-decretos/anexos/EM196-Lei6404.pdf>. Acesso em 20 de agosto de 2017.
- 132 Por mais de uma vez a doutrina já denunciou essas duas hipóteses de análise dos agrupamentos societários – pressupor a confusão patrimonial e insistir na ideia de sociedades completamente isoladas – como ineficazes para se compreender o sistema como um todo, ante não levar em conta sua complexidade. Nesse sentido, FÁBIO KONDER COMPARATO, assim leciona: “o dilema do direito tradicional é, pois, muito claro: ou se aplicam, rigidamente, as normas editadas para o funcionamento de uma sociedade isolada, tornando ilegal e abusiva essa confusão patrimonial, e condenando, portanto, o grupo econômico a uma vida à margem da ordem jurídica; ou, ao contrário, suspende-se, completamente, a aplicação dessas normas, e, em consequência, os interesses, tanto dos não controladores quanto dos terceiros credores, ficam ao desamparo” (*O Poder de Controle na Sociedade Anônima*, cit., p. 499).

ta da análise da própria relação jurídica material existente, poder-se-á identificar uma das hipóteses de admissibilidade do litisconsórcio facultativo, porque estas também variam de acordo a vinculação existente entre as partes, do menor liame à máxima vinculação possível para que o litisconsórcio se mantenha no campo da mera admissibilidade.

Essa análise dos grupos de sociedades através de uma escala dinâmica de vinculação entre elas, aliás, torna capaz, até mesmo, adequar o tratamento da lei concursal à realidade de cada agrupamento formado, a depender de sua dimensão¹³³.

Assim, partindo-se da conceituação já feita sobre estas no item 2.3 *supra* e da transposição do direito material aqui assentado na participação societária de sociedades que compõem um grupo de fato, apresenta-se como possível as seguintes relações:

Por primeiro, a afinidade de questões, o menor liame existente entre as partes, poderia ser identificado no pedido de recuperação judicial como a mera existência de grupo com a menor vinculação entre as sociedades. Ou seja, bastaria a identificação de empresas com participações societárias que tenham como fundamento o mínimo que se exige para o pedido de recuperação judicial, a existência de crise em cada uma delas, que, como dito, se consubstancia no interesse de agir no processo concursal.

Em segundo lugar, a conexidade, reflexo de uma identidade parcial do pedido e da causa de pedir, poderia se fazer presente ao identificarmos o pedido como a existência ou superação de crise em comum¹³⁴ e a causa de pedir como os fatores que estejam vinculados à própria existência desta ou à sua superação.

133 Sobre o assunto, FÁBIO KONDER COMPARATO escreveu, em 1970, sobre a ineficiência do direito da empresa em crise em lidar com o problema da diversidade da realidade empresarial de cada sociedade, denunciando que “o logicismo abstrato dos codificadores do século passado continua a pesar sobre os nossos esquemas mentais, impedindo a visão de uma realidade que salta aos olhos. Fenômenos econômicos tão dispares como a insolvibilidade de um armário, e a da macro-empresa de exportação, devem em princípio submeter-se aos mesmos remédios processuais da lei de falências. Entre a pequena sociedade anônima familiar e uma General Motors ou uma Royal Dutch Shell, tudo se passa no direito positivo como se se tratasse de entidades com a mesma natureza e estrutura” (*Aspectos Jurídicos da Macro-Empresa*, cit., pp. 1-2)

134 SHEILA C. CERZETTI NEDER restringe as hipóteses aptas a justificarem o litisconsórcio na recuperação judicial aos incisos II e III do art. 113 do CPC/15, ou seja, na conexidade ou na afinidade, identificando a primeira como “fundamento para a conexão entre os pedidos de recuperação judicial sociedades agrupadas que tenham em comum a crise econômica-financeira, entendida ela como causa de pedir remota” e a afinidade restaria identificada “na medida em que se presencie afinidade de questões por ponto comum de fato ou de direito, que decorre justamente da existência de um grupo societário entre as autoras [...]” (*Os Grupos de sociedades e recuperação judicial: o indispensável encontro entre direitos societário, processual e concursal*, cit., pp. 752-753)

É dizer: caso cada uma das sociedades tivesse ajuizado o pedido de recuperação judicial separadamente, teria o mesmo fundamento para assim o fazer, ou seja, as mesmas razões da crise e as mesmas alegações que demonstrassem sua viabilidade de recuperação, justificando o pedido em conjunto na existência de crise comum¹³⁵.

Por derradeiro, como limite máximo da preservação da autonomia patrimonial exigida pelo ordenamento, poderíamos ter a comunhão de direitos e obrigações naquelas situações em que as sociedades sejam cotitulares de um mesmo bem ou direito¹³⁶.

A presença de mesmos sócios e administradores como titulares da gestão das sociedades¹³⁷, o desenvolvimento da mesma atividade econômica – que pode ser efetuada em um mesmo local –, a existência de garantias cruzadas que tornem as sociedades cotitulares de uma mesma dívida, enfim, aspectos que ocasionem cotitularidade entre elas.

Com efeito, a comunhão demanda maior aprofundamento que as outras duas hipóteses de admissibilidade por conta de sua maior aproximação com a necessidade do litisconsórcio, como já disposto no item 2.3 *supra*, avizinhamento que, todavia, não permite a identidade.

É neste cenário de aproximação e, ao mesmo tempo diferenciação, que se propõe trazer a conceituação da possibilidade de *confusão de esferas* entre sociedades integrantes do grupo de fato como o grau de vinculação máximo pautado na comunhão de interesses, ou seja, um passo antes de configurar-se a efetiva

135 PAULO FERNANDO CAMPOS SALLES DE TOLEDO associa a admissibilidade do litisconsórcio na recuperação judicial com base na conexidade, lecionando que “O direito processual apoia a via adotada por meio do instituto do litisconsórcio ativo. As hipóteses que o justificam, previstas no art. 46 do CPC, autorizam a iniciativa, ante a conexão ocorrente entre as pretensões relativas às diversas impetrantes.” (Recuperação Judicial de Grupos de Empresas, cit., p. 349)

136 É o posicionamento de JOEL LUIZ THOMAZ BASTOS que considera ser a comunhão a hipótese de admissibilidade verificada no litisconsórcio ativo da recuperação judicial dispondo que “é imprescindível a existência de comunhão de direitos e obrigações entre as sociedades, não sendo dado lançar mão de tal expediente em grupos cujas sociedades que o compõem não têm relação umas com as outras, são totalmente independentes, ou atuem em ramos distintos e distantes” (Litisconsórcio Ativo e Consolidação substancial na Recuperação Judicial, cit., p. 215).

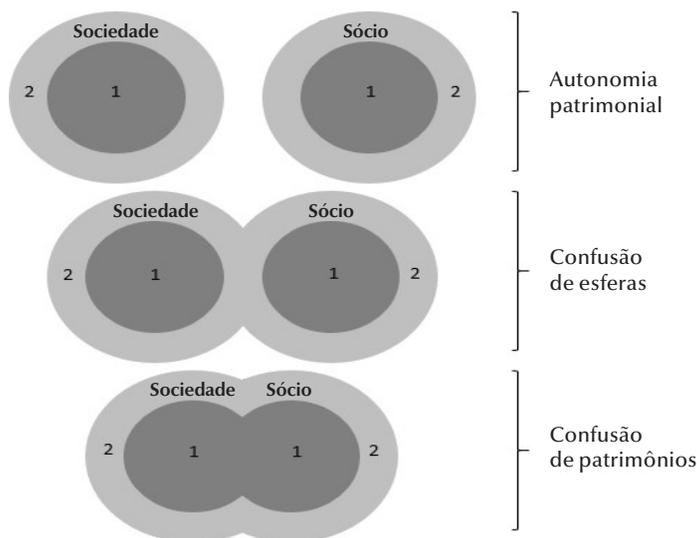
137 Importante destacar neste ponto a diferenciação feita por JOSÉ TADEU NEVES XAVIER entre a *mistura de sujeitos de responsabilidade* e a *mistura de massas patrimoniais*, conceituando a primeira como “quando houver a identidade dos membros da administração ou gerência de duas ou mais sociedades, quando houver desrespeito às formalidades societárias ou, ainda, pela utilização de uma única sede para a atuação de várias sociedades de responsabilidade, com firmas e ramos de atuação assemelhados, o que pode vir em prejuízo dos credores sociais.”, sendo a segunda verificada quando “as fronteiras da autonomia patrimonial da sociedade e de seus sócios tornam-se fluidas, ensejando a perda da responsabilidade limitada de quem lhe dá causa.” (A teoria da desconsideração da personalidade jurídica no novo Código Civil, in Revista de Direito Privado, vol. 10/2002, abr./jun2002, pp. 69 – 85).

confusão patrimonial, apta a, como será melhor aprofundado, embasar o pedido de recuperação judicial em litisconsórcio ativo necessário unitário.

Tal proposta se pauta na exposição de JOÃO PEDRO SCAZILLI, que, em sua obra *A Confusão Patrimonial no Direito Societário* propõe uma variação possível de ser identificada na relação jurídica entre as sociedades que compo-
nham um mesmo grupo, colocando expressamente a *confusão de esferas* como um nível de aglutinação anterior à *confusão patrimonial*, porque a primeira, di-
ferentemente, segundo leciona:

Não pressupõe a promiscuidade patrimonial, mas sim a impossibilidade de reconhecer se um determinado ato é imputado a uma pessoa ou outra. É o caso, por exemplo, de sociedades com nomes praticamente idênticos, da coincidência de administradores, da verificação de sedes sociais no mesmo endere-
ço, entre outras situações que geram uma situação de aparência, propensa a criar confiança nos terceiro, mas contrária à realidade¹³⁸

Essa variação de aglutinação – ou vinculação – entre as sociedades num cenário de autonomia patrimonial, *confusão de esferas* e *confusão patrimonial*, narrada por referido autor, foi consolidada, na obra citada, no esquema repli-
cado abaixo, sendo “o círculo de número “1” a área representativa do patrimônio e o círculo número “2” a área da esfera jurídica”¹³⁹:



Fonte: SCAZILLI, João Pedro, *A confusão patrimonial no direito Societário*, São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 92

138 *A confusão patrimonial no direito Societário*, cit., p. 86

139 *A confusão patrimonial no direito Societário*, cit., p. 87

Nesse sentido, a doutrina associa a confusão de esferas à teoria da aparência¹⁴⁰, porque terceiros que se relacionam com determinada sociedade do grupo podem muito bem confundir a existência desta com a de outra sociedade do grupo ou do próprio agrupamento em si, em especial quando verificado algum fato que enseje na responsabilização de uma ou de outra¹⁴¹.

A relevância no conceito se deve ao fato de que, diversas vezes, aquilo que o Judiciário considera como verificação de confusão patrimonial, analisada a seguir, possível de acarretar a desconsideração da personalidade jurídica¹⁴², não passa, na realidade, de uma confusão de esferas, que não representa automaticamente uma confusão entre os patrimônios da sociedade¹⁴³, apesar funcionar como um indício desta¹⁴⁴.

Ato contínuo, ultrapassada essa situação de aparência da confusão de esferas, chega-se ao cenário em que os patrimônios das sociedades integrantes do grupo realmente se confundem, originando a situação de confusão patrimonial vedada pelo ordenamento societário, que exige a autonomia patrimonial de cada uma das pessoas jurídicas existentes.

A compreensão desta, dada a sua relevância que, como se verá, poderá configurar a necessidade do litisconsórcio, demanda, previamente, o aprofunda-

140 CALIXTO SALOMÃO FILHO associa expressamente a confusão de esferas com a teoria da aparência, lecionando que aquela “*caracteriza-se em sua forma típica quando a denominação social, a organização societária ou o patrimônio da sociedade não se distinguem de forma clara da pessoa do sócio, ou então quando formalidades societárias necessárias à referida separação não são seguidas.*” (O Novo Direito Societário, 4ª edição, São Paulo: Malheiros, 2011, p. 246)

141 É com base na essência desta conceituação, sociedades que para o terceiro se confundem, que ANTONIO AIRES, CELSO XAVIER e MARIA ISABEL FONTANA trabalham com o litisconsórcio ativo na recuperação judicial justificado na boa-fé objetiva dos credores, lecionando que “*Se o organismo tinha uma coração que bombeava sangue para diversas partes do corpo, não pode deixar de continuar a tê-lo. A mesma expectativa que o credor tinha da continuidade de irrigação de recursos não pode ser frustrada agora, sob pena de ofensa ao princípio da boa-fé objetiva. E aqueles credores diretos da empresa cash rich, que nunca questionaram tal “divisão” de recursos com as demais sociedades, não podem fazê-lo agora, caso surjam recursos da atividade normal ou oriundos de receitas extraordinárias como a venda de ativos.*” (Recuperação judicial e falência de grupo econômico, cit., p. 83).

142 Esta pode ocorrer, conforme dispõe o art. 50 do CC/2002, em caso de desvio de finalidade ou confusão patrimonial, ambas situações que caracterizem o abuso da personalidade jurídica.

143 Eis o que leciona JOÃO PEDRO SCAZILLI ao concluir que “*como a confusão patrimonial e a confusão de esferas geralmente se apresentam conjuntamente, diante da enorme dificuldade de se comprovar a primeira (com efeito, é, na prática, muito difícil de saber se a confusão de esferas, a aparente confusão de personalidades resulta de uma confusão real dos patrimônios, pois, afinal de contas, como saber se o patrimônio de duas pessoas estão de fato misturados?), os tribunais, empiricamente, passaram a se valer de fatos que consubstanciam confusão de esferas para presumir que o esgotamento patrimonial de uma sociedade, verificado no caso concreto, deu-se em decorrência de um estado de confusão patrimonial.*” (A confusão patrimonial no direito Societário, cit., p. 90)

144 SCAZILLI, João Pedro, A confusão patrimonial no direito Societário, cit., p. 87

mento de três conceitos cruciais e do relacionamento possível entre eles, quais sejam: (i) patrimônio; (ii) pessoa jurídica e (iii) responsabilidade limitada¹⁴⁵.

O conceito de patrimônio¹⁴⁶ deve ser retirado das duas funções que a doutrina jurídica e contábil lhe atribuem, de produção e garantia¹⁴⁷. A primeira é vista de uma perspectiva interna da sociedade e se encontra atrelada à atividade econômica desenvolvida, ou seja, ao conjunto de atos desempenhados destinados a determinado fim¹⁴⁸. Esta função do patrimônio integra o perfil funcional da empresa¹⁴⁹, por conta de sua utilização no desempenho de referidas atividades, mediante os bens de produção e seus derivados que compõem o patrimônio¹⁵⁰.

A função de garantia, diferentemente, pode ser entendida como um reflexo externo do patrimônio, porque é justamente com base na tutela dos credores que encontramos sua razão de ser, eis que o patrimônio da sociedade, mais do que representar fonte de informação contábil para a tomada de decisão sobre investimentos ou concessões de crédito¹⁵¹, é o cerne do direito geral de execução que os credores dispõem¹⁵², porque, caso a sociedade se torne inadimplente, é sobre a existência de seu patrimônio que recairão as cobranças dos credores na universalidade de bens e direitos que o compõem¹⁵³.

É da conceituação de patrimônio que passamos para a de pessoa jurídica porque, conforme leciona FÁBIO KONDER COMPARATO, “*em matéria empresarial, a pessoa jurídica nada mais é do que uma técnica de separação patri-*

145 ALENCAR, Camila Sousa, *Confusão patrimonial nos grupos societários*. Disponível em http://conteudo.pucrs.br/wp-content/uploads/sites/11/2017/03/camila_alencar_2016_2.pdf. Acesso em 14 de setembro de 2017.

146 Tal conceito não deve, em hipótese alguma, ser confundido com o de capital social, porque este último condiz com uma *cifra ideal* da sociedade empresária, que não reflete nada além da situação inicial quando da constituição da sociedade, seu aumento, ou redução mediante procedimento próprio. Disso decorre que, para analisar o real desempenho econômico e financeiro da sociedade, devemos nos voltar ao patrimônio e não ao capital social que, segundo leciona LUÍS GASTÃO PAES DE BARROS LEÃES, “*tão logo se inicia a vida social, esses recursos próprios iniciais sofrem flutuações, aumentativas e diminutivas, distanciando-se da cifra originalmente fixada*” (*Do direito do acionista ao dividendo*, São Paulo: Imprensa, 1969, fls. 78).

147 SCALZILLI, João Pedro, *A confusão patrimonial no direito Societário*, cit., p. 33 e ss.

148 ASCARELLI, Túlio, *A atividade do Empresário*, in Revista de Direito Mercantil, industrial, econômico e financeiro, São Paulo, n. 132, pp. 203/215, out/dez 2013. Tradução de Erasmo Valladão.

149 ASQUINI, Alberto, *Perfis da empresa*, in Revista de Direito Mercantil, industrial, econômico e financeiro, São Paulo, n. 104, p. 109/126, out/dez 1996. Tradução de Fábio Konder Comparato. Profili dell'impresa. Rivista del Diritto Commerciali n. 41, I, 1943.

150 SCALZILLI, João Pedro, *A confusão patrimonial no direito Societário*, pp. 33 e ss

151 LUDÍCIBUS, Sérgio de; MARION, José Carlos, *Curso de Contabilidade para não contadores*, 7ed., São Paulo: Atlas, 2011, pp.1-5.

152 SCALZILLI, João Pedro, *A confusão patrimonial no direito Societário*, cit., p. 37.

153 SCALZILLI, João Pedro. *A confusão patrimonial no direito Societário*. São Paulo: Quartier Latin ed., 2015, p. 37.

monial.”¹⁵⁴. Ou seja, a criação de determinada pessoa jurídica¹⁵⁵ está intrinsecamente relacionada à existência de um patrimônio próprio associado a ela, tendo em vista que, conforme dispõe a doutrina¹⁵⁶, todo patrimônio exige que haja um titular sobre a universalidade de direitos e obrigações que o compõem.

A existência de um patrimônio próprio e separado de quem a cria é o que justifica a existência da pessoa jurídica¹⁵⁷, que, logo, uma vez conceituadas as funções do patrimônio, deve à estas ser fiel no desenvolvimento de suas atividades.

Por fim, a compreensão do conceito de responsabilidade limitada decorre dos dois anteriores porque é através dela que se obtém a efetiva separação patrimonial da pessoa jurídica criada¹⁵⁸, uma vez que o patrimônio dos responsáveis por esta criação fica resguardado, apenas sendo atingido em caso de abuso da personalidade jurídica, verificado quando há o desrespeito das funções de produção e garantia do patrimônio, que é desviado desse fim.

Isso ocorre porque é o próprio patrimônio da pessoa jurídica separado de seus criadores que deve responder pelos direitos e obrigações assumidos, não o de seus sócios¹⁵⁹.

154 *Poder de controle*, cit., p. 450. No mesmo sentido: CORRÊA DE OLIVEIRA, José Lamartine, *A Dupla Crise da Pessoa Jurídica*, cit., p. 263.

155 Interessante fundamentação histórica para criação da pessoa jurídica é fornecida por ALFREDO LAMY FILHO e JOSÉ LUIS BULHÕES PEDREIRA, que se remetem à criação dos mosteiros para fazer entender a relevância da existência da personalidade jurídica como um ser dotado de patrimônio separado de seus criadores lecionando que “(...) como os mosteiros eram propriedades de Deus e não de seus membros, e esses se revezavam, ou sucediam, sem alteração, na titularidade da organização, formou-se a convicção da existência de um corpus mysticus, que sobrepairava aos seus membros, o que emprestava estabilidade e segurança à titularidade dos direitos dos monastérios e demais organizações religiosas” (*Direito das Companhias*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 41).

156 JOÃO PEDRO SCAZILLI leciona que “esse complexo de relações jurídicas dotadas de valor econômico (patrimônio) estará necessariamente ligado a uma unidade, a um sujeito de direito, a uma pessoa que o titulariza. O patrimônio gravita, portanto, como um satélite na órbita de seu titular.” (*A confusão patrimonial no direito Societário*, cit., p. 51).

157 PONTES DE MIRANDA conceitua que “ser pessoa é ser capaz de direitos e deveres. Ser pessoa jurídica é ser capaz de direitos e deveres separadamente; isto é, distinguidos o seu patrimônio e os patrimônios do que a compõem ou dirigem” (*Tratado de direito privado*, tomo V, 4. ed. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 1983, p. 288). No mesmo sentido, JOSÉ ALEXANDRE GUERREIRO também leciona que “a personalidade jurídica determina, via de regra, a pertinência do patrimônio social à pessoa da sociedade, diversa e distinta da pessoa dos sócios” (*Regime jurídico do capital autorizado*, São Paulo: Saraiva, 1984, pp. 1-32).

158 SYLVIO MARCONDES MACHADO chega a concluir que, dada a dependência da existência do patrimônio separado com a responsabilidade limitada pode-se entender o “patrimônio separado e responsabilidade limitada, como irmãos siameses, se conjugam numa unidade permanente e indissociável” (*Limitação da responsabilidade do comerciante individual*, São Paulo: USP, p. 272).

159 JOÃO PEDRO SCALZILLI retrata a limitação da responsabilidade de forma muito clara ao compará-la à criação de cercados entre o patrimônio da pessoa jurídica e de seus sócios fundadores, lecionando que “O mecanismo da limitação da responsabilidade permite, metaforicamente falando, que os sócios construam um muro para proteger o seu patrimônio pessoal dos credores sociais” (*A confusão patrimonial no direito Societário*, cit., p. 76). FÁBIO KONDER COMPARATO vai além ao conceituar a responsabilidade limitada como um fator crucial

A confusão patrimonial, levando-se em conta as três conceituações feitas, pode ser entendida como a ausência de separação patrimonial que deveria haver na pessoa jurídica criada, situação que justifica a desconsideração da personalidade jurídica, conforme dispõe o artigo 50 do Código Civil, de 10 de janeiro de 2002 (“CC/02”).

A desconsideração da personalidade jurídica é utilizada quando verificado o abuso da pessoa jurídica, o qual, por sua vez, pode ocorrer mediante o desvio de finalidade desta ou pela própria confusão patrimonial aqui analisada¹⁶⁰. Trata-se de uma extensão da responsabilidade patrimonial aquele que causou a confusão patrimonial ou o desvio de finalidade da pessoa jurídica, ou, em outros palavras, promoveu o abuso à esta¹⁶¹, conduta que é atribuída a quem tem o poder-dever de direção na sociedade empresária, ou seja, o controlador¹⁶².

A hipótese de desconsideração da personalidade jurídica que aqui interessa é a confusão patrimonial verificada quando há desrespeito à separação patrimonial exigida pelo ordenamento.

Esta modalidade de disfunção da pessoa jurídica é penalizada com a desconsideração da personalidade jurídica, porque pode prejudicar as duas funções impostas ao patrimônio de uma determinada pessoa jurídica – de produção e garantia – eis que o responsável pela confusão patrimonial, aquele que desres-

para o desempenho da atividade empresária porque “A vinculação do insucesso econômico do empresário à sua ruína pessoal é sem dúvida um “custo muito alto” que desincentiva a atividade empresarial!” (Poder de controle na Sociedade Anônima, cit., p. 439). Ainda, sobre o assunto: VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc, *Curso de Direito Comercial*, vol. 3, 2 ed, São Paulo: Malheiros., 2012, pp. 121-122. Por fim, leciona TÚLIO ASCARELLI que “sociedade e acionista constituem distintos sujeitos jurídicos; nem o acionista pode obrigar a sociedade, nem a sociedade pode obrigar o acionista. Nome e sede da sociedade diferem do nome e domicílio do acionista; separados são os patrimônios respectivos; os créditos do acionista não são os da sociedade; as dívidas da sociedade não são as do acionista; os bens da sociedade não estão no condomínio dos acionistas. A responsabilidade limitada coaduna-se, pois, com a personalidade jurídica da sociedade e com a rigorosa distinção entre o patrimônio do acionista e o da sociedade” (Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado, São Paulo: Saraiva, 1945, pp. 341-343).

160 É esta a conceituação dada pelo Superior Tribunal de Justiça (“STJ”) ao decidir pela desconsideração da personalidade jurídica em determinados casos, consolidando que: “A confusão patrimonial caracteriza-se pela inexistência, no campo dos fatos, de separação patrimonial entre o patrimônio da pessoa jurídica e dos sócios, ou, ainda, dos haveres de diversas pessoas jurídicas.” (STJ, Quarta Turma, Ag no AREsp nº 159.889/SP. Rel. Min. Luís Felipe Salomão, j. 15/10/2013. STJ, Terceira Turma, REsp nº 1.200.850/SP. Rel. Min. Massami Uyeda, j. 04/11/2010. STJ, Terceira Turma, REsp nº 970.635/SP. Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 10/11/2009).

161 Nesse sentido, assim dispõe RICARDO CHOLBI TEPEDINO ao diferenciar a desconsideração da personalidade jurídica a extensão da falência às sociedades de um mesmo grupo: “se houve abuso da personalidade jurídica ou se uma grave confusão patrimonial ocorreu o caso será de estender não a falência, mas a responsabilidade patrimonial a quem conspurcou a autonomia da pessoa moral, com base no art. 50, CC e sempre com respeito ao devido processo Legal.” (Comentários ao art. 123, LRF, in Paulo F.C. Salles Toledo; Carlos Henrique Abrãao (coord.), *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*, 4ª ed., São Paulo: Saraiva, 2010, p. 449)

162 SCALZILLI, João Pedro, *A confusão patrimonial no direito Societário*, cit, p. 17.

peita a separação patrimonial exigida, ou seja, o controlador, pode ter se utilizado do patrimônio da sociedade para objetivo completamente diverso da atividade econômica desempenhada por esta, com outro fim, ou, pior que isso, em outra sociedade.

Sobre o tema, novamente, baseando-se nesta disfunção do patrimônio, JOÃO PEDRO SCALZILLI conceitua a *confusão patrimonial*, especificadamente para o direito societário, da seguinte maneira:

Em direito societário, confusão patrimonial consiste no estado de promiscuidade verificado entre os patrimônios de duas ou mais pessoas, consequência da apropriação, por parte dos sócios, administradores, terceiros ou outras sociedades componentes de um mesmo grupo econômico, dos meios de produção de determinada sociedade.¹⁶³

Partindo-se para a lógica grupal, uma vez desrespeitada a separação patrimonial que deveria existir entre as pessoas jurídicas que compõem o grupo – em decorrência da confusão patrimonial – ter-se-á configurado um vínculo extremamente intenso entre elas.

Tal vínculo é representado pela aglutinação dos patrimônios, que decorre do fato de que o ativo de uma sociedade pode facilmente acabar sendo usado – ou se tornar imprescindível – para o pagamento de dívidas de outra ou outras sociedades do grupo, de maneira recíproca ou não, fazendo emergir clara dependência na relação grupal existente, ou seja, uma aglutinação/vinculação extremamente forte que suscita o cenário de incindibilidade entre o patrimônio de todas elas, não permitido pelo ordenamento.

No direito concursal, a solução encontrada pela doutrina e Judiciário, para lidar com essa incindibilidade patrimonial decorrente do desrespeito da separação patrimonial de cada sociedade, foi, como já acenado no item 1.3 supra, a *consolidação substancial obrigatória*, que se consubstancia na unificação de ativos e passivos das sociedades requerentes para o pagamento da integralidade dos credores, sem discriminar a devedora original de cada obrigação.

Deste cenário, germina o litisconsórcio unitário, porque a vinculação entre as partes requerentes não autorizaria um destino diferente para uma delas, ante a incindibilidade e junção do patrimônio de todas para o pagamento da integralidade dos credores.

163 SCALZILLI, João Pedro, *A confusão patrimonial no direito Societário*, cit., p. 93. No mesmo sentido, NELSON EIZIRIK qualifica esse desvio procedido pelo controlador da sociedade como *tunneling*, lecionando que “Tais operações, caracterizadoras de relações promíscuas, em que a controladora “expropria” o patrimônio das controladas, são denominadas de *tunneling* em estudos de finanças e no Direito Comparado.” (*A Lei das S/A Comentada*, cit., p. 356).

Nesse sentido, baseando-se na gradação de vínculo entre as partes construído no item 2.6 *supra*, bem como na verificação da unitariedade uma vez constatada a *confusão patrimonial*, torna-se possível o surgimento do litisconsórcio necessário unitário na recuperação judicial, decorrente, como se viu, da relação incidível criada pelo controlador quando do desrespeito da separação patrimonial de cada uma das sociedades requerentes.

Do quanto exposto, pautando-se na análise dos diferentes níveis de vinculação entre as sociedades componentes de um grupo societário de fato, há como se instituir a escala de vinculação entre as partes para a constituição do litisconsórcio da seguinte forma:

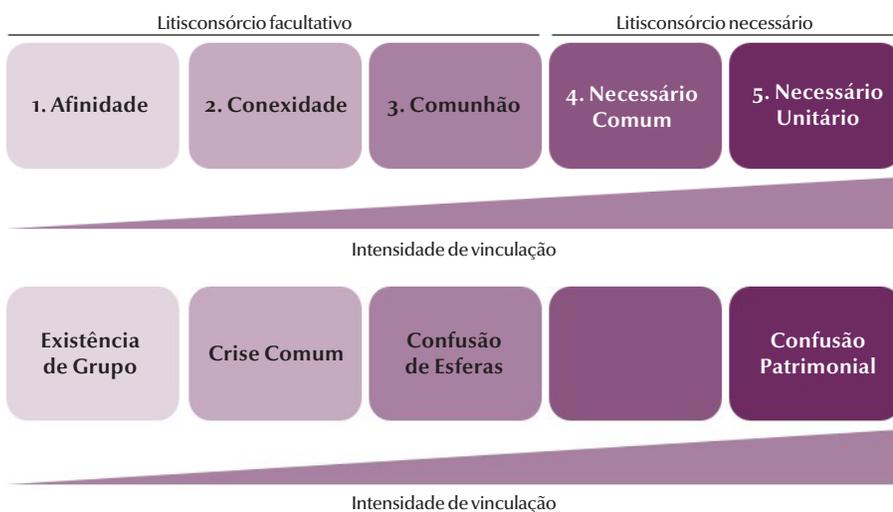


Imagem 2: Escala de vinculação entre as sociedades requerentes do pedido de recuperação judicial em comparação com a imagem 1¹⁶⁴

3.4. A VERIFICAÇÃO DO LITISCONSÓRCIO ATIVO NECESSÁRIO NO PEDIDO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL

Sobre o litisconsórcio necessário, como já exposto quando de sua conceituação no item 2.5 *supra*, além de sua constituição decorrer da lei, este pode vir a emergir, também, no caso de se constatar uma vinculação/aglutinação tão

164 O nível de número 4 na escala construída quando da análise dos graus de vinculação entre as partes para a constituição do litisconsórcio não foi refletido na escala de vinculação entre as sociedades componentes do grupo societário de fato, porque, independentemente de como se relacionem as partes, não será possível se verificar um litisconsórcio ativo necessário comum. Este corresponde ao litisconsórcio necessário que decorre da exigência da lei – *duas técnicas de formação do litisconsórcio* – e, havendo omissão na LRE sobre a existência de litisconsórcio no processo de recuperação judicial, não há como se verificar esta *técnica* de litisconsórcio necessário.

grande entre as partes – critério aglutinador de classificação do litisconsórcio – que estas deverão ter, necessariamente, o mesmo destino no processo (unitariedade), efeito decorrente da incindibilidade da relação existente entre elas¹⁶⁵.

Ademais, como trazido, no item 3.3 *supra*, na recuperação judicial, poder-se-á ter a presença da necessariedade uma vez constatada a confusão patrimonial entre as sociedades integrantes do grupo porque estas: (i) teriam uma forte vinculação entre si por conta da ausência da separação patrimonial exigida pelo ordenamento; e isso (ii) desencadearia na consolidação substancial obrigatória ocasionada pela unitariedade.

Ocorre, todavia que, apesar de aparentemente possível, o litisconsórcio necessário é visto, quase que unanimemente, como não verificável no processo de recuperação judicial por conta de seus efeitos sobre a legitimidade das partes que, com ele, seriam impossibilitadas de virem individualmente ou parcialmente juntas requerer o pedido¹⁶⁶.

O problema deste efeito da necessariedade, na recuperação judicial, sucede do fato de que no processo concursal imperaria o dogma da facultatividade do litisconsórcio. Isso porque, primeiro, cada sociedade requerente poderia ter ajuizado o pedido individualmente ou com apenas uma parte do grupo, e, segundo, em decorrência da legitimidade exclusiva da sociedade devedora para requerer a recuperação judicial, o que ocasiona a impossibilidade de terceiros interessados – ou o próprio juiz – requererem a vinda ou a inclusão de outras sociedades no pedido.

Todavia, como acenado no item 1.3 *supra*, há que se questionar se a situação de incindibilidade criada sobre o patrimônio das sociedades através da confusão patrimonial realmente não teria o potencial de afastar essa facultatividade tida como incontestada no pedido de recuperação judicial em litisconsórcio ativo.

Nesse sentido, primeiro, como visto, uma vez verificada a *confusão patrimonial*, o ordenamento autoriza, através do instituto da desconsideração da personalidade jurídica, que ao autor deste desvio promovido na personalidade jurídica criada, seja imposta uma extensão da responsabilidade sobre seu próprio patrimônio, porque, não tendo este respeitado as regras de separação patrimonial exigidas pelo ordenamento, não poderia lhe ser assegurada a prer-

165 Conforme leciona CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, “No primeiro caso (necessariedade em razão da incindibilidade) a necessariedade do litisconsórcio deriva do juízo prévio que o legislador faz da futura inutilidade do provimento a ser emitido sem a presença de todos: ele seria inutiliter datus, não sendo oponível aos que não participaram do processo e frustrando os desígnios do próprio autor da demanda, com desperdício das atividades jurisdicionais.” (Litisconsórcio, cit., p. 246)

166 SALLES DE TOLEDO, Paulo Fernando Campos. *Recuperação Judicial de Grupos de Empresas*, cit., p. 350

rogativa da responsabilidade limitada, responsável pela separação de seu patrimônio frente às obrigações da pessoa jurídica.

Sobre o ponto, muito proveitosa se faz a lição de FÁBIO KONDER COMPARATO sobre esta atitude do controlador, ao lecionar que: “*se o controlador, que é o maior interessado na manutenção deste princípio, descumpre-o na prática, não se vê bem porque os juízes haveriam de respeitá-lo, transformando-o, destarte, numa regra puramente unilateral.*”¹⁶⁷

Ora, partindo-se dessa implicação para o desrespeito à autonomia patrimonial imposto ao controlador, faz-se plenamente aceitável supor que, num cenário de crise, essa situação de incindibilidade patrimonial – criada por ele mesmo ao proceder a confusão patrimonial – também possa ensejar alguma limitação à sua atuação sobre as sociedades controladas¹⁶⁸, como, por exemplo, a faculdade de requerer a recuperação judicial apenas com uma sociedade ou parte das sociedades que compõem o grupo, excluindo do pedido outras eventualmente também imersas nesse cenário de incindibilidade decorrente da confusão patrimonial.

Em outras palavras, a facultatividade é, realmente, a regra geral no litisconsórcio ativo do processo de recuperação judicial, mas, uma vez verificada a confusão patrimonial entre as sociedades e sendo, portanto, criada uma relação de incindibilidade no patrimônio destas pelo próprio controlador, este não mais poderia dispor sobre a constituição do litisconsórcio ativo, tendo em vista a verificação da necessidade que, portanto, demandaria a inclusão de todas as sociedades sujeitas à confusão patrimonial. Para compreender essa assertiva, é preciso ter em mente que, sendo o instituto do litisconsórcio o único possível de ser utilizado para o pedido de recuperação judicial formulado por mais de uma sociedade empresária, dada a omissão da LRE disposta, a este – e aos seus efeitos – devem as partes serem submetidas.

Ou seja, se, conforme decorre das escalas de vinculação construídas, o controlador do grupo de fato fizer emergir a situação de confusão patrimonial (incindibilidade), estará este vinculado ao efeito da necessidade, refletido na

167 *O poder de controle, cit.*, p. 450. No mesmo sentido, assim leciona JOÃO PEDRO SCALZILLI: “*Com efeito, os sócios devem ser os maiores interessados na manutenção da autonomia patrimonial, pois, segundo cremos, em caso de dúvidas, o direito deve acudir os credores, aqueles cujo direito é mais sensível, aqueles que tomaram como certa a autonomia dos patrimônios e o respeito pelas regras do jogo. Vale dizer, entre proteger aqueles que poderiam ter se cercado dos cuidados necessários para a constituição de uma sociedade adequadamente capitalizada e ter respeitado a autonomia patrimonial e tutelar credores, certamente o direito deverá proteger estes*”(A confusão patrimonial no direito Societário, p. 98)

168 Esta, relembando o quanto disposto no item 3.2.2 *supra*, se encontra juridicamente limitada à autonomia patrimonial de cada sociedade e ao respeito aos interesses de cada uma

exigência de que todas as sociedades imersas no cenário de disfunção societária integrem a constituição do litisconsórcio, necessariamente.

Com efeito, independente de qual tenha sido o motivo do controlador para promover o desrespeito à autonomia patrimonial de cada sociedade¹⁶⁹ – se bom ou ruim para o grupo em si, ou se os credores eram coniventes ou não com isso¹⁷⁰ – fato é que foi criada uma relação de incindibilidade sobre estas sociedades que não pode ser ignorada quando da constituição do litisconsórcio ativo, justamente porque a seara processual integrada por este deve funcionar como um instrumento apto a lidar com essa complexidade.

Daí que, partindo-se dessa situação, não há que se falar em prejuízo à legitimidade exclusiva assegurada ao devedor para requerer a recuperação judicial, mas, sim, em um acréscimo à esta legitimidade – como exposto quando da análise do litisconsórcio necessário no item 2.5 *supra* – porque, verificando-se a confusão patrimonial, deverão as partes virem em conjunto em razão da relação de incindibilidade criada pelo controlador, que se consubstancia na constituição de um litisconsórcio necessário unitário.

169 Nesse ponto, ganha relevo a discussão sobre o benefício que a confusão patrimonial pode eventualmente trazer para o grupo em si, fator que, todavia, não a torna aceitável e, muito menos, afasta a necessária tutela da massa de credores que podem ser prejudicados. É o que dispõe NELSON EIZIRIK ao concluir que “(...) a sociedade controladora não pode utilizar o seu poder em detrimento de alguma controlada, a pretexto de beneficiar o grupo como um todo, devendo cada sociedade buscar seu próprio interesse na consecução de seu objeto social” (A Lei das S/A Comentada, cit., p. 332). No mesmo sentido, leciona JOÃO PEDRO SCALZILLI que “se houver dúvida sobre o respeito dos sócios pela separação patrimonial e os indícios de promiscuidade forem concludentes, a tutela dos credores torna-se imperativa em caso de insuficiência patrimonial, não importando se as transferências patrimoniais ocorrem em prejuízo ou em suposto benefício da sociedade” (A confusão patrimonial no direito Societário, cit., p. 97). Por fim, PAULO FERNANDO CAMPOS SALLES DE TOLEDO também ensina que “Trata-se de grupo de fato, não podendo uma das sociedades, mesmo em alegado benefício do grupo, prejudicar-se, em detrimento de sua recuperação e de seus credores.” (Recuperação Judicial de Grupos de Empresas, cit., pp. 347)

170 Trata-se de questão extremamente complexa por conta da massa de credores heterogênea que pode ser encontrada num processo de recuperação judicial, eis que compõe esta desde os trabalhadores mais vulneráveis e hipossuficientes da sociedade que tenham créditos trabalhistas, até grandes bancos. Estes não apenas tem conhecimento de eventual cenário de confusão patrimonial entre as sociedades como dele se aproveitam, em especial através de instrumentos de garantia entre as sociedades do grupo. Esta realidade já foi denunciada pela doutrina por mais de uma vez, FABIO KONDER COMPARATO, em 1976, escreveu que “a prática também ensina, sobejamente, que os credores que logram obter garantias complementares são, em geral, as instituições financeiras, raramente, os fornecedores, sobretudo se economicamente fracos. São estes, no entanto, que forma a legião dos quirografários e concordatas, e são eles que deveriam – em boa justiça merecer a tutela do legislador” (Os Grupos Societários na Nova Lei de Sociedades por Ações, in Revista de Direito Mercantil, nº 23, ano XV, 1976, pp. 105-106). SHEILA C. NEDER CERZETTI, partindo dessa situação, já propôs, inclusive, a instituição de um novo regime sobre as classe de credores previstas na LRE vigente a ser baseado na criação de subclasses aptas a tornarem o tratamento de cada grupo de credores mais igualitário e fiel à realidade das condições e necessidades de cada um, confira-se: As classes de credores como técnica de organização de interesses: em defesa da alteração da disciplina das classes na recuperação judicial, in SALLES DE TOLEDO, Paulo Fernando; SATIRO, Francisco (coord.), Direito das Empresas em Crise: Problemas e soluções, São Paulo: Quartier Latin, 2012, pp.365-384.

Por todo exposto, nota-se que escala de vinculação construída ao longo desta tese fornece uma fórmula possível de aplicação do litisconsórcio no pedido de recuperação judicial, obtida através da moldagem da estrutura existente no CPC/15 aos direitos concursal e societário, a qual busca a análise empírica, desenvolvida no capítulo seguinte, comprovar.

CAPÍTULO IV –ANÁLISE EMPÍRICA

Como adiantado no item 1.2 *supra*, sobre a metodologia estruturalizada na divisão de perspectivas desta dissertação, esta se focará, agora, nos resultados da análise empírica efetuada sobre os processos de recuperação judicial distribuídos em litisconsórcio ativo.

Serão utilizados todos os conceitos e proposições de direito processual, concursal, e societário analisados até aqui, a fim de que se possa concluir sobre sua efetiva aplicação.

A razão de ser da análise empírica para esta dissertação decorre do fato de que, através do diagnóstico dos pedidos de recuperação judicial distribuído em litisconsórcio ativo num período de 3 (três) anos, foi possível apurar como evoluiu o tratamento dispendido ao instituto litisconsorcial, tanto do ponto de vista do Judiciário, quanto através da forma como as próprias requerentes enxergam a vinculação existente entre elas para optarem por formularem o pedido em conjunto.

Nesse sentido, é através da aquisição desses dados e de sua visão crítica, fomentando o debate, que se faz possível a aproximação da situação ideal de interdisciplinaridade que o direito da empresa em crise demanda, asserção feita por diversas vezes ao longo desta tese.

4.1. O GEDEC – GRUPO DE ESTUDOS DA EMPRESA EM CRISE

de início, não haveria como começar a exposição dos resultados da análise empírica promovida para o desenvolvimento desta tese sem expor brevemente o papel que o Gedec teve para sua elaboração.

Trata-se de grupo de estudos criado por dois professores do Departamento de Direito Comercial da FDUSP (“DCO”), Profa. Dra. Sheila Christina Neder Cerezetti e Prof. Dr. Franciso Satiro de Souza Jr., destinado a estudar o direito da empresa em crise.

De início, as atividades do Gedec se restringiram ao estudo e discussões entre seus membros, alunos e alunas da pós-graduação e graduação da

FDUSP¹⁷¹, coordenado pelos dois professores fundadores, sobre temas diversos da LRE e seus institutos.

Posteriormente, no início de 2016, o Gedec iniciou um projeto de pesquisa empírica sobre o direito da empresa em crise através da análise de todos os pedidos de recuperação judicial formulados em litisconsórcio ativo distribuídos a partir de outubro de 2013 nas 1ª e 2ª Varas de Falências e Recuperação Judicial do Foro Central Cível da Comarca de São Paulo/SP (“1ª e 2ª VFRJ”).

Esta análise empírica se destinou a compreender alguns aspectos do pedido de recuperação judicial formulado por diversas sociedades empresárias e, muito embora até o momento desta dissertação o relatório completo de pesquisa ainda não tenha sido publicado, é possível encontrar parte das conclusões obtidas em recente artigo, publicado pelos dois professores fundadores, em outubro de 2016¹⁷².

Esta dissertação, além de ter como autora antiga integrante, muito se aproveitou da metodologia utilizada pelo Gedec: elaboração de planilha com diversas perguntas para promover a análise dos processos e adaptação dos gráficos desenvolvidos para o recorte temporal e espacial aqui utilizado.

Nesse sentido, os dados obtidos para esta tese se utilizaram, diretamente, da triagem promovida pelos integrantes do Gedec para a seleção dos processos distribuídos em litisconsórcio ativo de outubro de 2013 a janeiro de 2015, bem como das motivações para o recorte espacial e temporal utilizados, e de alguns modelos de gráficos criados para a exposição dos resultados obtidos.

Algumas perguntas utilizadas nesta análise empírica são idênticas às aquelas utilizadas pelo Gedec, mas, tendo em vista o fato da análise empírica aqui desenvolvida ter se estendido temporalmente no recorte temporal em um ano, em comparação com a desenvolvida por referido grupo, os resultados aqui obtidos foram diferentes.

No mais, a análise empírica aqui desenvolvida também contou com a elaboração de outras questões, focadas apenas no momento de constituição do litisconsórcio, se consolidando, na realidade, como pesquisa independente da-

171 Participaram do Gedec no período de 2015/2016 e contribuíram para a análise empírica desenvolvida: Ana Paula Aleixo, Ana Thereza Mantovanni Aguiar, Beatriz Camões, Beatriz Custódio, Cristiano Leite, Fernando Correa, Gabriela de Oliveira Junqueira Gustavo Lacerda Franco, Julia Lima Carmagnani, Julia Souza Córrea, Maria do Socorro Costa Gomes, Mariana Brandão, Mônica Fujimoto, Natalia Yazbek Orsovay, Rafael Campedelli Andrade, Sara Lana Furlani e Tatiana Flores Serafim.

172 CEREZETTI, S.C. NEDER; SOUZA JÚNIOR, Francisco Satiro de., *A silenciosa “consolidação” da consolidação substancial. Resultados de pesquisa empírica sobre recuperação judicial de grupos empresariais*, cit., p. 216-223.

quela desenvolvida pelo Gedec mas fortemente inspirada no método utilizado por este, refletido na planilha de resultados utilizada¹⁷³.

4.2. RECORTES ESPACIAL E TEMPORAL UTILIZADOS

a análise empírica desenvolvida se restringiu, no critério espacial, às duas varas especializadas localizadas no Fórum Central Cível João Mendes Jr. da comarca da capital de São Paulo/SP e, no critério temporal, aos pedidos de recuperação judicial em litisconsórcio ativo distribuídos entre os meses de outubro de 2013 e outubro de 2016.

Com relação ao primeiro critério, a escolha espacial se justifica por dois fatores: (i) o primeiro por conta de, diferentemente de muitas comarcas, haver no fórum João Mendes Júnior varas especializadas em direito concursal, substanciadas na 1ª e 2ª VFRJ; e (ii) segundo por conta da grande quantidade de pedidos de recuperação judicial distribuídos eletronicamente nesta duas varas devido a introdução do processo eletrônico de forma precoce em São Paulo.

Esta situação possibilitou a facilidade de acesso aos pedidos de recuperação judicial eletrônicos e remete para a justificativa sobre o recorte temporal utilizado, uma vez que a análise empírica desenvolvida tem como marco de início a introdução do sistema de distribuição e trâmite de processos eletrônicos nas duas varas concursais referidas, iniciada em outubro de 2013¹⁷⁴.

No que se refere ao marco final, a análise empírica foi desenvolvida em um intervalo de 3 anos, tendo seu término em outubro de 2016, por conta das limitações de escrita e análise teórica que também integram essa dissertação, depositada em 15 setembro de 2017.

Ou seja, para todos os dados e levantamentos que serão apresentados, necessário se faz ter em mente a amostragem restrita que foi utilizada: pedidos de recuperação judicial formulados em litisconsórcio ativo distribuídos nas 1ª e 2ª VFRJ do Foro Central Cível da Comarca de São Paulo/SP entre os meses de outubro de 2013 e outubro de 2016.

Nesse sentido, apresenta-se o primeiro dado obtido através das triagens de processos distribuídos nestas duas varas citadas, informação fornecida pelo Gedec para os meses de outubro de 2013 a outubro de 2015, e complemen-

173 Visando a facilitar o acesso à base dos resultados aqui expostos, pode-se ter acesso a planilha de análise utilizada pela autora, bem como às petições iniciais, manifestações e decisões que foram utilizadas, através do seguinte link: <https://www.dropbox.com/sh/122pe49llgmsib/AAAwjZmjvEJH5StvrYjWlegYa?dl=0>

174 Conforme cronograma de introdução do processo eletrônico disponível em: <http://processoeletronico.aasp.org.br/cronograma-implantacao-puma-tjsp/>

tada, posteriormente, em outra triagem da distribuição de processos entre os meses de outubro de 2015 e outubro de 2016, esta efetuada pela autora desta dissertação¹⁷⁵: foram 69 processos de recuperação judicial distribuídos em litisconsórcio ativo entre os meses de outubro de 2013 e outubro de 2016^{176 177}.

A distribuição cronológica desta totalidade de pedidos, bem como a quantidade de sociedades empresárias requerentes em cada um, se deu da seguinte forma:

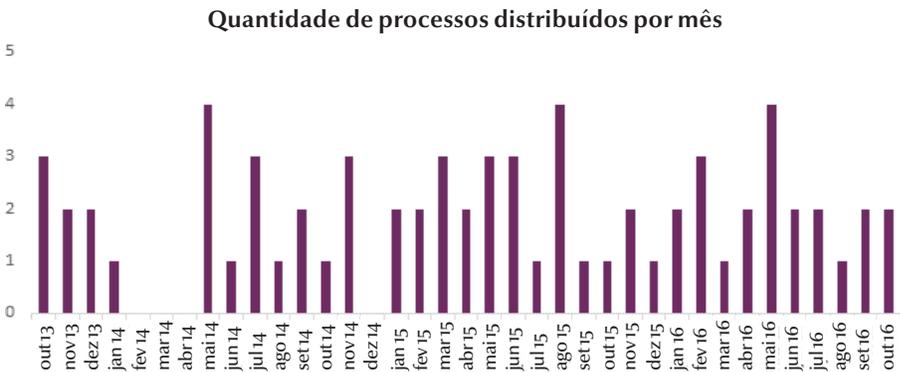


Gráfico 1: Quantidade de processos distribuídos em litisconsórcio ativo às 1^a e 2^a VFRJ entre outubro de 2013 e outubro de 2016

175 A lista atualizada da totalidade de processos distribuídos entre outubro de 2015 e outubro de 2016 nas 1^a e 2^a VFRJ, foi obtida através da colaboração do Juiz de Direito de São Paulo, Dr. Marcelo Sacramone, mediante requerimento da autora desta dissertação.

176 Destaque deve ser feito, todavia, ao Processo de n. 1099340-32.2016.8.26.0100 (Recuperação Judicial de Festiva Distribuidora de Alimentos Ltda), distribuído em 06/09/2016 na 1^a VFRJ, porque a requerente do pedido, Festiva Distribuidora de Alimentos Ltda, distribuiu o distribuiu alegando em sua petição inicial a existência de litisconsórcio ativo necessário por conta da inclusão de 5 filiais suas no pólo ativo (fls. 5 dos autos, em que a requerente alega “II.1- DO LITISCONSÓRCIO ATIVO NECESSÁRIO – MATRIZ E FILIAIS”). Referido processo foi excluído da totalidade dos 69 porque não há como se considerar presente um litisconsórcio ativo formado entre matriz e filiais que não possuem o condão de formar um agrupamento. Conforme se depreende da LRE e da LSA, a filial não pode ser considerada como uma pessoa jurídica completamente autônoma de sua matriz, aquela pertence à esta, devedora principal, podendo se concluir que, neste caso, há na verdade apenas uma parte integrando o pedido, qual seja a própria matriz. Foi aparentemente este, aliás, o entendimento do juiz responsável pelo caso que, em decisão de fls. 693, deferiu o processamento da recuperação judicial apenas à matriz requerente, nada dispondo sobre o cumprimento dos requisitos legais para as filiais incluídas no pedido. Interpretação analógica, do ponto de vista processual, é feita na situação em que uma das partes seja menor de idade e seu genitor obrigatoriamente precise integrar o processo, inexistindo qualquer configuração do litisconsórcio porque, como ressalva THEREZA ALVIM, “se a parte for maior de 16 anos, mas menor de 21, será em juízo, assistido por seu pai. Tem-se duas pessoas no mesmo pólo da relação jurídica processual, mas uma parte composta, eis que uma juridicamente não existiria sem a outra. Logo, aqui não há que falar em litisconsórcio.” (O direito processual de estar em juízo, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. p. 123).

177 Destes 69, 28 foram distribuídos à 1^a VFRJ e 41 à 2^a VFRJ.

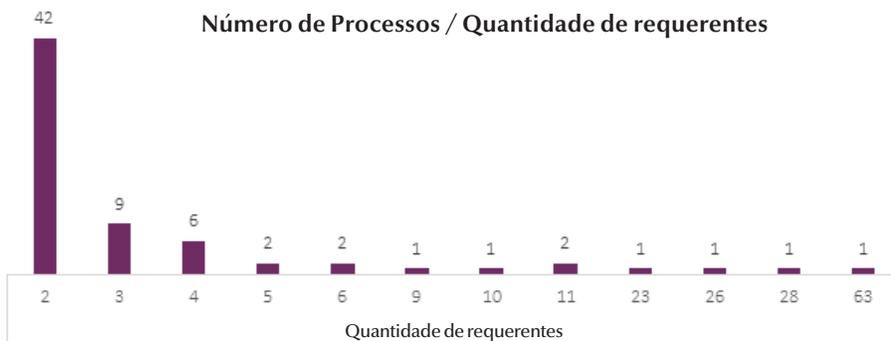


Gráfico 2: Quantidade de requerentes por processo distribuído no período analisado

Verifica-se do Gráfico 1 que, a partir de janeiro de 2015, inexistiu um mês sequer em que não tenha ocorrido a distribuição de ao menos um pedido de recuperação judicial ajuizado em litisconsórcio ativo e, do gráfico 2, se verifica que, na maioria dos processos, mais precisamente em 60,86% deles, a quantidade de requerentes não passou de 2 sociedades empresárias¹⁷⁸.

Estes dois dados nos levam a concluir que a utilização do litisconsórcio se tornou constante a partir de janeiro de 2015 e que, na ampla maioria dos pedidos de recuperação judicial em litisconsórcio ativo, estamos diante de sociedades que formam a menor estrutura grupal possível, de duas sociedades empresárias.

4.3. PEDIDOS INDEFERIDOS, REMETIDOS PARA OUTRAS COMARCAS OU QUE TIVERAM SUA DISTRIBUIÇÃO CANCELADA

Visando a obter uma quantidade de dados efetivamente completa, a análise empírica desenvolvida analisou cada um dos pedidos de recuperação judicial considerado sob as duas perspectivas possíveis que influem na constituição do litisconsórcio: (i) a das sociedades requerentes – com suas razões para o pedido expostas na petição inicial e em outras manifestações de respostas aos questionamentos do juiz – e (ii) a do próprio juiz – com o questionamentos formulados antes do despacho de deferimento do processamento do pedido e neste último, mediante a análise do litisconsórcio para o deferimento do pedido.

Para que assim fosse possível, esta análise empírica restringiu seu aprofundamento aos pedidos de recuperação judicial que foram efetivamente de-

¹⁷⁸ SHEILA C. NEDER CEREZETTI e FRANCISCO SATIRO SOUZA JÚNIOR também chegaram a esta conclusão no artigos citado sobre os resultados do Gedec, dispondo que “Um primeiro dado interessante obtido a partir da pesquisa empírica indica que a recuperação judicial em litisconsórcio é frequentemente solicitada por pequeno número de demandantes.” (A silenciosa “consolidação” da consolidação substancial. Resultados de pesquisa empírica sobre recuperação judicial de grupos empresariais, cit., p. 218).

feridos em litisconsórcio ativo restritamente pela 1ª e 2ª VFRJ, que resultaram em 48 processos dentro da totalidade dos 69, excluindo-se, portanto, 21 processos que não preencheram essas condições.

Porém, cabe expor uma análise breve sobre os 21 processos retirados da análise aprofundada a partir do item seguinte, em que: (i) 13 foram indeferidos; (ii) 4 foram remetidos para outras comarcas antes do deferimento do processamento; (iii) 2 tiveram sua distribuição cancelada; e (iv) em 2 foi requerida a desistência pelas sociedades requerentes antes de eventual deferimento do processamento¹⁷⁹.

As proporções das justificativas para a retirada desses 21 processos de recuperação judicial distribuídos em litisconsórcio ativo se encontram assim refletidas:

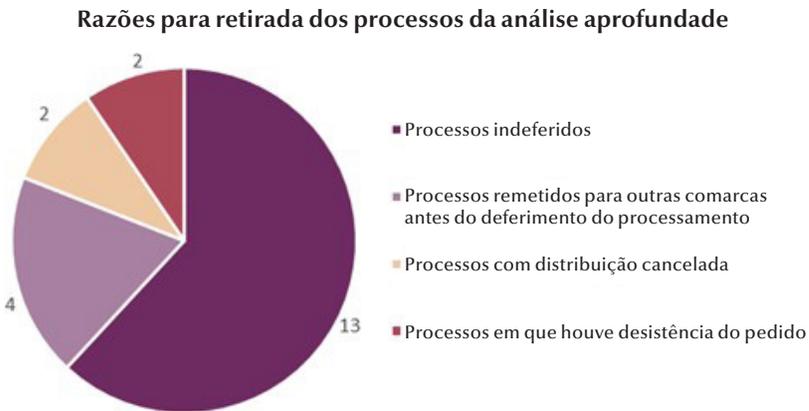


Gráfico 3: Proporções das razões para a retirada dos processos da análise empírica aprofundada

179 Ressalva deve ser feita para três grupos de sociedades empresárias que se incluem em mais de uma dessas categorias, quais sejam: (i) processo n. 1002.792-42.2016.8.26.0100 e processo n. 1020951-33.2016.8.26.0100 (ambos referentes à recuperação judicial do denominado Grupo Riplastic); (ii) processo n. 1010824-70.2015.8.26.0100 e processo n. 1036831-02.2015.8.26.0100 (ambos referentes à recuperação judicial do grupo denominado Ghisa Buato); e (iii) os processos de n. 1014980-67.2016.8.26.0100, 1049392-24.2016.8.26.0100 e 1076593-88.2016.8.26.0100 (todos referentes à recuperação judicial do denominado Buffet Yano). No primeiro caso (i), primeiramente o processo foi indeferido por conta do não recolhimento regular de custas sendo, posteriormente, redistribuído para outra comarca o segundo processo do grupo distribuído. No que tange ao segundo caso (ii), primeiramente foi indeferido o processamento do pedido de todas as requerentes porque uma delas se encontrava irregular com apenas um sócio há mais de 180 dias e, posteriormente, redistribuído o processo com a regularização, foi deferido o processamento de todas. Por fim, sobre o terceiro caso (iii), o pedido do denominado Buffet Yano foi distribuído indeferido duas vezes, a primeira por conta da ausência de documentos e a segunda porque o juiz constatou que uma das sociedades se encontrava irregular com apenas um sócio há mais de 180 dias, tendo ao terceiro pedido sido deferido o processamento para todas em conjunto. Todos esses pedidos, todavia, foram contabilizados como diferentes entre si porque todos foram efetivamente distribuídos em litisconsórcio ativo, independentemente de, qualitativamente, terem como requerentes as mesmas sociedades empresárias.

Todavia, apesar de não integrarem o rol dos pedidos de recuperação judicial em litisconsórcio ativo que terão seus resultados efetivamente analisados, opta-se por expor brevemente algumas peculiaridades desses 21 pedidos, visando a não perder alguns dados interessantes para a dissertação em si.

4.3.1. PEDIDOS INDEFERIDOS

Dos 12 processos que tiveram o processamento do pedido de recuperação judicial indeferido: 4 foram por conta do não recolhimento ou recolhimento insuficiente das custas exigidas para o processamento; 4 foram devido à ausência de documentos necessários para o processamento; 3 foram indeferidos por conta de algumas ou todas as sociedades estarem irregulares; 1 foi indeferido por conta da verificação de sociedades inativas; e, por fim, em apenas 1 caso, o indeferimento do pedido decorreu efetivamente da não verificação das condições consideradas pelo juiz para o deferimento do litisconsórcio, sendo deferido o pedido apenas para uma das sociedades (de 2 requerentes). Isso porque, tirando este último, nos outros 11 pedidos, o indeferimento abrangeu todas as sociedades requerentes.

Sobre este último caso, trata-se do processo de n. 1030910-28.2016.8.26.0100 (recuperação judicial do Grupo ABA), em que as 2 requerentes que integravam o litisconsórcio ativo justificaram a admissibilidade deste com base na alegada formação de *Grupo Econômico* entre elas e na existência de crise em comum¹⁸⁰.

O juiz, primeiramente, ao receber o pedido, determinou que as requerentes comprovassem o cabimento do litisconsórcio ativo, sob o fundamento da não comprovação da própria existência de *grupo econômico*, asseverando ser insuficiente a mera alegação desta na petição inicial, e listando uma série de documentos possíveis de serem juntados pelas partes para que fosse possível estas comprovarem a existência do *Grupo Econômico* alegado, dentre os quais aqueles que comprovassem “*caixa comum*”, conforme se verifica da integralidade desta decisão, proferida em 30/03/2016, disposta abaixo:

A lei brasileira não disciplinou expressamente o pedido de recuperação em litisconsórcio. A mera alegação de que há grupo, administração das duas sociedades pela mesma pessoa e de que há uma crise comum não dispensa o exame da legalidade do pedido de recuperação em

180 Segundo alegaram as requerentes na petição inicial: “*havendo comunhão de interesses e de obrigações entre as Requerentes, gestão conjunta e grupo econômico de fato e de direito, evidente a legitimidade das Requerentes para a propositura de pleito recuperacional em litisconsórcio ativo.(...) Afora isso, a crise vivenciada pelas Requerentes é una, resultando na formação de passivo que será objeto de tratamento conjunto.*” (Fls. 4/6 dos autos do Processo n. 1030910-28.2016.8.26.0100)

litisconsórcio ativo pelo Poder Judiciário. Os documentos juntados aos autos não demonstram garantias cruzadas, **caixa comum**, mesma clientela e repercussão da crise de uma empresa na outra, de modo que devem ser juntados os documentos comprobatórios do que se alega, a fim de que se verifique o cabimento do litisconsórcio.¹⁸¹(Grifou-se)

Em resposta a este questionamento do juiz, as requerentes, visando a comprovarem a existência de grupo formado entre elas, juntaram documentos comprovando a existência de controle comum e administração conjunta, bem como asseverando o cumprimento dos artigos 48 e 51 da LRE que, segundo entendiam, preencheria as três hipóteses de admissibilidade do litisconsórcio do artigo 113 do CPC/15¹⁸².

O juiz, todavia, por considerar a existência de principal estabelecimento em comarca diversa, bem como o desenvolvimento de atividade diferente em uma das sociedades requerentes, indeferiu o processamento do pedido para esta, ou seja, indeferiu o pedido em litisconsórcio ativo, seguindo o processo apenas para uma das sociedades.

A relevância deste caso se encontra na conceituação que o juiz fez sobre a existência de grupo, como pautada na comprovação de “*garantias cruzadas, caixa comum, mesma clientela e repercussão da crise de uma empresa na outra*” apta a admitir o próprio litisconsórcio ativo.

Trata-se, conforme se verificou no item 3.2.2 *supra*, de afirmação problemática, tendo em vista que o ordenamento veda a confusão patrimonial entre as sociedades do grupo, aqui representada pela existência de caixa comum, segundo entendeu o juiz.

4.3.2. PEDIDOS REMETIDOS PARA OUTRAS COMARCAS

Dos 4 processos que foram remetidos para outras comarcas e, portanto, excluídos da análise empírica restrita aos pedidos deferidos restritivamente nas 1ª e 2ª VFRJ, em todos eles a justificativa do juiz para assim o fazer esteve

181 Fls. 239 dos autos do Processo n. 1030910-28.2016.8.26.0100

182 Baseando-se em participações societárias existentes nos contratos sociais de ambas, alegaram as requerentes que “*as Requerentes possuem administração comum e conjunta –Sr. Aba Moshe Lewkowicz –assim como mesmo controle acionário:-ABAMOTOS:-Sr. Aba Moshe Lewkowicz;-Lewco Participações e Administração Ltda. (doc. 4):-Sr. Fabio Lewkowicz;-Sr. Alan Lewkowicz;-Sra. Natalie Lewkowicz;-ABA SUL:-Sr. Aba Moshe Lewkowicz;- Sr. Fabio Lewkowicz;-Sr. Alan Lewkowicz;-Sra. Natalie Lewkowicz;*” concluindo que “*Ou seja, a gestão e controle são idênticos, restando distinta somente em termos percentuais entre cada empresa. Destarte, presentes as hipóteses do art. 113 do Código de Processo Civil (comunhão de direitos e obrigações, mesma causa de pedir/pedido e afinidade de fato e de direito) e os requisitos dos arts. 48 e 51 da Lei nº 11.101/05, requerem o urgente deferimento do processamento da Recuperação Judicial como meio de viabilizar a manutenção das operações das devedoras e a superação da transitória crise econômico-financeira que as aflige, ex vi do art. 47 da Lei nº 11.101/05.”(fls. 241 do dos autos do Processo n. 1030910-28.2016.8.26.0100)*

vinculada à constatação de que o principal estabelecimento das requerentes¹⁸³ não se encontrava localizado no âmbito de competência desta comarca¹⁸⁴.

4.3.3. PEDIDOS QUE TIVERAM SUA DISTRIBUIÇÃO CANCELADA

dos 2 processos que tiveram sua distribuição cancelada, um foi por conta do não recolhimento das custas devidas para o ajuizamento do pedido e o outro decorreu da distribuição em conjunto com outro pedido envolvendo as mesmas partes, o mesmo pedido e a mesma causa de pedir, cancelando-se um e prosseguindo o outro.

4.3.4. PEDIDOS EM QUE HOUVE DESISTÊNCIA

Por fim, com relação aos processos em que as sociedades integrantes do pedido de recuperação judicial em litisconsórcio ativo requereram a desistência do pedido antes de eventual despacho sobre o deferimento deste, a peculiaridade envolta em cada um deles se acena relevante para esta dissertação.

Primeiramente, no que se refere ao processo de n. 1052704-76.2014.8.26.0100 (recuperação judicial do Grupo MB), apesar das 3 sociedades requerentes alegarem na petição inicial que faziam parte do mesmo *Grupo econômico* por conta de possuírem o mesmo fundador e a mesma administração, segunda alegaram, o juiz determinou, em decisão proferida em 26/06/2014, a juntada, além de outros documentos, daqueles “*que comprovem a existência de grupo econômico*”¹⁸⁵, tendo as requerentes, contudo, antes que o prazo para a juntada de referidos documentos se expirasse, requerido a desistência do feito.

O outro processo que integra o rol em comento neste item, de n. 1005583-18.2015.8.26.0100 (recuperação judicial do Grupo Aqces), merece ainda mais destaque que o primeiro por conta do andamento processual verificado antes da desistência das partes.

Com efeito, após a distribuição do pedido em que as 4 sociedades requerentes alegaram a existência de *Grupo Econômico Empresarial* justificado pela existência de grande sinergia, conforme alegaram as requerentes, o juiz proferiu despacho, em 05/02/2015, determinando, além da juntada de outros documentos, que as sociedades requerentes justificassem o porquê de outras sociedades

183 A análise sobre o principal estabelecimento do grupo societário não é o foco desta dissertação, motivo pelo qual esta deixa de aprofundar a questão, utilizando deste item apenas para justificar a não inclusão dos 4 processos que foram indeferidos do aprofundamento dos próximos itens principais.

184 Em 2 desses, a constatação foi possível mediante a feitura de perícia prévia à decisão de deferimento, que foi determinada pelo juiz sob a justificativa de que deveria ser efetuada a constatação sobre a situação das sociedades requerentes.

185 Fls. 570 dos autos do processo n. 1052704-76.2014.8.26.0100

que, pelos documentos juntados, aparentemente também integravam o grupo, não terem sido incluídas no pólo ativo do pedido¹⁸⁶.

As requerentes, então, respondendo ao questionamento do juiz sobre a não inclusão de duas sociedades do grupo – que são suas administradoras e não foram incluídas no pedido – alegaram que ambas não são operacionais, aspecto que, segundo alegaram, prejudicaria a comprovação da existência de atividade em juízo, além de não comportarem ativos ou passivos relevantes¹⁸⁷.

O juiz, todavia, determinou a juntada de nova documentação e reiterou a determinação da juntada de bens dos administradores das sociedades, sob a justificativa de que, até aquele momento, não havia verificado quem eram os controladores da empresa e os bens destes e dos administradores¹⁸⁸.

Por fim, sem cumprir o quanto determinado, as requerentes peticionaram nos autos manifestando desistência do pedido.

A relevância desses dois processos decorre da preocupação do juiz em analisar a presença de agrupamento entre as sociedades requerentes do pedido, e a postura dessas em assim não corresponder.

4.4. PEDIDOS QUE TIVERAM SEU PROCESSAMENTO DEFERIDO EM LITISCONSÓRCIO ATIVO NAS 1^a E 2^a VFRJ

Retirando-se os 21 processos que não terão sua análise aprofundada por conta de não preencherem os requisitos dispostos no item 4.3 *supra*, chega-se a quantia de 48 processos, em que é possível analisar as duas perspectivas exis-

186 Determinou o juiz, além da juntada de outros documentos, que as requerentes promovessem a “d) juntada da última declaração de bens e rendimentos apresentada à Receita Federal pelos sócios e/ou sociedades controladoras e administradores das requerentes, bem como a relação dos bens das demais sociedades que aparentemente integram o grupo, mas não figuram como requerentes (Acqes Logística S/A e Acqes Logística Internacional Ltda.); e) esclarecimento quanto à situação das duas sociedades acima mencionadas, especialmente o local do principal estabelecimento, se são operacionais, relações com as requerentes e a razão de não figurarem no polo ativo”(Fls. 529/530 dos autos do processo n. 1005583-18.2015.8.26.0100)

187 Além disso, nesta mesma manifestação, sobre a juntada de documentos fiscais de dois de seus administradores pessoas físicas, as requerentes se recusaram a juntá-los, sob a justificativa de que os documentos necessários dispostos no art. 48 e 51 da LRE já haviam sido devidamente juntados com o pedido, o que autorizaria o deferimento do processamento (Fls. 544/560 dos autos do processo n.1005583-18.2015.8.26.0100)

188 Asseverou o juiz que “Até o momento, não se sabe efetivamente quem são os controladores das requerentes nem o seu patrimônio atual, o que demonstra o descumprimento do art. 51, VI, da LRF. Observo que os atuais administradores das requerentes foram recentemente empossados em suas funções e declararam em juízo que não possuem nenhum bem em seu patrimônio pessoal nem apresentaram declaração de bens e rendimentos à Receita Federal, o que soa estranho para tamanho desafio, que é administrar empresas em crise, merecendo esclarecimento dos controladores.” (Fls. 664/665 dos autos do processo n. 1005583-18.2015.8.26.0100).

tentes para a constituição do litisconsórcio ativo na recuperação judicial, das requerentes do pedido e do juiz que deferiu o processamento deste.

A análise empírica, neste sentido, como já adiantado no item 1.1 *supra*, será utilizada para verificar se a estrutura do litisconsórcio construída até aqui se encontra realmente apta para lidar com a complexidade dos pedidos de recuperação judicial requeridos em conjunto por duas ou mais sociedades empresárias e, assim sendo, se este pode ser aplicado e moldado da forma como exposta na escala de vinculação construída nos capítulos antecedentes para sua constituição na recuperação judicial.

É justamente com esse propósito e visando a estabelecer uma ordem de identidade entre os Capítulos II e III, que a análise empírica efetuada também se dividirá entre: (i) as condições da ação nos pedidos de recuperação judicial em litisconsórcio ativo; (ii) as hipóteses de admissibilidade nestes; e (iii) a constituição do litisconsórcio.

Como já informado, todas estas análises serão efetuadas de duas perspectivas, (i) uma das próprias sociedades requerentes do pedido em litisconsórcio ativo, mediante os argumentos e documentos trazidos na petição inicial e nas manifestações anteriores ao despacho de deferimento do processamento; e (ii) outra, com relação aos atos do juiz, em decisões anteriores e no próprio despacho de deferimento do processamento.

4.5. A FORMA DE TRATAMENTO DAS CONDIÇÕES DA AÇÃO

iniciando-se pelas condições da ação que, como proposto no item 3.1 *supra*, poderiam ser colocadas nos artigos 48 (legitimidade *ad causam*) e 51 (interesse de agir) da LRE para cada uma das requerentes, verificou a análise empírica que em todos os 48 pedidos as requerentes alegaram expressamente o cumprimento de ambos para o deferimento do pedido.

Sobre os documentos obrigatórios exigidos pelo artigo 51, dois foram analisados para verificar o real cumprimento do interesse de agir de cada uma das requerentes do pedido, a lista de credores (inciso III) e a lista de empregados (inciso IV) que, como exposto, deveriam ter sido trazidas por cada uma delas. A escolha desses dois documentos se justifica pela sua precisão e facilidade na identificação.

Primeiramente, sobre a forma como a lista de credores foi apresentada, verificou-se que, dos 48 pedidos: 21 apresentaram apenas lista consolidada quando do ajuizamento do pedido; 15 apresentaram tanto listas individual-

zadas para cada uma das requerentes quanto uma consolidada com os credores de todas; e 12 apresentaram apenas listas individualizadas.

Desses 21 pedidos que apresentaram apenas listas consolidadas, ou seja, sem discriminar os credores de cada uma, em 7 deles o juiz determinou que as requerentes juntassem listas individualizadas para cada uma delas – com seus respectivos credores – para o efetivo cumprimento do art. 51 da LRE, sendo que, dentro desses 7¹⁸⁹, 4 pedidos¹⁹⁰ merecem destaque por conta da fundamentação utilizada pelo juiz para determinar essa individualização.

Nesse sentido, em 2 desses pedidos, o juiz determinou a individualização sob a justificativa expressa de que não bastava uma lista de credores “do grupo”, mas, sim, uma para cada requerente¹⁹¹.

Nos outros 2 destacados, em um deles o juiz asseverou que “*Importante que as listas de credores sejam de cada uma das devedoras, a despeito de pretensão de consolidação substancial*”¹⁹², e, no outro, salientou que as listas deveriam ser individualizadas para que os credores tivessem conhecimento “do passivo de cada sociedade.”¹⁹³

Assim, nota-se a seguinte cronologia sobre a forma como as listas de credores foram apresentadas por processo e a evolução sobre a preocupação do juiz em preservar a individualização do cumprimento por requerente:

-
- 189 São eles: Processo n. 1085873-20.2015.8.26.0100, distribuído em 24/08/2015 (recuperação judicial do grupo I-Stick; Processo n. 1131562-87.2015.8.26.0100, distribuído em 17/12/2015 (recuperação judicial de Assoalhos Morumbi); Processo n. 1045458-58.2016.8.26.0100, distribuído em 05/05/2016 (recuperação judicial do grupo GPY); Processo n. 1047144-85.2016.8.26.0100, distribuído em 10/05/2016 (recuperação judicial do grupo Rideel); Processo n. 1054366-07.2016.8.26.0100, distribuído em 30/05/2016 (recuperação judicial do Grupo Ferreira Surf Boys); Processo n. 1068956-86.2016.8.26.0100, distribuído em 04/07/2016 (recuperação judicial do grupo MOPP); e Processo n. 1103236-83.2016.8.26.0100, distribuído em 16/09/2016 (recuperação judicial do grupo viver).
- 190 Nos outros 3 processos não destacados, o juiz apenas considerou que o cumprimento efetivo do art. 51 estaria vinculado à apresentação individualizada da lista de cada requerente.
- 191 Trata-se dos processos de recuperação judicial do grupo GPY e do grupo Rideel, tendo as decisões que determinaram a juntada da lista individualizada a seguinte redação: “*A relação nominal completa dos credores de cada sociedade, bem como o fluxo de caixa projetado de cada uma delas, e não somente do “Grupo GPY.”*(fls. 520 dos autos do processo n. 1045458-58.2016.8.26.0100) e “*A relação nominal completa dos credores de cada sociedade, bem como a relação integral dos empregados de cada uma delas, e não somente do “Grupo Rideel”*”(Fls. 243 dos autos do processo n. 1047144-85.2016.8.26.0100).
- 192 Fls. 386 dos autos do processo n. 1068956-86.2016.8.26.0100 (recuperação judicial do grupo MOPP)
- 193 Trata-se de decisão proferida nos autos do processo n. 1103236-83.2016.8.26.0100 (recuperação judicial do grupo viver), em que o juiz dispôs que “*A lei brasileira não tratou do pedido de recuperação judicial em litisconsórcio ativo, medida que tem sido admitida pela doutrina e jurisprudência. Porém, as informações financeiras devem ser prestadas de forma individualizada, para conhecimento, pelos credores, do passivo de cada sociedade.*”(Fls. 3549 dos autos do processo n. 1103236-83.2016.8.26.0100)

Evolução das decisões determinando a individualização das listas de credores consolidadas

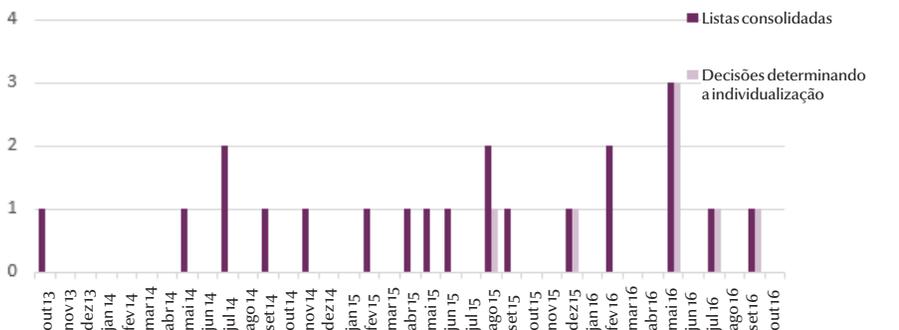


Gráfico 4¹⁹⁴: Evolução da determinação das decisões de individualização das listas de credores apresentadas de forma consolidada

Nota-se deste Gráfico 4 que as decisões determinando a individualização da lista de credores apresentada de forma consolidada foram identificadas apenas a partir de agosto de 2015, fator que demonstra uma evolução na preocupação do juiz sobre o preenchimento do artigo 51 da LRE para cada uma das requerentes.

Ademais, no que se refere à forma de apresentação da lista de empregados, dos 48 pedidos: em 31 foram apresentadas listas individualizadas¹⁹⁵; em 13 foram apresentadas apenas listas consolidadas; e 4 pedidos tiveram esta análise prejudicada porque a lista de empregados foi juntada sob sigilo de justiça¹⁹⁶.

Ademais, sobre as 13 listas de empregados apresentadas de forma consolidada, em apenas 1 pedido, o juiz determinou sua separação por devedora em conjunto com a lista de credores, também apresentada inicialmente de forma consolidada¹⁹⁷.

Ou seja, inobstante a forma consolidada tenha sido menos usada quando da apresentação da lista de empregados, em comparação com a de credos-

194 Inobstante se tenha conhecimento de que o que ocorre no caso do pedido da recuperação judicial é um despacho de deferimento, não uma decisão interlocutória *strictu sensu*, esta dissertação opta por utilizar o termo decisão em sentido *lato sensu*, ou seja, abarcando despachos e decisões interlocutórias.

195 Destaque há de ser feito, contudo, sobre a justificativa de 4 listas de empregados que, apesar de integrarem o rol das listas individualizadas – dentro dos 31, portanto – foi, na realidade, juntada apenas uma lista em cada pedido porque as requerentes alegaram expressamente que a outra sociedade integrante do pedido não possuía empregados em seu nome ou utilizava os empregados da outra em suas atividades.

196 Na verdade, no total dos 48 pedidos, em 5 as requerentes solicitaram o deferimento do sigilo de justiça sobre a lista de empregados na petição inicial, sendo que, em apenas 1 desses 5 (recuperação judicial do grupo Viver), o juiz indeferiu o sigilo e determinou a publicidade da lista de empregados juntada.

197 Trata-se do Grupo Rideel (Fls. 243 dos autos do processo n. 1047144-85.2016.8.26.0100).

res, verifica-se que o juiz imprimiu muito menos preocupação quando da sua apresentação, tanto por conta dos sigilos não indeferidos, quanto por conta da existência de apenas um caso em que se determinou a separação por requerente.

Verificada a análise sobre as alegações e documentações das requerentes, volta-se a análise para as condições da ação da perspectiva do juiz, através da análise do despacho de deferimento do processamento do pedido formulado em litisconsórcio ativo.

Nesse sentido, constatou-se que, das 48 decisões de deferimento: em 28 o juiz deferiu o pedido de recuperação judicial em litisconsórcio ativo apenas com base na apuração do cumprimento dos artigos 48 e 51 da LRE ; e, em 20, o juiz acrescentou à esta constatação a hipótese de admissibilidade do litisconsórcio ativo pautado na existência de grupo entre as requerentes, analisadas no item 3.6 *infra*.

A distribuição cronológica destas decisões é capaz de comprovar como evoluiu o posicionamento do juiz sobre a aferição dos dois dispositivos das condições da ação. Confira- se:

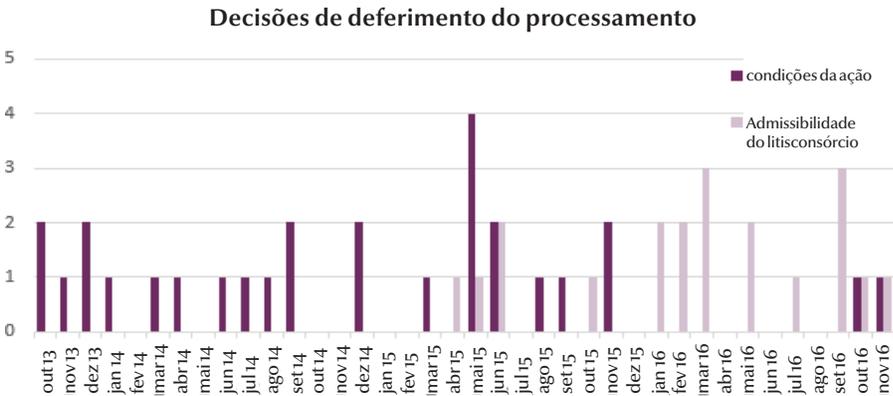


Gráfico 5: Justificativas para o deferimento do processamento em litisconsórcio ativo

Nota-se deste Gráfico 5¹⁹⁸ que, até março de 2015, inexistia qualquer outra razão considerada pelo juiz para o deferimento do processamento do pedido formulado em litisconsórcio ativo que não fosse a verificação das duas condições da ação referidas.

198 Um dado interessante que merece ser pontuado é que ambas as decisões de outubro de novembro de 2016, que aparentemente destoam da evolução no tratamento verificada por conta de restringirem o deferimento apenas à constatação das condições da ação, são da 1ª VFRJ. Na 2ª VFRJ, o tratamento do litisconsórcio ativo como pautado tanto nas condições da ação quanto nas hipóteses de admissibilidade, se consolidou a partir do início de sua utilização.

Ademais, das 28 decisões citadas, em 5 delas o juiz determinou a realização de perícia prévia ao despacho de deferimento para a verificação do cumprimento de ambos os dispositivos, o que reflete a relevância destes para o deferimento do processamento.

Partindo-se da evolução da preocupação do juiz sobre a individualização da lista de credores para cada uma das requerentes disposta no Gráfico 4 e da distribuição das decisões de deferimento do processamento assentadas apenas sobre a verificação dos artigos 48 e 51 da LRE, disposta no Gráfico 5, duas conclusões sumarizadas abaixo podem ser obtidas:

- (i) A relevância e adequação dos dois dispositivos está comprovada porque em absolutamente todos os processos analisados, tanto da perspectiva das partes requerentes quanto da do juiz, os dois dispositivos são colocados como requisitos imprescindíveis do processo, fator que os consolida como pressupostos processuais no processo de recuperação judicial.
- (ii) Há correspondência entre o Gráfico 4 e o Gráfico 5 sobre a evolução da preocupação do juiz em verificar o cumprimento por cada uma das sociedades e em associar sua constatação à verificação do próprio litisconsórcio, fatores que demonstram o afastamento de uma visão atomística dos agrupamentos societários no cenário concursal, para uma efetiva utilização da estrutura litisconsorcial sobre estes agrupamentos.

4.6. AS HIPÓTESES DE ADMISSIBILIDADE VERIFICADAS

como se viu nos itens 2.2 e 3.1 *supra*, três são as hipóteses de admissibilidade do litisconsórcio – comunhão, conexidade e afinidade – bastando a constatação de uma delas para que o litisconsórcio possa ser utilizado.

Ainda, foi dado destaque por mais de uma vez sobre a variação de vinculação entre as partes existente em cada uma delas que, conforme consta na escala de vinculação disposta no item 3.3 *supra*, faz parte do rol do litisconsórcio meramente facultativo. Este verificado desde a mera presença do grupo com singelo liame entre as sociedades que o integram (afinidade), passando-se pela identidade parcial das razões da crise e justificativas para sua superação (conexidade), até a verificação de cotitularidade entre bens, direitos e responsáveis entre as sociedades requerentes, que podem chegar ao extremo de integrarem um cenário de confusão de esferas.

Na análise empírica efetuada, constatou-se, primeiramente da perspectiva das sociedades requerentes, que, dos 48 pedidos, em apenas 13 deles há alguma alegação na petição inicial sobre o enquadramento do litisconsórcio formado em uma das hipóteses existentes. Desses 13 pedidos: 6 alegaram afinidade; outros 6 comunhão; e 1 alegou conexidade.

Dos 6 processos em que as requerentes alegaram a inclusão do litisconsórcio na hipótese de afinidade: em 3 deles a justificativa para assim fazerem se baseou na alegação de mera existência de grupo entre as requerentes; e, nos outros 3, alegou-se, além da existência de grupo, a superação da crise apenas em conjunto por todas.

Nos 6 processos em que foi alegada a presença da hipótese de comunhão, em todos eles a justificativa foi pautada tanto na existência de grupo entre as requerentes quanto na superação da crise apenas em conjunto.

Por fim, na única hipótese de conexidade identificada, a justificativa também foi com base na existência de grupo cumulada com a superação da crise apenas em conjunto.

Assim, pôde-se constatar, ainda que parcialmente, a presença da mera existência de grupo como hipótese de afinidade, e a alegação de comunhão entre as requerentes na maior dependência entre estas, dada a alegação de superação da crise apenas em conjunto.

Todavia, saindo da análise sobre as hipóteses de admissibilidade expressamente alegadas, para as justificativas do pedido em conjunto no geral, dado este que também pode ser utilizado para verificar a admissibilidade do litisconsórcio, ante representar este último justamente a situação em que o pedido é formulado em conjunto, verificou-se o seguinte:

Dos 48 pedidos: em 31 as requerentes justificaram o pedido em conjunto alegando a existência de grupo e a possibilidade de superação da crise apenas em conjunto; em 12 as requerentes alegaram apenas a existência de grupo; em 5 as requerentes alegaram apenas a existência de crise¹⁹⁹.

Atente-se para o fato de ser diferente a alegação de existência de crise daquela em que as requerentes justificam o pedido em conjunto com base na possibilidade de superação da crise apenas quando em litisconsórcio. A primeira situação representa o mero preenchimento do interesse de agir das requeren-

199 Trata-se dos processos: (i) n. 1079269-43.2015.8.26.0100 (recuperação judicial do grupo AGL); (ii) n. 1066745-48.2014.8.26.0100 (recuperação judicial do grupo Stell); (iii) n. 1099671-48.2015.8.26.0100 (recuperação judicial do grupo Renuka); (iv) n. 1076009-26.2013.8.26.0100 (recuperação judicial do grupo Naka); e (v) n. 1085873-20.2015.8.26.0100 (recuperação judicial do grupo I-stick).

tes, devido à alegação de crise, enquanto a segunda acena para um cenário de dependência entre elas, possível de tido como um grau de vinculação potencial, apto a integrar a escala de aglutinação criada nesta tese.

Esta proporção de razão se reflete da seguinte forma:

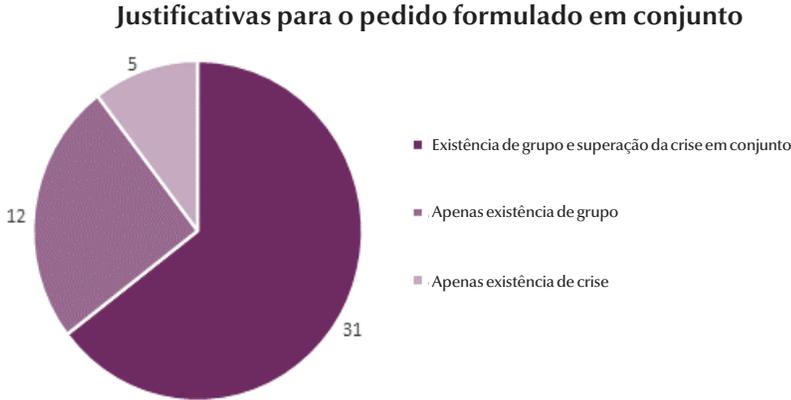


Gráfico 6: Proporções das justificativas utilizadas para a formulação do pedido de recuperação judicial em conjunto

Nesse sentido, é possível comprovar que, de fato, a admissibilidade do litisconsórcio nos pedidos de recuperação judicial está intrinsecamente vinculada à verificação da existência de agrupamento entre as sociedades.

Ou seja, a existência de grupo é tida pelas próprias requerentes como o requisito mínimo para irem em conjunto ao judiciário, eis que em 43 casos (31+12), de um total de 48, as sociedades justificam o pedido em conjunto com base na existência de grupo.

Sobre essa constatação, verificou-se, ainda que, nestes 43 processos: em 23 as requerentes se denominaram como um “grupo econômico”; em 10 como um “grupo econômico de fato”; em 6 como um “grupo econômico de fato e de direito”; em 1 apenas se denominaram “grupo”; em 1 se denominaram como “grupo societário econômico de fato”, em 1 como “grupo empresarial”; e, por fim, em apenas 1 processo as requerentes se denominaram como um “grupo societário”.

Estas diferentes denominações são assim reproduzidas em suas devidas proporções:

Denominação utilizada pelas requerentes para a qualificação do grupo

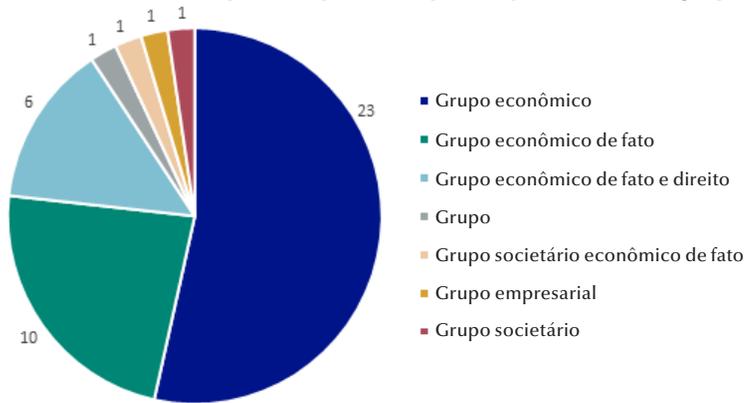


Gráfico 7: Proporções das denominações utilizadas pelas sociedades para qualificarem o grupo

Deste Gráfico 7, é possível se averiguar que a falta de tecnicidade da qual parece a análise dos agrupamentos em âmbito doutrinário, disposta no item 3.2.1 *supra*, se reflete também nas alegações das requerentes porque, como dito, inexistente qualquer disposição sobre *Grupos Econômicos* na LRE ou na LSA, que apenas trata de *Grupos Societários*.

Ademais, no que se refere às justificativas utilizadas pelas requerentes para alegarem a formação de grupo ou apenas fundamentarem o pedido em conjunto, tratando-se dos 48 processos, portanto, verificou-se o seguinte cenário:

Justificativas utilizadas pelas requerentes para alegarem a formação de grupo ou justificarem o pedido em conjunto



Gráfico 8: Justificativas utilizadas pelas requerentes para alegarem a formação de grupo ou o pedido em conjunto

Este Gráfico 8 comprova que, na realidade, estamos diante de muito mais grupos societários que apenas 1, como alegado pelas requerentes analisadas, e que é claramente verificável uma subsunção de uma e outra ou outras justificativas aptas a alterarem a vinculação entre as sociedades empresárias que compõem o pedido em litisconsórcio ativo.

Tais interseções entre as argumentações, capaz de atestarem a possibilidade de uma variação na vinculação estabelecida entre as partes, podem ser verificadas nos gráficos abaixo, que refletem as intersecções de alegações utilizadas pelas requerentes para requerem alegarem a existência de grupo. Conforme se verifica:

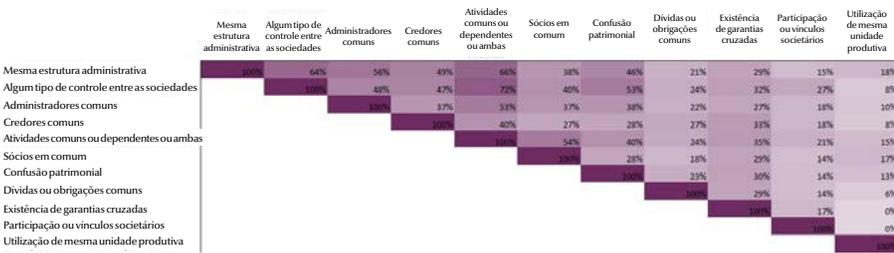


Gráfico 9: Intersecções entre as argumentações utilizadas pelas requerentes para justificar a existência de grupo

Deste Gráfico 9, alguns dados devem ser destacados para que se compreenda sua abordagem: (i) em 53% dos casos em que as sociedades alegaram a existência de algum tipo de controle entre elas, também foi alegada a presença de confusão patrimonial; (ii) em 29% dos casos em que as sociedades alegaram a existência de garantias cruzadas entre si, também foi informada a identidade integral ou parcial de sócios entre elas; (iii) em 53% dos casos, as sociedades alegaram tanto a existência de administradores comuns quanto de atividades comuns. Todas essas intersecções atestam uma variação na vinculação existente entre as sociedades requerentes do pedido.

Feitas as considerações acima sobre as alegações das requerentes para justificar o agrupamento e o pedido em conjunto, volta-se a análise, agora, para a perspectiva do juiz.

Como se viu no Gráfico 5 *supra*, das 48 decisões de deferimento do processamento proferidas, em 20²⁰⁰ o juiz justificou o deferimento do pedido em litisconsórcio com base na verificação dos requisitos legais próprios da LRE –

200 Em 4 dessas 20 decisões o juiz acrescentou à existência do grupo a presença de crise comum e/ou atividade comum entre as requerentes para deferir o processamento em litisconsórcio ativo

artigos 48 e 51 – cumulando-os com a admissibilidade do litisconsórcio pautado na existência de grupo.

Antes de analisar estas 20 decisões, um dado deve ser destacado: apenas em 3²⁰¹ pedidos dentro desses 20, houve algum questionamento do juiz sobre a existência de agrupamento entre as sociedades antes do despacho de deferimento do processamento²⁰². Tal dado acena para uma leve preocupação o juiz em se precaver da condição de admissibilidade antes de decidir sobre o deferimento do pedido.

Sobre as 20 decisões em que o juiz tratou expressamente da admissibilidade do litisconsórcio baseada na existência de grupo, estas, salvo exceções pontuais, tornaram-se correntes a partir dos meados de 2015, fator que indica uma evolução na matéria, como já concluído.

A fundamentação do juiz na ampla maioria dessas 20 decisões retrata muito bem a cumulação das condições da ação consubstanciadas nos artigos 48 e 51, analisadas no item antecedente, com a vinculação da admissibilidade do litisconsórcio à existência de grupo, conforme se verifica de uma dessas decisões:

A legitimidade *ad causam* regulada pela Código de Processo Civil busca tutelar o princípio da economia processual e evitar decisões contraditórias entre pessoas na mesma ou em similar situação jurídica.

201 Relembre-se, todavia, os dos dois casos (recuperação do Grupo MB e recuperação do grupo Aqces) analisados no item 5.3.4 *supra* em que, inobstante as requerentes tenham desistido do pedido, houve questionamento pelo juiz sobre a formação do grupo. Além disso, no processo do grupo ABA, no qual foi indeferido o litisconsórcio ativo, analisado no item 5.3.1 *supra*, o juiz, antes do despacho de indeferimento, também questionou a verificação da admissibilidade do litisconsórcio ativo salientando que a mera alegação de existência de grupo não seria suficiente, devendo, por isso, as recuperandas, comprovarem, dentre outras questões, a existência de caixa comum.

202 São eles: (i) Processo n. 1083068-31.2014.8.26.0100 (recuperação judicial do grupo Água de Cheiro): antes do despacho de deferimento do processamento, o juiz, de um total de 26 requerentes, excluiu duas por considerar seus objetos sociais completamente diversos do grupo (cosméticos) – GD Rochas e Granite Depot – e extinguiu o processo para outras 15 porque, pela documentação apresentada, apresentavam-se inativas; (ii) Processo n. 1044764-26.2015.8.26.0100 (recuperação judicial da Alcometalis e Wirex): antes do despacho de deferimento do processamento, o juiz determinou que as requerentes comprovassem a alegada existência de grupo entre elas feita na petição inicial, sob a justificativa de que a exposição desta e o argumento de crise não eram suficientes para o deferimento do litisconsórcio ativo, concluindo que as requerentes deveriam juntar aos autos documentos que demonstrassem “*garantias cruzadas, caixa comum, mesma clientela e repercussão da crise de uma empresa na outra*” (fls. 317 dos autos do processo n. 1044764-26.2015.8.26.0100); e (iii) Processo n. 1068956- 86.2016.8.26.0100 (recuperação judicial do MOPP): este caso será melhor aprofundado no item subsequente, mas, para o que interessa à verificação da admissibilidade do litisconsórcio, considerou o juiz, antes do despacho de deferimento, que o litisconsórcio requerido por inicialmente duas requerentes não poderia ser admitido por conta da verificação de cisão parcial (70%) em uma delas efetuada pouco tempo antes do pedido, deferindo o processamento em litisconsórcio apenas após a inclusão – promovida pelas próprias requerentes – desta terceira sociedade criada pela cisão de uma delas.

Desta maneira, uma vez reconhecida a existência do grupo societário formado entre as empresas requerentes, para que o processamento do pedido de recuperação judicial seja deferido, aceitando-se a formação do litisconsórcio ativo, **devem ser observados não apenas os requisitos previstos nos artigos 48 e 51 da LRE, mas também aqueles encontrados no artigo 46 do CPC.**²⁰³ (Grifou-se).

Veja-se que o juiz menciona expressamente os dois dispositivos da LRE referidos em cumulação com o art. 46 do CPC/73 que, como se viu quando da análise histórica efetuada no item 2.1 *supra*, se refere às hipóteses de admissibilidade. Ambos os requisitos, com efeito, são associados pelo juiz à constatação da existência de grupo entre as sociedades.

Do quanto exposto, duas conclusões podem ser retiradas:

- (i) A admissibilidade do litisconsórcio se consolidou realmente como consubstanciada na verificação de agrupamento entre as sociedades requerentes.
- (ii) Os graus de vinculação entre as sociedades praticamente não são levados em conta para o reconhecimento da admissibilidade do litisconsórcio ativo pelo juiz, mas há como se verificar uma variação na vinculação entre as partes que compõem a relação jurídica material pelos motivos expostos para justificação do grupo e do pedido em conjunto, conforme se verifica no Gráfico de n.º 7.

4.7. A CONSTITUIÇÃO DO LITISCONSÓRCIO ATIVO

adentrando-se na seara da qualificação do litisconsórcio, primeiramente da perspectiva das requerentes, verificou-se que, dos 48 pedidos de recuperação judicial ajuizados em litisconsórcio ativo, em 10 destes foi alegada alguma qualificação sobre o litisconsórcio ativo formado: 9 baseadas no critério aglutinador e 1 baseando-se no critério de regime de tratamento dado às litisconsortes.

Desses 9 baseados no critério aglutinador: em 6 as requerentes qualificaram o litisconsórcio como necessário; e, nos outros 3, como facultativo. No único pedido em que a qualificação foi feita com base no critério de regime de tratamento, as requerentes qualificaram o litisconsórcio como unitário.

Dos 6 pedidos em que as requerentes alegaram a presença de litisconsórcio necessário, apenas em 1 foi alegada confusão patrimonial pelas reque-

²⁰³ Trata-se de decisão proferida nos autos do processo n. 1012521-92.2016.8.26.0100 (recuperação judicial do grupo Bmart) às fls. 1302, mas redação semelhante ou idêntica foi encontrada em muitos outros processos também, conforme se verifica da tabela de análise juntada no apêndice desta dissertação.

rentes²⁰⁴, tendo em todos os 6, todavia, sido alegada a existência de grupo e a possibilidade de superação da crise apenas em conjunto²⁰⁵

Nos 3 pedidos em que se qualificou o litisconsórcio como facultativo, em 2 deles a justificativa utilizada pelas requerentes para assim o fazer chamou atenção por dois motivos:

(i) em ambos a motivação para a qualificação foi a de que, inexistindo qualquer disposição na LRE que obrigasse a presença de todo o grupo na recuperação judicial, o pedido desta em litisconsórcio ativo “*pode abranger uma ou algumas delas*” e “*assim, o litisconsórcio formado no pólo ativo da recuperação judicial será facultativo, constituindo-se de acordo com a vontade das partes*”²⁰⁶; e (ii) em ambos, como será melhor analisado, as requerentes alegaram a existência de caixa comum e confusão de ativos e passivos para requerer o pedido em conjunto²⁰⁷.

Por fim, encerrando a perspectiva das requerentes, no único caso em que o litisconsórcio foi qualificado como unitário, as requerentes o utilizaram corretamente ao justificarem a qualificação na necessária ocorrência de “*soluções idênticas para todas as requerentes*”²⁰⁸.

-
- 204 Trata-se do processo de n. 1068956-86.2016.8.26.0100 (recuperação judicial do grupo MOPP), a seguir analisado sucintamente.
- 205 No processo n. 1030812-77.2015.8.26.0100 (recuperação judicial do grupo OAS), as requerentes alegam expressamente que “*diante da forte sinergia existente entre as requerentes, não causa surpresa o fato de que a crise financeira que se deflagrou sobre o Grupo OAS clama por uma solução global simultânea. Por essa razão, é indiscutível que o processamento do presente pedido de recuperação judicial em relação a todas as requerentes, em litisconsórcio ativo necessário, é medida necessária para assegurar o almejado soerguimento do Grupo OAS.*” (fls. 22 dos autos do processo n. 1030812-77.2015.8.26.0100).
- 206 Eis o inteiro teor desta alegação: “*No caso de grupo de empresas, não há na lei previsão que obrigue a presença de todas as sociedades empresárias integrantes do grupo econômico no processo de recuperação judicial, que pode abranger uma ou algumas delas, assim, o litisconsórcio formado no pólo ativo da recuperação judicial será facultativo, constituindo-se de acordo com a vontade das partes*” (Fls. 2/3 tanto dos autos do processo n. 1044764-26.2015.8.26.0100 – recuperação judicial da Alcometalis e Wirex – quanto no processo de n. 1050247-37.2015.8.26.0100 – recuperação judicial do grupo Impacta).
- 207 Alegam as requerentes em ambos os pedidos que “*(...) o pedido de recuperação judicial isolado seria inócuo, seja em virtude do passivo – avais cruzados, credores comuns, caixa comum (...), bem como que “que há expressa ligação entre o ativo e o passivo das empresas requerentes, de modo que o seu patrimônio nitidamente se confunde, daí porque eventual insucesso da atividade empresarial de uma conduziria a outra igual sorte”* (Cf. Fls. 3 tanto dos autos do processo n. 1044764-26.2015.8.26.0100 – recuperação judicial da Alcometalis e Wirex – quanto no processo de n. 1050247-37.2015.8.26.0100 – recuperação judicial do grupo Impacta).
- 208 Trata-se do processo n. 1103236-83.2016.8.26.0100 (recuperação judicial do Grupo Viver), em que as requerentes alegaram expressamente que “*apenas o litisconsórcio ativo-unitário – com soluções idênticas para todas as sociedades Requerentes, o que aqui se resolve na apresentação de uma lista de credores unificada e na apresentação de um único Plano de Recuperação Judicial – poderá assegurar a sobrevivência e a recuperação do Grupo Viver*” (fls. 28 dos autos do processo n. 1103236-83.2016.8.26.0100).

Retirando-se este último caso que se utilizou do critério de regime de tratamento, nota-se uma imprecisão na qualificação feitas pelas requerentes ao formularem o pedido, conforme se verifica das justificativas utilizadas dispostas.

Da perspectiva do juiz, constatou-se que em apenas 1 caso dentro desses 10 em que as requerentes qualificaram o litisconsórcio, houve questionamento sobre a forma como esta foi feita. Neste único caso, as requerentes haviam qualificado o litisconsórcio como necessário na petição inicial, justificando-o na existência de grupo e superação da crise necessariamente em conjunto. O juiz, todavia, afastou esta qualificação, ao dispor que:

Quanto às demais requerentes sociedades estrangeiras, é preciso verificar se estão presentes os requisitos legais para o pedido conjunto de recuperação, em litisconsórcio ativo. Essa análise se mostra ainda mais necessária **quando as requerentes fazem opção por não formular pedido de recuperação de todas as sociedades do grupo, reconhecendo que o litisconsórcio não é necessário**. Se a hipótese é de litisconsórcio facultativo, exige-se uma **vinculação qualificada** entre as demandas que poderiam ser propostas separadamente por cada uma das requerentes.²⁰⁹(Grifou-se)

Referida decisão deixa claro que o juiz tem conhecimento sobre o efeito mais crucial da necessidade, qual seja exigir a presença de todas as partes imersas na relação jurídica na constituição do litisconsórcio. Além disso, veja-se que o juiz usa expressamente a expressão “*vinculação qualificada entre as demandas*”, o que acena para a verificação de um reconhecimento por parte do juiz da relevância sobre vinculação existente entre as partes para a constituição do litisconsórcio ativo.

Ademais, no que se refere às decisões de deferimento do processamento, verificou-se que, das 20 decisões dispostas no Gráfico 5 do item 4.5 *supra*, em que o juiz efetivamente tratou sobre a admissibilidade do litisconsórcio ativo como dependente da verificação da existência de grupo: em 11 o juiz condicionou a qualificação da constituição do litisconsórcio como necessário ou facultativo à perícia preliminar para avaliar se havia ou não confusão patrimonial entre as requerentes; em 6 não houve qualquer disposição sobre a constituição do litisconsórcio, se restringindo o juiz a analisar sua admissibilidade com base na existência de grupo, deferindo o processamento apenas com base nesta; e, por fim, em apenas 3 decisões, o juiz qualificou a constituição do litisconsórcio na própria decisão de deferimento, independente de perícia preliminar.

209 Fls. 7050 dos autos do processo n. 1037133-31.2015.8.26.0100 (recuperação judicial do grupo Schahin)

A distribuição desses 3 tipos de decisão cronologicamente pode ser assim verificada:

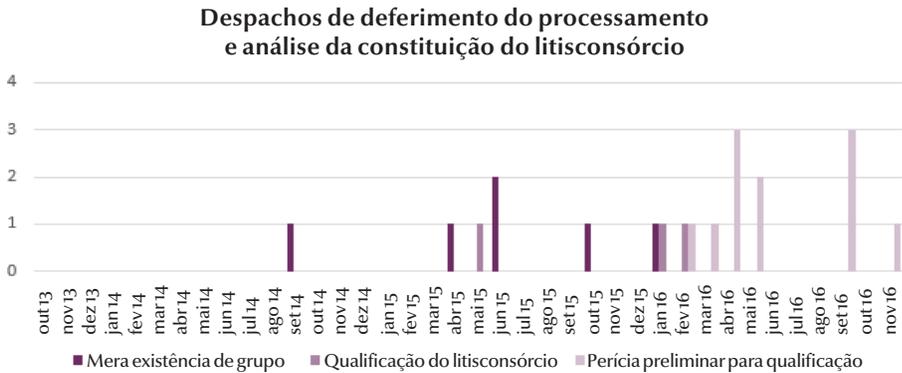


Gráfico 10: Despachos de deferimento do processamento e análise da constituição do litisconsórcio

Sobre os 11 despachos de deferimento do processamento em que o juiz condicionou a qualificação do litisconsórcio à perícia preliminar para verificar a presença de confusão patrimonial, estes serão analisados no item 4.8 *infra*.

Ademais, sobre os 6 pedidos de recuperação judicial em que o processamento foi deferido apenas com base nas razões para admissibilidade do litisconsórcio quando da constatação de grupo, verifica-se do Gráfico 10 acima, que sua existência se restringiu ao começo do período em que o juiz deixou de deferir o processamento apenas se baseando na verificação dos artigos 48 e 51 (condições da ação), conforme comparação com o Gráfico 5 *supra*.

Nesse sentido, a utilização posteriormente da qualificação ou da feitura de perícia para qualificação demonstra uma evolução no aprofundamento e na preocupação do juiz em efetivamente apreciar a constituição do litisconsórcio.

Por fim, quanto as 3 decisões que realmente interessam para esse item, em que o juiz qualificou de fato a constituição do litisconsórcio, constatou-se que: em 1 caso, já relatado acima (recuperação judicial do grupo Schahin), o juiz afastou a qualificação de litisconsórcio necessário promovida pelas requerentes por não identificar a presença de todo o grupo no pedido, considerando-o facultativo; em 1 caso o juiz considerou que o litisconsórcio era necessário para 3 das requerentes por conta da verificação de confusão patrimonial entre estas e facultativo para uma terceira, excluindo-a (recuperação judicial do

grupo Sabro)²¹⁰; em 1 último caso, o juiz qualificou o litisconsórcio como necessário por conta da verificação de confusão patrimonial entre as requerentes (recuperação judicial do grupo GPE)²¹¹.

Verifica-se que a fundamentação utilizada pelo juiz para indeferir o litisconsórcio necessário no primeiro caso está correta, porque, realmente, não tendo sido incluídas todas as sociedades do grupo Schahin, não há como qualificar o litisconsórcio como necessário, por conta da falta de legitimidade que acometeria as requerentes em virtude da ausência das demais.

Todavia, verificou-se que nos outros dois casos em que o juiz qualificou o litisconsórcio como necessário devido à constatação da confusão patrimonial entre as requerentes, em nenhum deles houve qualquer questionamento sobre a existência de outras sociedades também eventualmente imersas nessa confusão patrimonial e que não tenham sido incluídas no pedido.

Na realidade, em um deles (recuperação judicial do grupo Sabro), o documento que poderia ser utilizado para a verificação de outras sociedades do grupo – a relação de bens dos sócios controladores e administradores (exigi-

210 Trata-se do processo de n. 1118071-13.2015.8.26.0100 (recuperação judicial do grupo Sabro). Após vincular a admissibilidade do litisconsórcio à verificação da existência de grupo societário, o juiz expôs as duas hipóteses possíveis para o agrupamento reconhecido: (i) ou as requerentes comporiam um grupo de fato e, por isso, teriam suas personalidades jurídicas preservadas com planos separados por pessoa jurídica; ou (ii) uma vez verificada a confusão patrimonial, comporiam as requerentes um litisconsórcio necessário, consubstanciado na consolidação substancial. Analisando o caso concreto, o juiz reconheceu a formação de grupo societário apenas sobre 3 requerentes por conta do objeto social em comum, identidade de sócios e devido a verificação da confusão patrimonial entre elas, dispondo que: *“Analisados os contratos sociais (fls. 22/81) e as fichas cadastrais das requerentes junto à JUCESP (fls. 167/174), bem como os demais documentos juntados aos autos, vê-se a formação de grupo societário apenas entre três das requerentes, vale dizer, SABRO Comércio de Confeções LTDA., MVS Indústria e Comércio de Confeções LTDA. ME e SVS Comércio de Confeções LTDA. Isto porque estas apresentam não apenas objeto social similar e sócios administradores em comum, mas também por ser nítido o caráter simbiótico da relação comercial que por elas foi desenvolvida. Em uma análise superficial, tira-se dos documentos que a SABRO, principal empresa do grupo, contraía as dívidas e o fornecimento dos materiais necessários ante os credores (fls. 152/165) para que a MVS e a SVS pudessem exercer suas atividades regularmente, inclusive por meio de contratação de diversos funcionários que mantinham o negócio ativo.”* (fls. 363 dos autos), assim concluiu o juiz que *“reconhecida e demonstrada a existência de grupo societário formado entre apenas três das requerentes, determino, para efeitos de processamento do feito, ser a presente modalidade litisconsorcial de caráter ativo e necessário para SABRO, MVS e SVS, mas facultativo para a SARUE, que deve ser excluída deste processo de recuperação.”* Apesar do juiz reconhecer a possibilidade do litisconsórcio facultativo com relação à requerente excluída da consolidação substancial, determina a separação em apartado de sua recuperação por considerar as razões de sua crise e sua atividade comercial diversa das demais.

211 Trata-se do processo de n. 1007989-75.2016.8.26.0100 (recuperação judicial do grupo GEP), no qual concluiu o juiz que *“No caso dos autos, há confusão patrimonial e gerencial. As sociedades possuem objeto social similar, sócios administradores em comum, controladora comum, a qual contraiu dívida por emissão de debênture para benefício de todo o grupo, as sociedades são garantidoras uma da outra e é nítido o caráter simbiótico da relação comercial que por elas foi desenvolvida.”* (fls. 1084 dos autos do processo n. 1007989-75.2016.8.26.0100).

da pelo inciso VI do art. 51 da LRE) – foi juntado sob sigilo de justiça, não questionado pelo juiz.

No outro processo (recuperação judicial do grupo GEP), a relação de bens dos controladores e administradores do grupo foi juntada, e se verificou a existência de outras sociedades de mesma controladora, objeto social e administradores comuns das requerentes que, porém, não foram incluídas na constituição do litisconsórcio²¹² e não tiveram qualquer questionamento por parte do juiz.

4.7.1. OS GRUPOS MOPP E GRUPO ALCOMETALIS E WIREX

Sobre a constituição do litisconsórcio, dois casos concretos analisados devem ser destacados por conta de suas peculiaridades sobre a matéria: (i) o pedido de recuperação judicial de n. 1068956-86.2016.8.26.0100 (recuperação judicial do Grupo MOPP); e (ii) o pedido de recuperação judicial de n. 1044764-26.2015.8.26.0100 (recuperação judicial do Grupo Alcometalis e Wirex).

Sobre o primeiro, sua relevância decorre da postura extremamente atíva desempenhada pelo juiz sobre a constituição do litisconsórcio requerido. Com efeito, uma vez requerido o pedido por duas sociedades empresárias, que alegaram a constituição do litisconsórcio como necessário sob a alegação da existência de confusão patrimonial entre elas, verificou o juiz, quando da análise da documentação juntada com o pedido, que uma das requerentes havia, às vésperas do ajuizamento do pedido de recuperação judicial, efetuado a cisão de 70 % de seu patrimônio para a constituição de nova sociedade, não incluída no pedido²¹³.

Tal constatação motivou a formulação de questionamento pelo juiz às requerentes, tendo estas alegado que a empresa criada não possuía as caracte-

212 Às fls. 378 e ss dos autos do processo n. 1007989-75.2016.8.26.0100 (recuperação judicial do grupo GEP) é possível identificar a presença das sociedades denominadas “Paixão por marcas licenciamento Ltda” e “Obrigado Design e Propaganda Ltda”, ambas com objeto semelhante ao das requerentes do pedido e também controladas pela Bluebird Participações S.A, sociedade controladora das demais requerentes que integra o pedido em litisconsórcio ativo).

213 Referida decisão do juiz assim foi proferida: “MOSCA GRUPO NACIONAL DE SERVIÇOS LTDA., poucos dias antes de ingressar em juízo com o pedido de recuperação judicial – que objetiva manter a fonte produtora, e, com isso, os empregos, produtos, circulação de riqueza e pagamento de tributos -, arquivou na Junta Comercial instrumento de cisão parcial, pelo qual reduziu seu capital social em mais de 70% e transferiu acervo técnico, quadro técnico e ativos para outra sociedade do grupo, que não ingressou com pedido de recuperação judicial. Ora, se a própria requerente adotou medida gravosa ao seu patrimônio e aos credores, às vésperas do pedido de recuperação judicial, está claro que as causas concretas da situação patrimonial mencionadas na petição inicial não correspondem à realidade. Diante disso, não há direito ao processamento da recuperação para o devedor que omite na petição inicial e nos documentos que a instruem as reais causas de sua crise econômico-financeira, e, ademais, coloca os credores, de antemão, em situação de sacrifício patrimonial superior ao que deveriam suportar, fazendo uso indevido do instituto da recuperação judicial após cisão parcial em benefício de outra sociedade do grupo.” (Fls. 345 dos autos do processo n. 1068956-86.2016.8.26.0100)”.

terísticas necessárias para sua inclusão no pedido, o juiz, todavia, decidiu por manter o não deferimento do pedido formulado apenas pelas duas sociedades, nos seguintes termos:

O que as recuperandas alegam, em verdade, é que o grupo empresarial é composto apenas por elas duas (MOPP e MOSCA), porém a terceira sociedade criada recentemente (MM), no mesmo ramo, endereço, e com os mesmos sócios, não faria parte do grupo.

Ora, as recuperandas estão adotando critérios distintos nas suas afirmações. Ou todas as três sociedades no mesmo ramo, com os mesmos sócios, no mesmo endereço – integram o grupo e devem buscar a solução conjunta da superação da crise, propondo as três uma única recuperação judicial, ou cada uma deve buscar a solução individual de sua crise, formulando pedidos individuais.

Portanto, este juízo mantém a decisão de indeferimento da recuperação da MOSCA, **podendo reconsiderá-la se houver inclusão da MM no polo ativo.**²¹⁴(Grifou-se)

Ato contínuo, atendendo ao quanto determinado, as requerentes incluíram no pedido a sociedade criada pela cisão de uma delas, tendo o juiz, então, deferido o processamento para as 3 requerentes.

Este caso é emblemático porque retrata a situação que esta tese considera a ideal no que se refere ao tratamento do litisconsórcio: uma vez alegada a confusão patrimonial pelas requerentes, deve o juiz averiguar se outras sociedades que compõem o grupo também não deveriam integrar a constituição do litisconsórcio. Neste caso do Grupo MOPP, contudo, o juiz não se utilizou da denominação litisconsórcio necessário.

Ademais, no segundo caso destacado, referente à recuperação judicial do Grupo Alcometalis e Wirex, neste, o juiz questionou a alegação de existência de grupo feita pelas duas requerentes, determinando que estas juntassem documentos aos autos que comprovassem a existência de “*garantias cruzadas, caixa comum, mesma clientela e repercussão da crise de uma empresa na outra, de modo que devem ser juntados os documentos comprobatórios do que se alega, a fim de que se verifique a legalidade do pedido.*”²¹⁵

As requerentes, então, se manifestaram nos autos da seguinte forma:

(...). Ato contínuo, já efetivamente no que toca a existência de “caixa comum” entre as Autoras, destaca-se, consoante documentação ora acostada, que são realizadas diversas operações que relacionam claramente

214 Fls. 384 e ss dos autos do processo n. 1068956-86.2016.8.26.0100

215 Fls. 317 dos autos do processo n. 1044764-26.2015.8.26.0100

uma empresa com a outra, haja vista que, em diversas ocasiões, débitos da Autora Alcometalic são quitados pela Autora Wirex e vice-versa.

Nesse diapasão, as Autoras utilizam como exemplo (dentre outras ora apresentadas documentalmente) diversas operações realizadas com a empresa Paranapanema, em que a relação fora realizada com a Autora Wirex é quitada com o caixa da Autora Alcometalic, consoante a vasta documentação ora anexada (doc, 03).

Ou seja, em outras palavras, as requerentes não apenas alegaram confusão patrimonial como efetivamente a comprovaram mediante o questionamento do juiz. Este, todavia, ao proferir o despacho de deferimento do processamento, nada dispôs sobre a qualificação do litisconsórcio, salientando, ainda, que a existência de plano único pelas requerentes deveria ser decidida pelos credores apenas²¹⁶

A comparação das duas decisões, a da recuperação judicial do Grupo Alcometalis, proferida em 02/06/2015, e a do grupo MOPP, proferida em 22/07/2016, pouco mais de um ano depois, portanto, atesta a evolução no tratamento dispendido à constituição do litisconsórcio ativo na recuperação judicial.

Assim, duas conclusões podem ser retiradas dos dados apresentados:

- (i) Foi verificado um crescimento na preocupação do juiz em analisar a constituição do litisconsórcio, deferido apenas com base na verificação de grupo entre as requerentes antigamente e, num cenário mais atual, condicionado à verificação de confusão patrimonial mediante perícia para considerar a existência do litisconsórcio necessário.
- (ii) Apesar da identificação, por parte do juiz, do litisconsórcio necessário em alguns casos, verificou-se tímida preocupação na questão da legitimidade das requerentes sobre a não inclusão de todas as sociedades integrantes do grupo no pedido formulado em conjunto, consequência mais relevante da identificação da necessidade do litisconsórcio, como visto.

216 Eis o trecho integral desta decisão: *“Observo que o cabimento do pedido em litisconsórcio ativo não resulta automaticamente na consolidação de ativos e passivos, pois as recuperadas têm personalidades jurídicas distintas. O plano poderá ser único, com tratamento separado ou conjunto dos credores de cada uma das devedoras, mas a questão relativa à votação individual ou conjunta não pode ser decidida desde logo, devendo aguardar-se a apresentação do plano e a justificativa apresentada, bem como o exame aprofundado pelo administrador judicial das relações entre as devedoras e das relações entre credores e as devedoras, o que não se mostra possível no momento.”*(fls. 519 dos autos do processo n. 1044764-26.2015.8.26.0100)

4.8. A CONFUSÃO PATRIMONIAL ALEGADA NOS PEDIDOS

Este último cenário exposto ganha relevo e se torna preocupante quando se verifica que, dos 48 pedidos ajuizados em litisconsórcio ativo, em 20 deles, as requerentes alegaram expressamente a atuação em um cenário pré-concursal de confusão patrimonial, alegando caixa comum, confusão de ativos e passivos, caixa único e dependência econômica.

Desses 20 processos, em 8 a alegação de confusão patrimonial veio acompanhada com o requerimento de desconsideração da personalidade jurídica pelas próprias requerentes.

Ademais, em todos esses 20 pedidos, a alegação de confusão patrimonial também foi acompanhada com a necessidade de deferimento do processamento em conjunto como única forma de superação da crise em conjunto por todas as sociedades requerentes.

Estes dados atestam que as sociedades requerentes se utilizam de situação vedada pelo ordenamento, a confusão patrimonial, sem qualquer receio sobre as consequências de sua configuração, chegando ao absurdo de requererem a desconsideração da personalidade jurídica em alguns casos. A insensatez de ambas as alegações, confusão patrimonial e pedido de desconsideração da personalidade jurídica, indica que, na realidade, as sociedades não têm qualquer conhecimento da matéria, se fazendo apenas interessadas em, a qualquer custo, ter deferido o processamento da recuperação em conjunto.

Após a verificação destas alegações na petição inicial, buscou-se, através da lista de bens dos controladores e administradores das requerentes (documento obrigatório exigido pelo inciso VI, artigo 51 da LRE) identificar outras sociedades que eventualmente não tenham sido incluídas no pedido, de modo a averiguar se, eventualmente, as consequências da necessidade poderiam ser colocadas sob debate.

Constatou-se, assim que, dentre os 20 pedidos em que as requerentes alegaram atuar em um cenário de confusão patrimonial, em 8 é possível identificar sociedades em que os sócios controladores e/ou administradores possuem participação em outras sociedades, sendo que em 7 destes o objeto social da (s) sociedade (s) não incluída (s) é o mesmo que o das requerentes.

Em 3 processos dentre os 20 que alegaram confusão patrimonial, a identificação de eventuais outras sociedades restou prejudicada por conta da relação de bens dos sócios controladores e/ou administradores ter sido juntada sob sigredo de justiça. Nos outros 8 pedidos restantes, não foi identificada, por re-

ferida documentação, qualquer outra sociedade além das requerentes em referida lista de bens.

Ademais, um dado interessante coletado se refere a inclusão do controlador no litisconsórcio ativo nos pedidos em que há alegação de confusão patrimonial, obtido através da análise do contrato social das requerentes. Constatou-se que dos 20 pedidos referidos: em 13 o controlador é pessoa física, e, portanto, não foi incluído no pólo ativo da demanda; em 5 a sociedade empresária controladora foi incluída no litisconsórcio; e em apenas 2 a sociedade controladora não foi incluída.

Todos esses dados fazem emergir uma situação delicada e preocupante quando se verifica, da perspectiva do juiz, que, dos 20 pedidos em que as requerentes alegaram expressamente a existência de confusão patrimonial, em nenhum deles o juiz qualificou a constituição do litisconsórcio como necessário, mas em 5 o juiz condicionou a qualificação do litisconsórcio como necessário à verificação de confusão patrimonial mediante perícia, e, em 1, referente à recuperação judicial do Grupo MOPP, analisada no item 4.7.1 *supra*, o juiz, se preocupou em analisar sociedades eventualmente não incluídas no pedido.

Essas informações, em conjunto com a evolução do despacho de deferimento retratada no Gráfico 10 *supra*, demonstram que, em que pese seja elevada a quantidade de alegações de confusão patrimonial pelas requerentes e de nenhuma decisão levando isso em conta para o efeito da constituição do litisconsórcio necessário, certo é que se verifica uma maior preocupação por parte do juiz em analisar a confusão patrimonial e seus efeitos para com a constituição do litisconsórcio, mediante a feitura de perícia nos 5 casos referidos.

O maior problema, todavia, como já adiantado no item antecedente, se encontra no fato de que praticamente inexistente preocupação na análise de sociedades não incluídas no litisconsórcio que poderiam, eventualmente, integrarem esse cenário de confusão patrimonial em conjunto com as outras sociedades. Este cenário comprova que a análise da constituição do litisconsórcio deve ser feita de forma mais aprofundada, a fim de que se torne possível, efetivamente, promover a superação da crise pelas requerentes do pedido.

4.9. RESULTADO: EVOLUÇÃO VERIFICADA SOBRE O TRATAMENTO DO LITISCONSÓRCIO ATIVO NA RECUPERAÇÃO JUDICIAL

Conforme se verifica do quanto exposto na análise empírica, embasada nos dados expostos, foi possível verificar uma evolução no tratamento dispendido sobre a constituição do litisconsórcio nos 3 anos analisados.

Veja-se: até o início do ano de 2015 aproximadamente, o juiz, ao proferir o despacho de deferimento do processamento, sequer mencionava a existência de litisconsórcio ativo entre as requerentes, se limitando a verificar os requisitos próprios da LRE apenas.

A partir de 2015, o juiz passou a tratar sobre a admissibilidade do litisconsórcio, consolidando sua vinculação à existência de grupo entre as sociedades requerentes. Neste período, apesar de ainda não se promover uma qualificação técnica sobre a constituição do litisconsórcio, as decisões deixaram de ser padronizadas como o eram num primeiro momento, emergindo um Judiciário mais questionador e crítico sobre a relação jurídica existente entre as sociedades.

A partir de 2016, principalmente, a análise da relação jurídica existente entre as partes tornou-se mais técnica e atenta por parte do juiz, se consolidando, no final do período analisado, a utilização de perícia preliminar para analisar a existência de confusão patrimonial entre as sociedades, dispondo expressamente sobre os efeitos da identificação desta para a constituição do litisconsórcio como necessário.

Trata-se, assim, de clara evolução na aplicação da disciplina processual ao direito da empresa em crise, relacionado ao reconhecimento da relevância da relação travada entre as partes para a constituição do litisconsórcio.

A escala de vinculação entre as partes construída ao longo desta dissertação, nesse sentido, foi parcialmente verificada na prática, tendo em vista que ainda falta uma maior utilização dos aspectos técnicos nela existentes.

Como reflexo dessa parcialidade da constatação da escala de vinculação construída, verificou-se que existe tímida preocupação por parte do juiz sobre a exclusão de sociedades que pudessem, eventualmente, uma vez constatada um cenário de confusão patrimonial, estarem também imersas neste e, portanto, dada a incidibilidade criada, tivessem necessariamente que integrar o pedido.

Apesar disso, verificou-se que a hipótese de afinidade relacionada à mera existência de grupo com pouco liame entre as sociedades empresárias foi verificada, da mesma forma que a comunhão constatada em uma maior vinculação e a existência de confusão patrimonial como desencadeadora do litisconsórcio necessário também, exatamente como proposto na escala de vinculação construída.

Todos esses dados são aptos a comprovarem a aptidão do instituto litisconsorcial em lidar com a matéria do direito da empresa em crise, constatação que, tendo em vista a evolução verificada, caso se mantenha tal melhoramento constatado na postura do judiciário, possibilitará a existência, em algum momento, da efetiva interdisciplinaridade que a matéria demanda.

CAPÍTULO V – CONCLUSÃO

A partir dos elementos expostos ao longo deste trabalho, é possível tecer algumas conclusões, aqui expostas em forma de teses e que retomam dados expostos ao longo desta dissertação.

1. O instituto processual do litisconsórcio é apto a lidar com os pedidos de recuperação judicial formulados em conjunto por mais de uma sociedade empresária.
2. Esta capacidade decorre da possibilidade de estabelecimento de uma escala dinâmica sobre a vinculação das partes no litisconsórcio que pode ser adaptada para lidar com a matéria dos agrupamentos societários em situação de crise.
3. Há uma variação na vinculação entre as sociedades empresárias que compõem o pedido de recuperação judicial, variável a depender das justificativas utilizadas para a alegação da formação de grupo entre elas, tendo em vista ser a presença deste o que comprovadamente justifica a admissibilidade do litisconsórcio na recuperação judicial.
4. Esta constatação da variação de vinculação, contudo, apesar de ter ganhado importância na evolução verificada sobre o tratamento dispendido ao litisconsórcio, ainda não se fez plenamente aplicável e padronizada.
5. A evolução verificada no tratamento do litisconsórcio na recuperação judicial acena um progresso no caminho da interdisciplinaridade requisitada pelo direito da empresa em crise.
6. Este progresso, todavia, ainda não foi capaz de lidar efetivamente com os efeitos próprios da constituição do litisconsórcio quando verificada a sua necessidade.
7. Daí que a verificação do litisconsórcio como necessário ainda se encontra restrita à consolidação substancial das sociedades, sem que a confusão patrimonial verificada influencie efetivamente sobre a constituição do litisconsórcio e suas consequências.
8. Acredita-se que, caso se mantenha essa evolução na aplicação da disciplina processual ao direito da empresa em crise, como foi possível verificar nos três anos analisados, muito em breve será possível verificar todo o aparato desenvolvido na parte teórica desta dissertação na prática.

BIBLIOGRAFIA

- AIRES, Antônio; XAVIER, Celso; FONTANA, Maria Isabel, *Recuperação judicial e falência de grupo econômico*, in ELIAS, Luis Vasco (coord.), *10 anos da lei de recuperação de empresas e falências – Reflexões sobre a reestruturação empresarial no Brasil*, São Paulo: Quartier Latin, 2015
- ANTUNES, Engrácia, *Grupos de Sociedades – Estrutura e Organização Jurídica da Empresa Plurissocietária*, Coimbra: Almedina, 1993
- ARAÚJO JR., Luiz Rodolfo, *Litisconsórcio necessário passivo em mandado de segurança*. Recife: Imprensa Universitária, 1964
- ASCARELLI, Túlio, *A atividade do Empresário*, in Revista de Direito Mercantil, industrial, econômico e financeiro, São Paulo, n. 132, pp. 203/215, out/dez 2013
- ASQUINI, Alberto, *Perfis da empresa*, in Revista de Direito Mercantil, industrial, econômico e financeiro, São Paulo, n. 104, p. 109/126, out/dez 1996
- ASSIS, Araken de Assis, *Cumulação de Ações*, São Paulo: RT, 1989
- AYOUB, Luiz Roberto e CAVALI, Cássio, *A construção jurisprudencial da recuperação judicial de empresas*, Rio de Janeiro: Forense 2013
- BAPTISA, Ovídio, *Teoria geral do processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 154
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos, *Direito e processo: Influência do direito material sobre o processo*. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2006
- BULHÕES PEDREIRA, José Luiz, e LAMY FILHO, Alfredo (coord.), *Direito das Companhias*, vol. II, Rio de Janeiro: Forense, 2009
- CABRAL, Antonio do Passo, *Despolarização do processo e zonas de interesse: sobre a migração entre polos da demanda*, in Revista Eletrônica do Ministério Público Federal, Ano 1, vol. 1, 2009 disponível em : <http://www.prrj.mpf.mp.br/custoslegis/revista_2009/2009/aprovados/2009a_Tut_Col_Cabral>. %2001.pdf., Acesso em 10 de agosto de 2017
- CALAMANDREI, Piero, *Instituições de direito processual civil*, 2. ed. Tradução de Douglas Dias Ferreira (Trad.), Campinas: Bookseller, 2003
- CÂMARA, Alexandre F., *Escritos de direito processual*. Rio de Janeiro: Lúmen, 2001
- CAMPINHO, Sérgio, *Falência e recuperação de empresa: O novo regime da insolvência empresarial*, 3ª. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2008
- CEREZETTI, S.C. Neder, *A recuperação judicial de sociedades por ações – O princípio da preservação da empresa na Lei de Recuperação Judicial e Falência*, São Paulo: Malheiros, 2012
- CEREZETTI, S.C. Neder; MAFFIOLETTI, Emanuelle Urbano (Coord.), *Dez Anos da lei 11.101/2005*, São Paulo: Almedina, 2015
- CHAMPAUD, Claude, *Le pouvoir de Concentration de la Société par Actions*, Paris: Sirey, 1962
- CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*, v. II, Trad. de J. Guimarães Menegale (Trad.), São Paulo: Saraiva, 1965
- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, *Do litisconsórcio unitário no sistema do Código Processo Civil*, São Paulo: Justitia, 1973
- COELHO, Fabio Ulhoa, *Comentário à Lei de Falências e de recuperação de empresas*, 8ª ed., São Paulo: Saraiva, 2011
- COMPARATO, Fábio Konder, *O Poder de Controle da Sociedade Anônima*, 5ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2008
- Os Grupos Societários na Nova Lei de Sociedades por Ações*, in Revista de Direito Mercantil, nº 23, ano XV, 1976

- CORRÊA DE OLIVEIRA, José Lamartine, *A Dupla Crise da Pessoa Jurídica*, São Paulo: Saraiva, 1979
- COSTA, Ricardo Brito, *Recuperação judicial: é possível o litisconsórcio ativo?*, in Revista do Advogado – *Recuperação Judicial: temas polêmicos*, nº 105, Ano XXIX, São Paulo: AASP, Setembro de 2009;
- DAL POZZO, Antônio Araldo Ferraz, *Reflexões sobre o litisconsórcio*, in Revista Justitia, n. 116, janeiro/março de 1982. Disponível em: <<http://www.revistajustitia.com.br/revistas/y4dcxa.pdf>>. Acesso em: 25 de agosto de 2017
- DINAMARCO, Cândido Rangel, *Instituições de Direito Processual Civil*, São Paulo: Malheiros, 2009.
- Litisconsórcio*, 8ª ed., São Paulo: Malheiros, 2009
- DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcellos Carrilho, *Teoria Geral do Novo Processo Civil*, São Paulo: Malheiros, 2016
- EDIE, Elie Pierre, *Litisconsórcio Unitário: fundamentos, estrutura e regime*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016
- EIZIRIK, Nelson, *A Lei das S/A Comentada*, vol. 3, São Paulo: Quartier Latin, 2011
- ELIAS, Luis Vasco (coord.), *10 anos da lei de recuperação de empresas e falências – Reflexões sobre a reestruturação empresarial no Brasil*, São Paulo: Quartier Latin, 2015
- ENGRÁCIA ANTUNES, José Antunes, *A Responsabilidade da Empresa Multinacional*, in Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais, ano 15, vol. 58, out-dez/2012, pp. 205- 265.
- Estrutura e Responsabilidade da Empresa: O Moderno Paradoxo Regulatório*, Revista Direito GV, v. 1, n. 2, 2005.
- Grupos de Sociedades – Estrutura e Organização Jurídica da Empresa Plurissocietária*, Coimbra: Almedina, 1993.
- FILHO, Calixto Salomão, *O Novo Direito Societário*, 4ª edição, São Paulo: Malheiros, 2011
- GOMES DA CRUZ, José Raimundo, *Pluralidade de Partes e Intervenção de Terceiros*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991
- GUERREIRO, José Alexandre, *Regime jurídico do capital autorizado*, São Paulo: Saraiva, 1984
- LAMY FILHO, Alfredo e PEDREIRA, José Luiz Bulhões, *A Lei das S/A: Pressupostos, Elaboração, Aplicação*, vol. I, 3ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 1997.
- LEÃES, Luís Gastão Paes de Barros Leães, *Do direito do acionista ao dividendo*, São Paulo: Imprensa, 1969
- LOBO, Jorge Lobo, *Direito dos Grupos de Sociedades*, in Revista de Direito Mercantil, n. 107, Ano XXXVI, jul/set 1997
- LUCON, Paulo Henrique dos Santos, *Relação entre demandas*, Tese de Livre Docência, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2015
- LUDÍCIBUS, Sérgio de; MARION, José Carlos, *Curso de Contabilidade para não contadores*, 7ª ed., São Paulo: Atlas, 2011
- MACHADO, Sylvio Marcondes, *Limitação da responsabilidade do comerciante individual*, São Paulo: USP
- MEDINA, José Miguel Garcia de, *Litisconsórcio Necessário Ativo – interpretação e Alcance do art. 47, parágrafo único, do Código de Processo Civil*, in Revista dos Tribunais, vol. 777/2000, jul/2000
- MOREIRA, José Carlos Barbosa Moreira, *O litisconsórcio e seu duplo regime*, in Direito Processual Civil: estudos e pareceres. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971
- MUNHOZ, Eduardo Secchi, *Desconsideração da Personalidade Jurídica e Grupos de Sociedades*, in Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, nº 134, São Paulo: Malheiros, 2004

- NILVA M., Leonardi Antonio, *Direito recuperacional – aspectos teóricos e práticos*, São Paulo: Quartier Latin, 2009
- OLIVEIRA, José Lamartine Correia de, *Dupla Crise da Pessoa Jurídica*, São Paulo: Saraiva, 1979
- PONTES DE MIRANDA, Frederico Cavalcanti, *Tratado de Direito Privado*, v. 30. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.
- Comentários ao Código de Processo Civil*, Tomo II, Rio de Janeiro: Forense, 1973
- Comentários ao Código de Processo Civil*, Tomo IV, Rio de Janeiro: Forense, 1973
- PRADO, Viviane e, TRONCOSO, Maria C., *Análise do Fenômeno dos Grupos de Empresas na Jurisprudência do STJ*, Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais nº 40, 2008
- Conflitos de Interesses nos Grupo Societários*, São Paulo: Quartier Latin, 2006.
- Grupos Societários: Análise do Modelo da Lei 6.404/1976*, in Revista Direito GV, v. 1, n. 2, jun-dez 2005. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/9651/Viviane%20Muller%20Pra%20do.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em 20 de agosto de 2017
- SALLES DE TOLEDO, Paulo Fernando; SATIRO, Francisco (coord.), *Direito das Empresas em Crise: Problemas e soluções*, São Paulo: Quartier Latin, 2012
- SCAZILLI, João Pedro, *A confusão patrimonial no direito Societário*, São Paulo: Quartier Latin, 2015
- SICA, Heitor Victor Mendonça, *Três velhos problemas do processo litisconsorcial à Luz do CPC/2015*, in Revista de Processo, n. 256, vol. 41, 2016
- SATIRO DE SOUZA JR., Francisco e PITOMBO, Antonio Sérgio A. de Moraes, *Comentários à Lei de Empresas e Falência*, 2ª ed., São Paulo: RT, 2007.
- TAVARES GUERREIRO, José Alexandre, *Conflitos de Interesse entre Sociedade Controladora e Controlada e entre Coligadas, no Exercício do Voto em Assembléias Gerais e Reuniões Sociais* in Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro – RDM, nº 51, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983.
- TEPEDINO, Ricardo Cholbi, *Comentários ao art. 123, LRFE*, in Paulo F.C. Salles Toledo; Carlos Henrique Abrão (coord.), *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*, 4ª ed., São Paulo: Saraiva, 2010
- TESHEINENER, José Maria, *Situações subjetivas e processo*, in Revista de Processo, n. 107, jul/set 2002
- TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles, ABRÃO, Carlos Henrique (coord.), *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falências*, 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2007.
- TOMAZETTE, Marlon, *Curso de Direito Empresarial*. 5 ed. Vol. I. São Paulo: Atlas, 2013
- VALLADÃO A. N. F., Erasmo, e ADAMEK, Marcelo Vieira Von (coord.), *Temas de Direito Empresarial em homenagem ao professor Luiz Gastão Paes de Barros Leães*, São Paulo: Malheiros, 2014
- VARGAS, Manoel, *Grupos de Sociedades*, in BULHÕES PEDREIRA, José Luiz, e LAMY FILHO, Alfredo, *Direito das Companhias*, vol. II, Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- VASCONCELOS, Ronaldo, *Princípios Processuais da Recuperação Judicial*. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2012
- VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc, *Curso de Direito Comercial*, vol. 3, 2 ed, São Paulo: Malheiros, 2012
- VIO, Daniel de Ávila, *Ensaio sobre os Grupos de Subordinação, de Direito e de Fato, no Direito Societário Brasileiro*, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (Tese de Doutorado), 2014.
- WALD, Arnold, *A Empresa que Financia outras do mesmo Grupo não se caracteriza como Instituição Financeira*, in Revista de Direito Mercantil, n. 141, v. 45, jan/mar 2006

- WES JR., Edward J., *Substantive Consolidations in Bankruptcy: A Flow-of-Assets Approach*, 65 Cal. L. Rev. 720, 1977.
- XAVIER, José Tadeu Neves, *A teoria da desconsideração da personalidade jurídica no novo Código Civil*, in Revista de Direito Privado, vol. 10/2002, abr/jun2002
- YARSHELL, Flávio, e PEREIRA, Guilherme Setoguti J. (Coord.), *Processo Societário*, vol. II, São Paulo: Quartier Latin, 2015
- Matéria publicada pelo Valor Econômico em 05/09/2016 – “*Pedidos de Recuperação batem recorde no acumulado até agosto*”, disponível em: <http://www.valor.com.br/brasil/4699583/pedidos-de-recuperacao-judicial-batem-recorde-no-acumulado-ate-agosto>. Acesso em 12/09/2017

PARADOXOS DO TRATAMENTO PENAL À CORRUPÇÃO NO BRASIL

TARSILA FONSECA TOJAL

ORIENTADOR:
PROFESSOR DOUTOR LUCIANO ANDERSON DE SOUZA

NOTA DE INÍCIO

A presente tese de láurea foi apresentada como requisito de conclusão do curso de graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo no ano de 2017 e submetida à avaliação de banca examinadora constituída pelos Professores Luciano Anderson de Souza e Renato de Mello Jorge Silveira, sob orientação do primeiro. A versão original passou por revisão ortográfica. Por fim, o trabalho teve breves excertos reproduzidos nas obras TOJAL, Tarsila Fonseca. *A faceta revanchista do Estado no “combate à corrupção”*. In: SOUZA, Regina Cirino Alves Ferreira de (org.). *Intolerância e direito penal*. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, pp. 211-235, 2019; e BAZO, Andressa Loli; TOJAL, Tarsila Fonseca. *Lei Anticorrupção: Direito Administrativo Sancionador e sua interface com o Direito Penal*. *Revista de Direito Penal Econômico e Compliance*, São Paulo, ano 1, v.1, pp. 165-184, jan./mar. 2020.

1. INTRODUÇÃO

A corrupção é um fenômeno cada vez mais presente na agenda especializada e midiática, seja por causa dos inúmeros escândalos que se sucedem e povoam os noticiários, seja pelo movimento de recrudescimento da legislação nacional e internacional. Desnecessário dizer que o tema – pelo menos entre nós – não é novo, pelo contrário, uma vez que diz respeito à própria compreensão de coisa pública que orientou a formação do Estado Nacional brasileiro, marcada pelo patrimonialismo.

O chamado *combate à corrupção*, nesse contexto, revela-se como um dos principais movimentos jurídico-penais do cenário atual. Tido como essencial ao Estado Democrático de Direito, busca “expurgar” aquilo que é considerado um “câncer” da vida pública: o auferimento de vantagens indevidas por funcionários públicos, por meio do exercício distorcido de suas funções, e em detrimento do interesse da coletividade.

Evidentemente, esse processo traz, como nota característica, a ocorrência de contradições. Nessa perspectiva, o tema objeto desta monografia pode ser apresentado pela discussão em torno dos paradoxos – ou, ao menos, três deles – no tratamento da corrupção no contexto brasileiro.

Com efeito, muito ainda há que se estudar sobre a forma com que o tipo jurídico-penal “corrupção” é compreendido pela realidade forense e carcerária. Apesar de sua constante presença nos meios midiáticos e da grande repercussão dos casos envolvendo corrupção, há uma aparente desimportância desse tipo no mundo dos processos e dos presídios, algo que pode ser comprovado estatisticamente, revelando uma primeira contradição a ser explorada na pesquisa.

Esse contraste é ainda mais visível se a corrupção é comparada a outros tipos penais, em especial a crimes patrimoniais, muito embora a presença de uma *vantagem indevidamente auferida* pelo agente ativo seja um denominador comum entre todos eles. Há, assim, essa segunda contradição, que se revela pela aparente desigualdade de tratamento entre esses tipos penais, o que a pesquisa também buscará analisar com maior vagar.

Impende, destarte, que se estude, por exemplo, como os princípios relativos à atipicidade material da conduta delitiva são aplicados pelos juízes no plano da corrupção passiva (caso do princípio da adequação social) e, comparativamente, no âmbito dos crimes patrimoniais (hipótese do princípio da insignificância). A esse propósito, pode-se afirmar, desde já, que a aplicação do princípio da insignificância é sumariamente afastada em processos relativos a crimes patrimoniais, sendo uma das principais argumentações justificadoras a suposição de que se trata de um princípio inexistente na legislação brasileira. Já no caso da corrupção passiva, há de se verificar a margem de aplicação do princípio da adequação social e quais os limites estabelecidos pela doutrina e pela jurisprudência para se verificar a materialização do crime. Consequentemente, forçoso é demonstrar se o tratamento destinado àqueles que cometem corrupção é mais garantista do que o destinado àqueles que cometem furtos, por exemplo.

O tratamento destinado à corrupção, pois, pode ser explorado como forma de demonstrar a enorme seletividade do direito penal. Parece, de fato, extremamente sintomático o fato de a corrupção não ser representativa nos âmbitos forense e carcerário, bem como estar sujeita a um tratamento mais garantista com relação aos crimes patrimoniais.

Sem embargo, há ainda uma terceira contradição que a pesquisa visa explorar: o contraste entre o pretendido (e amplamente divulgado) tratamento recrudescido destinado à corrupção e as inúmeras formas de penas alternativas,

possibilitadas inclusive pelo estabelecimento de delações premiadas e acordos de leniência, algo que não corresponderia, em tese, ao movimento punitivista voltado ao crime de corrupção.

Posto isso, salta a toda evidência a necessidade de estudar o crime de corrupção para além do que é apresentado pela imprensa e pelo próprio senso comum dos juristas especializados. Da mesma forma, cumpre que se vá além do que é entendido como o *movimento de combate à corrupção*.

O fato é que a corrupção, como se afirmou, constitui um grave problema a acometer as estruturas políticas. Da mesma forma, é notório o crescente recrudescimento repressor, suportado e fomentado por ampla pressão social, especialmente midiática. Todavia, o seu efetivo enfrentamento aparenta ser relativamente discreto, longe do “combate” implacável – muitas vezes desarrazoado, não raro inconstitucional – tão reivindicado ou sugerido pelas soluções institucionais formuladas.

O *movimento de combate à corrupção*, por seu turno, ainda possui diversos aspectos que, se devidamente analisados, têm o potencial de revelar paradoxos irreparáveis acerca da recente onda de punitivismo contra corruptores e corrompidos. E essa série de contradições talvez indique uma verdadeira hipocrisia na forma com que se lida com o tema.

Neste passo, uma última advertência se impõe: é inegável que essa discussão desborda do campo de atuação do direito, que pode se mostrar incapaz de trazer respostas a um dilema, antes de mais nada, político e social.

Ao direito penal, então, resta apenas expor essa realidade. Por um lado, aponta as situações em que o discurso jurídico-penal, negando o seu próprio escopo e racionalidade, esconde e justifica o mero sentimento de revanchismo. De outro, contudo, demonstra que esse mesmo discurso combativo, pretensamente tão legítimo, carece de maior efetividade. Em outras palavras, cuida-se de um discurso que se resolve em si mesmo.

1. A CORRUPÇÃO E SUA DIMENSÃO JURÍDICA

O termo “corrupção” apresenta-se à sociedade através de inúmeras facetas, desde político-sociais até jurídico-legais¹, ou mesmo desde leigas até técnicas. E essas facetas ou percepções conferem ao termo um considerável grau de complexidade, especialmente se há uma eventual sobreposição entre elas.

1 SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Reflexões pontuais sobre a interpretação do crime de corrupção no Brasil à luz da APn 470/MG*, Revista dos Tribunais, 2013, São Paulo, v. 102, p. 48.

Sendo assim, qualquer abordagem ao tema deve, primeiramente, especificar o que irá se entender por corrupção, caso contrário corre-se o risco de confundir o interlocutor, que, desavisado, pode interpretar com lentes técnicas uma abordagem leiga, por exemplo, algo que indubitavelmente será prejudicial para o estabelecimento de qualquer tipo de debate.

Neste capítulo, portanto, antes que se promova qualquer discussão acerca do tratamento jurídico dado à corrupção no Brasil, impõe-se compreender o sentido amplo de corrupção. Assim, cuidar-se-á de abordar algumas perspectivas não jurídicas sobre o tema para que, posteriormente, possa ser tratada a perspectiva jurídica, incluindo-se a análise típica dos crimes de corrupção passiva e ativa segundo a lei brasileira.

1.1. CORRUPÇÃO EM SENTIDO AMPLO

A origem etimológica do termo “corrupção”, de acordo com o *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*², deriva do latim *corrupto*, que significa deterioração. Daí, têm-se os diversos significados da palavra, entre os quais:

1. Deterioração, decomposição física, orgânica de algo; putrefação.
2. Modificação, adulteração das características originais de algo.
3. fig. Depravação de hábitos, costumes etc.; devassidão.
4. Ato ou efeito de subornar uma ou mais pessoas em causa própria ou alheia, geralmente com oferecimento de dinheiro; suborno.
5. Emprego, por parte de grupo de pessoas de serviço público e/ou particular, de meios ilegais para, em benefício próprio, apropriar-se de informações privilegiadas, geralmente acarretando crime de lesa-pátria.³

Destarte, percebe-se que, longe de descrever somente o processo de deterioração física ou orgânica de algum objeto ou material, o termo “corrupção” pode adquirir um cunho moral, vinculado à ideia de devassidão e qualquer depravação de hábitos. O “corrupto”, nesse sentido, pode ser qualquer pessoa desonesta ou mal-intencionada⁴, inclusive aquela que se utiliza genericamente do suborno para atingir determinados fins. O fenômeno social da corrupção,

2 HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*, Rio de Janeiro, Editora Objetiva, 2001, p. 848.

3 A definição jurídica dada pelo dicionário (“6. jur. *Disposição apresentada por funcionário público de agir em interesse próprio ou de outrem, não cumprindo com suas funções, prejudicando o andamento do trabalho etc.; prevaricação*”) não foi incluída no rol por não parecer a mais acertada. A descrição jurídica da corrupção será tratada no próximo subcapítulo deste trabalho.

4 SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Reflexões pontuais sobre a interpretação do crime de corrupção no Brasil à luz da APn 470/MG*, Revista dos Tribunais, 2013, São Paulo, v. 102, p. 47-59.

consequentemente, não diz respeito apenas a crimes contra a Administração Pública e não corresponde exatamente à noção jurídica de corrupção, a ser analisada no próximo subcapítulo.

Enquanto fenômeno social, um dos modelos de análise para descrever a corrupção é o desenvolvido por Gambetta, e explorado por Gisbert, baseado na relação “*agente-principal*”⁵. Trata-se de um modelo muito utilizado pela Economia e pela Sociologia, apesar de também ser útil para a compreensão do viés jurídico do fenômeno da corrupção. De acordo com ele, consideram-se três elementos basilares da corrupção: (a) o sujeito, individual ou coletivo, que confia a um terceiro a gestão de certos recursos (*truster – T*), (b) o agente que recebe os recursos a serem geridos (o fiduciário – F) e (c) o indivíduo cujos interesses particulares dependem da quebra dessa relação de confiança previamente estabelecida (o corruptor – C). A dinâmica da corrupção, nesse sentido, se daria no momento em que F rompe efetivamente sua relação de confiança com T em troca de algum benefício conferido por C, sob a promessa de realizar ou deixar de realizar determinada conduta. A noção de confiança, pois, é fundamental para a compreensão da corrupção.

Ainda, a dinâmica da corrupção depende num primeiro momento de um “jogo de aparências” para que haja a quebra de confiança sem que os responsáveis sejam punidos, o que significa que o ato de corrupção deve ser mantido em segredo. Contudo, à medida em que a corrupção torna-se prática generalizada dentro de uma comunidade ou de uma instituição, é suficiente a mera hipocrisia de todos os agentes envolvidos.

Esse mesmo modelo de análise “*agente-principal*” é muito utilizado, inclusive, para descrever o fenômeno da corrupção em sua modalidade política. Gisbert aponta que, em um sistema democrático, T é em última instância o povo, afinal a cadeia de confiança entre *fiduciários* e *trusters* pode ser extensa até chegar a ele. Assim, a corrupção política terá o mesmo desenho que o traçado por Gambetta: ocorrerá quando um político (F), tido como gestor de interesses dentro de uma relação de confiança com o povo (direta ou indiretamente), quebrar suas normas de conduta para obter benefícios pessoais, negociados e pagos por um terceiro corruptor⁶.

5 GISBERT, Rafael Bustos. *Corrupción política y derecho*, in SILVA FRANCO, Alberto, NUCCI, Guilherme de Souza (org.), *Doutrinas Essenciais – Direito Penal*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2011, v. IV, p. 983.

6 GISBERT, Rafael Bustos. *Corrupción política y derecho*, in SILVA FRANCO, Alberto, NUCCI, Guilherme de Souza (org.), *Doutrinas Essenciais – Direito Penal*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2011, v. IV, p. 986-987.

Em outras palavras, no frígido dos ovos, a corrupção política é uma quebra de confiança entre um governante e seus governados/ representados.

1.2. DESCRIÇÃO JURÍDICA DA CORRUPÇÃO

Estabelecido o conceito amplo de corrupção, bem como a noção de corrupção política de Gisbert, faz-se necessário delimitar sua dimensão jurídica, especialmente dentro do contexto penal brasileiro.

Primeiramente, forçoso é referir, como pressuposto lógico, a dicção do texto constitucional quando se ocupa dos princípios que orientam a Administração Pública. Lê-se, com efeito, no *caput* do artigo 37 da Constituição Federal:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (...).

Bem se vê que o legislador constituinte alçou à condição privilegiada a moralidade no âmbito da Administração Pública, tutelando o exercício da função pública segundo as exigências de probidade.

Especificamente do ponto de vista jurídico-penal⁷, de acordo com a doutrina de Salvador Netto, a corrupção tem como denominador comum dois aspectos: (a) a invasão da esfera pública pela esfera privada, dos interesses da coletividade pelos interesses do indivíduo, invasão essa que atenta contra a Administração Pública e os princípios a ela relacionados, e (b) a mercantilização da função pública com o escopo de obter algum tipo de vantagem, o que Hungria denominou “venalidade da função pública”⁸.

Assim, percebe-se que a corrupção, sob a perspectiva jurídica, não é cometida somente por políticos, apesar de igualmente relacionada à irrupção indevida do público pelo particular. A dimensão jurídica da corrupção volta-se a variados atos que firmam a Administração Pública ao colocarem-na à mercê de interesses particulares, utilizando-a como moeda de troca. Portanto, mesmo um funcionário público cuja função esteja totalmente desvinculada de qualquer movimento político-partidário – e, aliás, qualquer cidadão comum – pode cometer um ato de corrupção. A corrupção exercida por governantes contra seus representados é somente uma das manifestações da corrupção no mundo jurídico.

7 Este trabalho não cuidará de tipos penais secundários que abordem a noção genérica de corrupção, tais como a corrupção de menor (art. 218 do Código Penal), a corrupção de produtos destinados a fins terapêuticos ou medicinais (art. 273 do Código Penal), entre outros.

8 SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Reflexões pontuais sobre a interpretação do crime de corrupção no Brasil à luz da APn 470/MG*, Revista dos Tribunais, 2013, São Paulo, v. 102, p. 48.

Mais bem definida a corrupção e já bem delimitada a noção de corrupção jurídica, uma questão que vem à tona é quanto ao marco normativo de referência, ou seja, aquilo que determinará a quebra da relação de confiança entre, no caso da corrupção, o agente público e o povo, ferindo suas normas de conduta⁹.

E, muito embora o termo “corrupção”, como supramencionado, também possa carregar uma alta carga de moralidade, em um Estado de Direito sua definição jurídica não pode estar atrelada à simples moral coletiva. Assim sendo, faz-se imprescindível a análise das normas jurídicas que tratam da corrupção. É certo que nem sempre o texto da lei é nítido, podendo, ao contrário, ser obscuro, controvertido ou até indefinido, mas é indubitavelmente o ponto de partida para a compreensão de qualquer elemento do universo do direito.

1.3. OS ARTIGOS 317 E 333 DO CÓDIGO PENAL

A corrupção é tipificada como crime pelo direito brasileiro e é prevista no Código Penal atual enquanto dois tipos penais distintos, sendo em ambos a pena prevista de reclusão de 2 a 12 anos e multa: (a) o art. 317, de corrupção passiva, crime próprio contra a Administração Pública, cometido por funcionário público, e (b) o art. 333, de corrupção ativa, crime de particular contra a Administração Pública.

1.3.1. CORRUPÇÃO PASSIVA (ART. 317 DO CP)

No que diz respeito à corrupção passiva, o artigo 317 do CP estabelece o seguinte:

Art. 317 – Solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa.

§ 1º – A pena é aumentada de um terço, se, em consequência da vantagem ou promessa, o funcionário retarda ou deixa de praticar qualquer ato de ofício ou o pratica infringindo dever funcional.

§ 2º – Se o funcionário pratica, deixa de praticar ou retarda ato de ofício, com infração de dever funcional, cedendo a pedido ou influência de outrem:

Pena – detenção, de três meses a um ano, ou multa.

9 GIBBERT, Rafael Bustos. *Corrupción política y derecho*, in SILVA FRANCO, Alberto, NUCCI, Guilherme de Souza (org.), *Doutrinas Essenciais – Direito Penal*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2011, v. IV, p. 986-988.

O *caput* do artigo 317 define a corrupção passiva como mercancia do exercício da função pública cometida pelo funcionário público ao solicitar, receber ou aceitar vantagem indevida em razão de sua função. O dispositivo caracteriza o delito como crime formal (consumado no momento da prática da conduta descrita no tipo, independentemente da concretização do resultado esperado), próprio (praticado por agente definido em lei) e instantâneo (que não se projeta no tempo). Ademais, com base nos núcleos do tipo penal, entende-se que basta a solicitação, o recebimento ou a aceitação, pelo funcionário público, da vantagem indevida para que ele desrespeite o art. 317 do CP¹⁰. A corrupção passiva independe, portanto, da intenção do agente de praticar a ação ou a abstenção relacionada à vantagem, sendo igualmente irrelevante sua efetiva realização para que se cometa o delito¹¹.

De forma a completar a definição acima, faz-se útil colacionar a doutrina de Luciano Anderson de Souza, que retoma a etimologia da palavra corrupção, ligada à ideia de deterioração, e estabelece que “*corrupto (...) é o agente que faz uso de sua função pública para atender finalidade distinta do interesse público, degradando a autoridade de que foi revestido em proveito próprio ou de terceiro*”¹².

Diferentemente da hipótese prevista no *caput*, os parágrafos do artigo 317 do Código Penal referem-se a situações em que o agente público efetivamente pratica, ou deixa de praticar, determinadas condutas em consequência do recebimento ou da promessa de vantagem indevida, cuidando de causa de aumento de pena e da forma privilegiada da corrupção passiva respectivamente.

No caso da causa de aumento de pena, disposta no parágrafo 1º no art. 317, após estabelecido o acordo espúrio, o funcionário atenta concretamente contra a máquina pública ao retardar ato de ofício, deixar de praticá-lo ou praticá-lo infringindo dever funcional.

Na forma privilegiada, por sua vez, não se obtém vantagem indevida; a infração de dever funcional dá-se em decorrência de mero pedido ou influência, o que atenua a ideia de mercancia do exercício da função pública. Portanto, o intervalo de pena estabelecido nesse caso é consideravelmente menor: de três meses a um ano, ou multa.

10 SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *O crime de corrupção no direito penal brasileiro*, Valor Econômico, São Paulo, p. A6, 26 set. 2012.

11 WUNDERLICH, Alexandre. *Dos crimes contra a Administração Pública*, in ESTELLITA, Heloisa, RODRIGUEZ, Víctor Gabriel, TEIXEIRA DE AZEVEDO, David, WUNDERLICH, Alexandre e REALE JÚNIOR, Miguel (org.), *Direito Penal: Jurisprudência em debate – Crimes contra a Administração Pública e Crimes contra a Administração da Justiça*, Rio de Janeiro, Editora GZ, 2013, v. 4, p. 36.

12 SOUZA, Luciano Anderson de. *Corrupção: novos desafios jurídico-penais em torno de um antigo grave problema* in SILVEIRA, Renato de Mello Jorge, PASCHOAL, Janaína Conceição (org.) *Livro Homenagem a Miguel Reale Júnior*, Rio de Janeiro, GZ, 2014, p. 341-360.

Por fim, reitera-se que, para que sejam praticadas as modalidades previstas nos parágrafos do art. 317, deve haver uma verdadeira infração do dever funcional, o que significa que, caso o ato de ofício praticado pelo funcionário esteja de acordo com a lei, ele não comete essas modalidades do crime de corrupção passiva¹³.

1.3.2. CORRUPÇÃO ATIVA (ART. 333 DO CP)

Já o crime de corrupção ativa vem previsto no art. 333 do CP:

Art. 333. Oferecer ou prometer vantagem indevida a funcionário público, para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa.

Parágrafo único – A pena é aumentada de um terço, se, em razão da vantagem ou promessa, o funcionário retarda ou omite ato de ofício, ou o pratica infringindo dever funcional.

A corrupção ativa, assim, é um crime comum, uma vez que não exige nenhuma qualidade específica do sujeito ativo. Aliás, os termos “corrupção ativa e passiva” não têm nenhuma relação com a noção de sujeito ativo ou passivo do crime, mas sim com o fato de o autor agir enquanto corrompido (*intraneus*) ou corruptor (*extraneus*), isto é, dentro ou, enquanto terceiro, fora da máquina pública¹⁴.

Da mesma forma que o crime da corrupção passiva, o de corrupção ativa também é formal, sendo a eventual prática do ato de ofício pelo funcionário corrompido (ou sua abstenção) mero exaurimento do tipo, sem prejuízo de sua consideração para fins de aumento de pena, tal como previsto no parágrafo único do art. 333 do Código Penal.

No que tange ao *caput*, a consumação de corrupção ativa dependerá somente da oferta ou da promessa de vantagem indevida, o que torna o crime também instantâneo, uma vez que essas condutas não se estendem no tempo.

1.3.3. BEM JURÍDICO TUTELADO

Tanto no crime de corrupção ativa quanto no de corrupção passiva, o bem jurídico tutelado é tradicionalmente tido como a própria Administração Pública, especialmente sua probidade, algo que pode aparentar aos menos avisados estar circunscrito à Administração Pública nacional¹⁵.

13 SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo, *Reflexões pontuais sobre a interpretação do crime de corrupção no Brasil à luz da APn 470/MG*, Revista dos Tribunais, 2013, São Paulo, v. 102, p. 49.

14 SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *A ideia penal sobre a corrupção no Brasil: da seletividade pretérita à expansão dos horizontes atual* in, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 89, mar./abr. 2011, p. 11.

15 SOUZA, Luciano Anderson de. *Corrupção: novos desafios jurídico-penais em torno de um antigo grave problema* in SILVEIRA, Renato de Mello Jorge, PASCHOAL, Janaína Conceição (org.) *Livro Homenagem a Miguel Reale Júnior*, Rio de Janeiro, GZ, 2014, p. 346.

De toda forma, se em um primeiro momento o bem jurídico tutelado nos crimes de corrupção se restringia às Administrações Públicas de cada Estado, pode-se afirmar que, gradativamente, essa compreensão foi estendida para o âmbito internacional, bastando referir a promulgação, em 1996, da Convenção Interamericana contra a Corrupção, cujo art. 6º ampliou o conceito de corrupção para além dos limites da Administração Pública nacional.

Atualmente, pode-se dizer, ainda, que o grau de complexidade do delito é tão maior que atinge até a esfera transnacional. Luciano Anderson de Souza menciona, a título de exemplo, a legislação britânica a respeito: o Bribery Act de 2010, que promoveu um enorme recrudescimento da pena ao crime de corrupção. Nessa lei primária, o tema é abordado de forma a tutelar não somente a Administração Pública interna e externa, como também as organizações supranacionais, extravasando os limites do Estado Nacional. Tanto assim que o Bribery Act ampliou a competência dos tribunais britânicos nos casos de crimes de corrupção, tornando suficiente a existência de alguma vinculação do fato a empresas inglesas para que juízes ingleses conheçam da matéria.

Ainda, a corrupção é pauta de discussão nas próprias organizações internacionais, que passaram a se mobilizar para garantir melhores mecanismos de prevenção, investigação e repressão a esse delito, inclusive através do estabelecimento de medidas de cooperação internacional para tanto. A Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 31 de outubro de 2003 e assinada pelo Brasil em 9 de dezembro do mesmo ano, é um exemplo da pressão internacional exercida sobre os Estados-membros para adequarem o tratamento conferido à corrupção às exigências internacionais.

Sendo assim, percebe-se que, muito embora se entenda que o bem jurídico tutelado pelo tipo penal da corrupção passiva e ativa seja a probidade da Administração Pública, essa noção vem sofrendo adaptações decorrentes da crescente complexidade da noção de corrupção e da consequente preocupação transnacional a seu respeito.

1.3.4. CORRUPÇÃO E BILATERALIDADE

Por outro lado, a doutrina discute a suposta bilateralidade dos tipos de corrupção passiva e ativa, isto é, acerca da exigência, ou não, de uma interdependência (um concurso necessário) entre esses tipos.

Demonstrando-se a relação de bilateralidade, chegar-se-ia à conclusão de que uma condição para a consumação do crime de corrupção passiva seria a igual consumação do crime de corrupção ativa, e vice-versa. Nesse caso, con-

figurar-se-ia crime, por exemplo, a hipótese de um sujeito oferecer vantagem indevida a funcionário público para que praticasse determinado ato de ofício (violando o art. 333 do CP), e o funcionário, a seu turno, aceitasse a promessa de tal vantagem (violando art. 317 do CP). Contudo, não haveria qualquer crime se, mesmo feita a oferta, o funcionário público não a aceitasse.

Na obra *Direito Penal: Jurisprudência em debate – Crimes contra a Administração Pública e Crimes contra a Administração da Justiça*, Alexandre Wunderlich defende a existência de uma relação de bilateralidade, o que, segundo ele, é inerente à descrição típica da corrupção passiva e da ativa¹⁶. E, apesar de a jurisprudência não ser coesa, apoia-se na seguinte decisão do STJ a esse respeito:

1. Nas formas de ‘dar’ e ‘receber’ – como também de ‘prometer’ e ‘aceitar promessa’ –, os tipos penais da corrupção ativa e passiva são interdependentes, ainda que o legislador tenha definido cada conduta em figura autônoma. Trata-se de hipótese de concurso necessário – diz-se necessário porque integra a própria definição típica, diferentemente do concurso eventual do artigo 29 do CP.

(STJ, REsp nº 440.106, 6ª Turma, Rel. Min. Paulo Medina, j. 24/04/2005).

Não obstante a interpretação referida, de que os crimes de corrupção seriam bilaterais, parece mais correto afirmar que tais crimes sejam unilaterais, podendo apenas eventualmente ocorrer em bilateralidade. De acordo com Luciano Anderson de Souza, apesar de existir uma identidade no bem jurídico tutelado por esses tipos penais, eles são independentes¹⁷, o que também é defendido por Salvador Netto¹⁸. E, de fato, a inexistência de bilateralidade parece confirmada pelo fato de os crimes serem ambos formais e instantâneos, além de não haver qualquer menção à bilateralidade na lei, implícita ou explícita, o que por si só já é significativo.

Assim, por serem crimes formais, entende-se que há consumação no momento da prática de qualquer das condutas previstas nos tipos, independentemente da verificação do resultado desejado pelo agente. No caso da corrupção

16 WUNDERLICH, Alexandre. *Dos crimes contra a Administração Pública*, in ESTELLITA, Heloisa, RODRIGUEZ, Víctor Gabriel, TEIXEIRA DE AZEVEDO, David, WUNDERLICH, Alexandre e REALE JÚNIOR, Miguel (org.) *Direito Penal: Jurisprudência em debate – Crimes contra a Administração Pública e Crimes contra a Administração da Justiça*, Rio de Janeiro, Editora GZ, 2013, v. 4, p. 39 e ss.

17 SOUZA, Luciano Anderson de. *Corrupção: novos desafios jurídico-penais em torno de um antigo grave problema* in SILVEIRA, Renato de Mello Jorge, PASCHOAL, Janaina Conceição (org.) *Livro Homenagem a Miguel Reale Júnior*, Rio de Janeiro, GZ, 2014, p. 344.

18 SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Reflexões pontuais sobre a interpretação do crime de corrupção no Brasil à luz da Apn 470/MG*, Revista dos Tribunais, 2013, São Paulo, v. 102, p. 50.

passiva, por exemplo, basta a mera solicitação da vantagem para que seja cometido o delito, sendo irrelevante a aceitação ou não da proposta por terceiro. Por essa razão, até a tentativa seria possível caso a proposta fosse feita de forma escrita, por missiva interceptada antes de chegar ao conhecimento do destinatário.

Ainda, a instantaneidade de ambos os crimes parece confirmar sua autonomia, uma vez que permite a prisão em flagrante do agente logo quando da prática de quaisquer das condutas previstas no texto penal, não sendo imprescindível a prática de corrupção passiva para configurar corrupção ativa e vice-versa¹⁹.

1.3.5. O ATO DE OFÍCIO

A última questão a ser destacada, pelo menos por enquanto, é a natureza do ato de ofício a ser negociado nos crimes de corrupção. Em primeiro lugar, porque os parágrafos do artigo 317 e *caput* do artigo 333 do Código Penal não explicitam o tipo de ato que compreende a corrupção passiva e a ativa. A mercancia do exercício da função pública não necessariamente pode significar uma efetiva *infração de dever funcional* ao realizar (ou deixar de realizar) ato de ofício.

Como será mais bem analisado posteriormente, no caso da AP nº 470/MG, a vantagem indevida estava relacionada ao poder de decisão dos parlamentares que vendiam seus votos contra ou a favor de projetos de lei em troca de uma vantagem pecuniária. Contudo, o ato de votar a favor ou contra uma lei é lícito e inerente à função do parlamentar. Salvador Netto, sobre essa questão, pontua:

A corrupção aqui, portanto, não recai na ilicitude do ato praticado, mas a peita contamina o processo de tomada de decisão, na qual a convicção do homem público em favor do interesse público é substituída pela decisão oportunista do homem público em favor de seu interesse particular²⁰.

Ademais, existe a discussão sobre a vinculação ou não da corrupção a um ato específico de ofício, o que trará mais objetividade ou subjetividade ao tipo²¹. De acordo com a doutrina tradicional, tanto a corrupção passiva como a ativa estão vinculadas a um ato de ofício específico a ser realizado pelo funcionário corrompido, e não pela potencialidade de se praticarem atos de ofício. Todavia, há ainda, principalmente hoje, muitas questões em aberto acerca da

19 SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *O crime de corrupção no direito penal brasileiro*, Valor Econômico, São Paulo, p. A6, 26 set. 2012.

20 SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Reflexões pontuais sobre a interpretação do crime de corrupção no Brasil à luz da APn 470/MG*, Revista dos Tribunais, 2013, São Paulo, v. 102, p. 50.

21 SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Reflexões pontuais sobre a interpretação do crime de corrupção no Brasil à luz da APn 470/MG*, Revista dos Tribunais, 2013, São Paulo, v. 102, p. 51.

especificidade do ato de ofício relacionado à mercantilização da função pública, o que também será retomado aqui em momento oportuno.

2. O ATUAL QUADRO PUNITIVO DA CORRUPÇÃO: O PRIMEIRO PARADOXO

2.1. O DELÍRIO SENSACIONALISTA: MÍDIA E CORRUPÇÃO. UMA DESCRIÇÃO SOCIAL DO CRIME

Como mencionado anteriormente, o termo “corrupção” pode ser interpretado através de diversas lentes, entre elas a jurídica. Sucede, todavia, que mesmo essa descrição jurídica da corrupção não está restrita aos tribunais, aos escritórios de advocacia e às faculdades de direito; ela é diariamente utilizada pelos meios midiáticos e, conseqüentemente, essa faceta específica da corrupção ganha um papel de destaque no cotidiano da população. Trata-se, por um lado, de uma acessibilidade ao tema, uma vez que amplia o debate a seu respeito, mas é igualmente necessário pesquisar algumas de suas conseqüências e verificar em que medida essa atenção destinada ao crime de corrupção é lastreada em dados concretos e representativos da realidade brasileira. Sem que haja esse tipo de questionamento, a crescente abordagem midiática acerca da corrupção tem o potencial de se tornar uma atividade meramente especulativa, no lugar de informativa, o que é deletério para seu verdadeiro e democrático debate. Além disso, pode ensejar um tratamento penal à corrupção ineficiente, além de uma lógica de violação dos direitos humanos dos investigados e acusados.

Silveira, ao traçar a historiografia da corrupção no âmbito internacional e no brasileiro²², identifica que é nos anos 1990 que os efeitos danosos desse crime são de fato compreendidos pela comunidade internacional, momento a partir do qual se passam a adotar medidas para lidar com esse fenômeno.

Dessa feita, não por acaso, a percepção da corrupção como fenômeno endêmico ganhou um novo tipo de repercussão no Brasil durante a Era Collor, logo nos primeiros anos da década de 90, tanto que o então presidente sofreu a perda de apoio político e foi afastado do governo por um processo de *impeachment*. Nessa mesma toada, sucedem-se diferentes “escândalos de corrupção”,

22 SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *A ideia penal sobre a corrupção no Brasil: da seletividade pretérita à expansão dos horizontes atual* in, *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 89, mar./abr. 2011, p. 410.

sendo os mais notórios os recentes Mensalão e o inicialmente²³ denominado Petrolão, alvo da Operação Lava-Jato.

A ampla cobertura desses chamados “escândalos” pelos meios de comunicação, além de já ser perceptível pelo senso comum, pode também ser facilmente demonstrada. Ao acessar o *site* de uma das maiores revistas semanais do Brasil, a *Veja*, encontra-se de pronto, na barra de busca superior direita, o *link* “Lava Jato”, curiosamente ao lado do *link* referente ao campeonato latino-americano anual de futebol²⁴.

Ademais, através do acervo da revista²⁵, é possível verificar que a frequência com que o crime de corrupção estampa a capa de suas edições é enorme: em 2016, 27 das 53 edições da *Veja* continham na capa expressamente os termos “delação” (ou a variante “delator”), “Lava-Jato”, “propina” e/ou “corrupção”, fazendo referência à Lava-Jato ou simplesmente ao crime de corrupção em geral, não necessariamente relacionado àquela operação²⁶. As palavras “delator” ou “delação” foram localizadas 14 vezes²⁷, o mesmo número que o termo “Lava-Jato”²⁸. “Propina” e “corrupção” foram, por sua vez, verificados 5 e 4 vezes, respectivamente²⁹.

Luciano Anderson de Souza, ao abordar a divulgação da AP nº 470 (o “escândalo do Mensalão”), estabelece uma relação entre esse apelo midiático à corrupção e o fato de seus agentes serem geralmente detentores de poder político e econômico:

O inusitado na percepção popular, revelado pelos meios de comunicação, encontra-se no fato do processo criminal em foco envolver os chamados “poderosos”, no sentido geral de implicar criminalmente detentores de poder político ou econômico, em contraponto aos envolvidos na criminalidade dita “de massas” que estatisticamente dominam os tribunais e os presídios do país³⁰.

23 Diz-se “inicialmente”, porque o primeiro alvo da Operação Lava-Jato vem se ampliando, para atingir outros segmentos da Administração Pública.

24 <http://veja.abril.com.br/>. Acesso em: 12 mar. de 2017.

25 <https://acervo.veja.abril.com.br/index.html#/editions>, acessado em 12.03.2017.

26 Edições de 21/12, 14/12, 07/12, 30/11, 23/11, 02/11, 26/10, 05/10, 28/09, 14/09, 31/08, 24/08, 10/08, 20/07, 13/07, 06/07, 22/06, 15/06, 08/06, 01/06, 25/05, 18/05, 06/04, 23/03, 09/03, 27/01 e 13/01, todas do ano de 2016.

27 Edições de 21/12, 14/12, 30/11, 02/11, 26/10, 05/10, 31/08, 24/08, 10/08, 15/06, 08/06, 01/06, 23/03 e 09/03.

28 Edições de 07/12, 02/11, 05/10, 28/09, 14/09, 20/07, 13/07, 06/07, 22/06, 15/06, 01/06, 06/04, 23/03, 27/01 e 13/01.

29 O termo “propina” nas edições de 30/11, 26/10, 05/10, 31/08 e 08/06 e o termo “corrupção” nas edições de 23/11, 02/11, 25/05, 18/05.

30 SOUZA, Luciano Anderson de. *A essência da Ação Penal nº 470: o crime de corrupção*, Letrado, 2013, v. 101, p. 26-27.

A repetitiva cobertura midiática do crime de corrupção tem como um de seus efeitos a retroalimentação da ideia de que esse crime deve ser veementemente “combatido” pelas instâncias de controle, sejam legislativas, judiciárias ou policiais. Afinal, essa ampla divulgação, muitas vezes permeada de sensacionalismo, tem o condão de instigar o movimento reativo da população, que se indigna com essa deturpação da função pública, e tende a pender para uma postura extremamente punitivista.

Posto isso, é importante frisar desde logo que o uso do termo “combate” pode ser extremamente problemático, pois remete à ideia de que tudo é válido contra a corrupção, dentro da lógica duvidosa de que os fins justificam os meios. Contudo, deve-se atentar para o fato de que, em um Estado Democrático de Direito, há sempre regras a serem respeitadas pelas autoridades públicas, especialmente regras jurídicas³¹. A exigência por moralidade pública não poderia mitigar os fundamentos do Estado de Direito e dotar o Estado de uma força arbitrária e desproporcional, o que justifica a inadequação do apelo ao termo “combate à corrupção”, embora ele já esteja praticamente sedimentado no linguajar da sociedade brasileira.

O fato é que a forma com que a sociedade e a mídia veem a corrupção também é significativa para que esse “combate” se concretize na forma de recrudescimento punitivo.

Mas até que ponto esse sentimento presente na sociedade, frequentemente traduzido por uma exigência de “basta à impunidade” e sua permanente reverberação midiática, encontra ressonância no ambiente judicial e no carcerário? Dito de outro modo, a realidade desses dois mundos, os tribunais e as prisões, re-produzem empiricamente essa “combatividade” reclamada pela sociedade civil?

As respostas a essas indagações são cruciais para identificar a real importância dos crimes de corrupção para o direito brasileiro, visto além dos limites da lei positiva.

A hipótese que se pretende demonstrar é a de que, em realidade, inco-re uma perfeita correspondência entre o sentimento punitivo presente na sociedade e a realidade da repressão institucional às práticas corruptivas. Este é, pois, o primeiro paradoxo do tratamento penal destinado à corrupção no Brasil.

2.2. RECRUDESCIMENTO PUNITIVO

A relação entre a mídia e o recrudescimento punitivo voltado à corrupção foi muito bem formulada por Hassemer em conferência realizada no IBCCrim

31 SOUZA, Luciano Anderson de. *Corrupção: o cerceamento e seu importante debate*, OAB Jundiaí, Jundiaí, p. 14 – 15, 01 jul. 2014.

em novembro de 1993³², na qual, apesar de se referir à realidade alemã, permite um diálogo com o contexto brasileiro atual.

Nessa conferência, Hassemer observou que a Política Criminal não é alheia ao direito penal e vice-versa, muito embora a dogmática possa tender a se afastar dos efeitos concretos do direito penal na sociedade³³. Posto isso, Hassemer reconheceu dois problemas empíricos: o primeiro relacionado aos ideais políticos por trás da criminalidade e o segundo referente às formas encontradas para “combater” a criminalidade moderna.

Assim, no que tange ao primeiro problema, o jurista defendeu que todo o crescimento da criminalidade está diretamente ligado aos ideais políticos vigentes na época em questão. E, da mesma forma, que “*a postura adotada diante do crescimento da criminalidade foi sempre orientada por ideais políticos*”³⁴. Nesse sentido, a construção da ideia de criminalidade é fortemente influenciada pela mídia, que detém inegável poder político. Afinal, é ela que divulga tanto a existência do problema como sua extensão.

Já em relação ao segundo problema, foi dito que, na Alemanha, o centro das atenções do direito penal era a criminalidade organizada, que o autor contrapôs à criminalidade de massas, a que mais afeta a população em seu cotidiano (assaltos, xenofobia, estelionatos etc.). A corrupção dentro da Administração Pública foi, inclusive, citada como exemplo da criminalidade organizada, aquela menos perceptível aos olhos dos cidadãos, pois os bens jurídicos afetados são supraindividuais e o *modus operandi* pouco reconhecível (não envolve sangue, e sim caneta, papel ou uma pequena troca de palavras)³⁵.

A linha de raciocínio que Hassemer desenvolveu em seguida é extremamente rica. Segundo ele, apesar da criminalidade organizada ser a pauta dos debates na Alemanha, a criminalidade que mais afeta a população em seu cotidiano é a criminalidade massificada³⁶. E, já estabelecendo um paralelo com

32 HASSEMER, Winfried. *Perspectivas de uma moderna política criminal*, in São Paulo, in FRANCO, Alberto Silva e NUCCI, Guilherme de Souza (org.), *Direito penal: parte especial II*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2011, v. 6, p.1021-1035.

33 HASSEMER, Winfried. *Perspectivas de uma moderna política criminal*, in FRANCO, Alberto Silva e NUCCI, Guilherme de Souza (org.), *Direito penal: parte especial II*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2011, v. 6, p. 1022.

34 HASSEMER, Winfried. *Perspectivas de uma moderna política criminal*, in FRANCO, Alberto Silva e NUCCI, Guilherme de Souza (org.), *Direito penal: parte especial II*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2011, v. 6, p. 1022.

35 HASSEMER, Winfried. *Perspectivas de uma moderna política criminal*, in FRANCO, Alberto Silva e NUCCI, Guilherme de Souza (org.), *Direito penal: parte especial II*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2011, v. 6, p. 1026-1027.

36 HASSEMER, Winfried. *Perspectivas de uma moderna política criminal*, in FRANCO, Alberto Silva e NUCCI, Guilherme de Souza (org.), *Direito penal: parte especial II*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2011, v. 6, p. 1023.

o foco do presente trabalho, isso significa que a postura combativa contra a criminalidade organizada é alimentada por um medo pouco delineado e embasado, medo esse que, logicamente, será alimentado pela especial atenção midiática destinada a esse tema.

Por fim, entende-se que a postura combativa pode gerar uma série de respostas sintomáticas por parte do direito penal, na forma de uma política criminal igualmente violenta, porque medrosa. Conforme menciona Silveira³⁷, retomando o trabalho de Silva Sánchez, o recrudescimento do direito penal atualmente é um fato que se comprova na crescente variedade de tipos penais, no agravamento das penas dos tipos existentes, na revisão e na relativização de garantias fundamentais pela jurisprudência, na flexibilização de regras de imputação, entre outros tantos exemplos.

A seguir, o recrudescimento penal referente à corrupção vai ser identificado nas seguintes esferas: (i) no expansionismo penal, (ii) nas recentes mudanças interpretativas da corrupção pela jurisprudência e (iii) na sobreposição de instâncias, penais e administrativas, que visam “combater” essa prática.

2.2.1. EXPANSIONISMO PENAL VERTICAL E HORIZONTAL

2.2.1.1. DO EXPANSIONISMO PENAL VERTICAL

Hassemer³⁸, em outra obra, aponta que uma das reações combativas presenciadas na Alemanha frente à assim chamada criminalidade organizada foi através da mudança legislativa, que promoveu uma expansão horizontal e vertical do direito penal. No Brasil não foi diferente, e o recente histórico legislativo diz muito a esse respeito.

No que tange ao expansionismo vertical do direito penal correspondente ao crime de corrupção ativa e passiva, ou seja, ao movimento para agravar as sanções aplicadas a esses crimes, faz-se mister mencionar a Lei nº 10.763, de 12 de novembro de 2003. Essa lei teve como objeto a modificação da pena cominada a ambos esses crimes para a reclusão de 2 a 12 anos e multa, o que substituiu o antigo intervalo de 1 a 8 anos e multa.

Já de pronto é possível identificar que o novo intervalo de pena fere qualquer proporcionalidade pretendida pelo direito, o que deveria implicar no re-

37 SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *A ideia penal sobre a corrupção no Brasil: da seletividade pretérita à expansão dos horizontes atual* in *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 89, mar./abr. 2011, p. 417.

38 HASSEMER, Winfried. *Limites del Estado de derecho para el combate contra la criminalidad organizada*, in FRANCO, Alberto Silva e NUCCI, Guilherme de Souza (org.), *Direito penal: leis penais especiais I*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2011, v. 7, p.1015-1022.

conhecimento de sua inconstitucionalidade. De fato, uma das consequências lógicas do princípio da legalidade, basilar ao Estado de Direito, é a absoluta aversão a qualquer punição arbitrária exercida pelo poder estatal.

O princípio da legalidade, desse modo, repercute na atividade legislativa ao exigir que os limites da punibilidade estejam legalmente determinados e obedeçam intervalos racionais, coibindo abusos na aplicação de sanções³⁹. Em outras palavras, isso significa dizer que o *ius puniendi* jamais pode se apoiar em penas indeterminadas, o que demonstra a inconstitucionalidade do novo intervalo, de dez anos entre a pena mínima e a máxima, conferido aos crimes de corrupção.

Outrossim, essa modificação legislativa gera efeitos para além da condenação penal, ou seja, para além do concreto aumento de pena. Sua relevância também está em dois aspectos fundamentais, um de direito penal e o outro de direito processual penal: (a) o consequente aumento dos prazos prescricionais abstratos dos crimes previstos nos arts. 317 e 333 do Código Penal, de 12 para 16 anos, e (b) a impossibilidade de pleitear a suspensão condicional do processo *ab initio* se houver oferecimento da ação penal.

A suspensão condicional do processo, prevista no art. 89 da Lei 9.099/95, é instituto do direito processual penal que oferece uma solução alternativa ao conflito penal em infrações cuja pena mínima abstrata não ultrapasse um ano, mesmo as de média ofensividade, desde que também respeitados outros requisitos legais. Por vezes denominado *sursis* processual, esse instituto tem o condão de extinguir o poder punitivo do Estado se todas suas condições forem devidamente cumpridas pelo acusado, entre elas sua sujeição a um período de provas de 2 a 4 anos.

Ora, a anterior pena mínima para os delitos de corrupção ativa e passiva era precisamente de um ano, o que permitia a proposta de suspensão processual do processo, de forma a promover uma alternativa não só à pena restritiva de liberdade, mas a todo o exaustivo processo penal. Contudo, desde a mudança legislativa de 2003, essa possibilidade deixou de existir.

Ainda, há chance de o expansionismo penal vertical ir além. Desde 2013, o Projeto de Lei nº 5.900 passou a ganhar significativa repercussão, principalmente em decorrência das chamadas Manifestações de Junho, nas quais, além de outras reivindicações, restou público o descontentamento da população brasileira com relação à corrupção. Tal projeto tem como objetivo tornar a corrup-

39 ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general – Tomo I – Fundamentos: las estructuras de la teoria del delito*, Trad. PEÑAET LUZÓN, Diego-Manuel *et al*, Madrid, Civitas, 1997, p.137-141.

ção crime hediondo e ainda estabelecer causas de aumento de pena no crime de corrupção passiva, quando o agente for integrante do governo federal, da Câmara dos Deputados, do Senado e do Poder Judiciário⁴⁰.

Ademais, se for incluído no rol de crimes hediondos (Lei nº 8.072/90), os agentes que praticarem corrupção não terão direito à extinção da punibilidade por anistia, graça ou indulto e ao pagamento de fiança, nos termos do art. 2º I e II da lei. Além disso, quanto à execução, a pena será cumprida inicialmente em regime fechado e a progressão de regime dar-se-á de forma mais restritiva (art. 2º, §1º e 2º). Quanto a medidas processuais, por sua vez, a prisão temporária poderá ser proferida por 30 dias (no lugar de 5), podendo ser prorrogada por igual período (art. 2º, §4º).

2.2.1.2. DO EXPANSIONISMO – NÃO SÓ PENAL – HORIZONTAL

No texto *Tem futuro o Direito Penal?*⁴¹, publicado entre nós em 2001, Roxin questiona-se acerca da quantidade de dispositivos penais que haveria no futuro, e sua resposta, hoje tida como profética, foi a de que a tendência era no sentido de um aumento considerável. Segundo ele, esse fenômeno decorreria em grande parte da crescente complexidade das organizações sociais.

Contudo, parece que outro fator igualmente relevante para essa inflação normativa é o forte apelo social e simbólico voltado à lógica de recrudescimento, algo que se evidencia nitidamente no caso dos crimes de corrupção.

De fato, a abordagem da corrupção na legislação brasileira é multifacetada, uma vez que há inúmeros dispositivos que lhe fazem referência e diversas frentes voltadas simultaneamente a seu “combate”, o que inclui mecanismos jurídicos e políticos⁴². Trata-se, nesse sentido, de um crescente expansionismo horizontal do âmbito punitivo, e *não só no sentido penal*; a corrupção está presente em muitos momentos do ordenamento jurídico, tais como na Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846/2013), na Lei de Improbidade (Lei nº 8.492/1992), na Lei da Ficha Limpa (LC nº 135/2010), na Lei dos Crimes de Responsabilidade (Lei nº 1.059/1970) e na Lei das Organizações Criminosas (Lei nº 12.850/2013), além de, por óbvio, no Código Penal.

A Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846/2013) versa sobre a responsabilização da pessoa jurídica pela prática de crimes contra a Administração Pública

40 CASTRO, Juliana. *Combate à corrupção distante da meta*, O Globo, 26.12.2013, caderno País, p. 3.

41 ROXIN, Claus. *Tem futuro o Direito Penal?*, in SILVA FRANCO, Alberto, NUCCI, Guilherme de Souza (org.), *Doutrinas Essenciais - Direito Penal*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2010, v. I, p. 579.

42 SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *A ideia penal sobre a corrupção no Brasil: da seletividade pretérita à expansão dos horizontes atual*, in, *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 89, mar./abr. 2011, p. 416.

nacional ou estrangeira, o que inclui, por óbvio, a prática de corrupção, principalmente de corrupção ativa. E essa responsabilização, conforme disposto em seus artigos 1º e 2º, é objetiva, prescindindo de culpa, e comporta somente a esfera administrativa e civil, sendo que a responsabilização administrativa não afasta também a eventual responsabilização judicial (art. 18). Essa mesma lei regula igualmente o instituto do acordo de leniência (art. 16), pelo qual é possível reduzir consideravelmente a sanção à pessoa jurídica que colaborar com as investigações e o processo administrativo.

A Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.492/1992), por sua vez, dispõe sobre a responsabilização de qualquer agente público por atos lesivos à Administração Pública⁴³, sejam eles atos que importem em enriquecimento ilícito (art. 9º), causem prejuízos ao erário público (art. 10 e 10-A) ou atentem contra os princípios da Administração Pública previstos na mesma lei (art. 11). No que tange ao enriquecimento ilícito de agente público, estabelece o *caput* do art. 9º da Lei nº 8.492/92 o seguinte:

Art. 9º Constitui ato de improbidade administrativa importando enriquecimento ilícito auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades mencionadas no art. 1º desta lei, e notadamente: (...)

Note-se que o ato de improbidade em questão possui uma ligação muito próxima com a prática da corrupção passiva que implique no efetivo recebimento de vantagem indevida por parte do funcionário público. No caso da Lei nº 8.429, a sanção para o enriquecimento ilícito do agente público é múltipla, abrangendo cumulativamente, e sem o prejuízo de outras sanções penais, civis e administrativas previstas no ordenamento jurídico: (a) a perda dos bens e valores auferidos ilicitamente por ele, (b) o ressarcimento integral do dano, (c) a perda da função pública e dos direitos políticos de 8 a 10 anos, (d) o pagamento de multa civil, e (e) a proibição de contratar com o Poder Público ou dele receber qualquer tipo de incentivo fiscal ou creditício por dez anos, ainda por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário (art. 12, I).

43 Seu artigo 1º assim estabelece: *Os atos de improbidade praticados por qualquer agente público, servidor ou não, contra a administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de Território, de empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, serão punidos na forma desta lei. Parágrafo único. Estão também sujeitos às penalidades desta lei os atos de improbidade praticados contra o patrimônio de entidade que receba subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício, de órgão público bem como daquelas para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com menos de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, limitando-se, nestes casos, a sanção patrimonial à repercussão do ilícito sobre a contribuição dos cofres públicos.*

Já as leis da Ficha Limpa (LC nº 135/2010) e dos Crimes de Responsabilidade (Lei nº 1.059/1970) dirigem-se especificamente à atividade política. A Lei da Ficha Limpa alterou disposições da LC nº 64, que, por sua vez, versa sobre os casos de inelegibilidade de um cidadão. Assim, desde a promulgação da LC nº 135/10, um dos grupos de cidadãos inelegíveis pelo prazo de oito anos é aquele composto por condenados por crimes *contra a economia popular, a fé pública, a administração pública e o patrimônio público* (art. 1º, I, “e”, 1., da LC nº 64), em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado.

No caso da Lei de Crimes de Responsabilidade, especificamente no que diz respeito aos crimes contra a probidade da Administração (art. 9º), os agentes a serem responsabilizados são o Presidente da República, os Ministros de Estado, os Governadores e os Secretários dos Estados. Havendo condenação, a pena prevista é a perda do cargo e a inabilitação para o exercício de qualquer função pública por até cinco anos, sem o prejuízo do julgamento por crime comum na justiça ordinária (art. 2º). De toda forma, nessa lei, a menção ao crime de corrupção não é precisa, pelo contrário. O crime de corrupção é somente extraído da interpretação dos seguintes itens de seu art. 9º, estando expressamente referido somente no item 6:

Art. 9º São crimes de responsabilidade contra a probidade na administração:

(...)

5 – infringir no provimento dos cargos públicos, as normas legais;

6 – Usar de violência ou ameaça contra funcionário público para coagá-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.

Por fim, a Lei das Organizações Criminosas (Lei nº 12.850/2013) é um outro exemplo interessante da expansão horizontal do direito penal no que tange ao tratamento dado à corrupção. A organização criminosa é compreendida pelo parágrafo 1º do artigo 1º da Lei nº 12.850/2013:

Art. 1º. Esta Lei define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal a ser aplicado.

§ 1º Considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou

indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional.

Posto isso, é simples deduzir que os grandes “escândalos” de corrupção, por envolverem uma estrutura complexa de pessoas que se ordenam para essa prática delitativa reiterada, subsumem-se à hipótese legal. De forma a abarcar esse tipo de situação, a própria Lei das Organizações Criminosas prevê uma causa de aumento de pena de um sexto a dois terços caso a organização conte com funcionário público que se aproveite de sua função para a prática de infrações penais (art. 2º §4º, II). Ademais, há as seguintes previsões nos parágrafos que se seguem do art. 2º da Lei nº 12.850/2013:

§ 5º Se houver indícios suficientes de que o funcionário público integra organização criminosa, poderá o juiz determinar seu afastamento cautelar do cargo, emprego ou função, sem prejuízo da remuneração, quando a medida se fizer necessária à investigação ou instrução processual.

§ 6º A condenação com trânsito em julgado acarretará ao funcionário público a perda do cargo, função, emprego ou mandato eletivo e a interdição para o exercício de função ou cargo público pelo prazo de 8 (oito) anos subsequentes ao cumprimento da pena.

§ 7º Se houver indícios de participação de policial nos crimes de que trata esta Lei, a Corregedoria de Polícia instaurará inquérito policial e comunicará ao Ministério Público, que designará membro para acompanhar o feito até a sua conclusão.

A Lei das Organizações Criminosas prevê igualmente o instituto da colaboração premiada, também chamada de “delação premiada”, que se assemelha ao acordo de leniência, mas cabível tão somente para pessoas físicas. A colaboração premiada tem o condão de reduzir a pena privativa de liberdade, substituí-la por restritiva de direitos ou até conceder o perdão judicial àquele que colaborar efetiva e voluntariamente com a investigação e o processo criminal referente ao crime de organização criminosa (art. 4º).

Todos os diplomas legislativos acima mencionados, reitera-se, materializam uma expansão sancionatória que não se restringe ao âmbito penal, e revela que o fervor punitivista é capaz de se infiltrar em diversas esferas do universo jurídico.

Essa pluralidade de instrumentos legais aparentam ser, dentro do contexto de expansionismo horizontal, uma forma de proteger o Estado contra corruptos e corruptores, seja na esfera penal, administrativa, civil ou política. O discurso penal, aqui, é capaz de contaminar os demais ramos do direito, o que

torna essa expansão horizontal multifacetada também uma nítida manifestação do expansionismo penal⁴⁴.

2.2.1.3. DAS “DEZ MEDIDAS CONTRA A CORRUPÇÃO”

Há, sem embargo, mais um importante projeto de lei que tem por objetivo recrudescer o tratamento destinado ao crime de corrupção, tanto vertical como horizontalmente: o PL nº 4.850/2016, também denominado as “Dez medidas contra a corrupção”, cuja divulgação e promoção foi encabeçada pelo Ministério Público Federal⁴⁵.

Por um lado, o projeto de lei compreende certos pontos positivos por procurar promover uma maior probidade administrativa, principalmente por buscar responsabilizar organizações e partidos envolvidos em corrupção, melhorar a dinâmica de ações de improbidade e por reconhecer a importância da transparência no funcionamento da máquina pública. Contudo, muitas das previsões do projeto de lei pecam por sua arbitrariedade e pelo seu cunho moralista e proselitista⁴⁶, às custas de princípios fundamentais do direito e do processo penal e, no limite, do próprio Estado Democrático de Direito.

No âmbito do expansionismo horizontal, pode-se citar a denominada “terceira medida”, que visa justamente transformar *“a corrupção em um crime de alto risco no tocante à quantidade da punição, aumentando também a probabilidade de aplicação da pena por diminuir a chance de prescrição”*. Essa medida pretende aumentar para 4 a 12 anos a pena prevista para os crimes de corrupção, que, aliás, passariam a abarcar os arts. 312 e § 1º, 313-A, 316 e 316, § 2º do CP, além de seus arts. 317 e 333. Com esse novo intervalo de pena, o objetivo seria impedir ao máximo que o condenado começasse a cumprir sua pena no regime aberto, uma vez que a regra do art. 32, §2º, (c), do CP estabelece que esse regime destina-se somente a condenados não reincidentes com pena igual ou inferior a quatro anos.

44 Como se verá no Capítulo 4 deste trabalho, no caso brasileiro, esse traço do recrudescimento punitivo parece conviver com uma preocupação diametralmente oposta: de tratar a corrupção de forma alternativa, para além do rigor inerente ao direito penal. É dizer, as demais soluções não penais à corrupção, em certos casos, têm o potencial para afastar a dura intervenção penal. O curioso, então, é identificar em que momentos se adota o discurso puramente combativo, para depois contrastá-los com as ocasiões em que esse mesmo discurso é substituído por alternativas que escapam ao direito penal.

45 <http://www.dezmedidas.mpf.mp.br/apresentacao/conheca-as-medidas>. Acesso em: 17 mar. de 2017.

46 SOUZA, Luciano Anderson de. As complexas medidas contra a corrupção, Revista Jurídica Consulex, nº 475, 01.11.2016, p. 16.

A terceira medida pretende ainda equiparar a corrupção relativa a altos valores ao homicídio. O informativo do Ministério Público Federal sobre as “Dez medidas contra a corrupção” estabelece que:

Além disso, é inserido o art. 327-A no Código Penal, criando um escalonamento da pena desses crimes segundo o valor envolvido na corrupção. A corrupção mata como decorrência do cerceamento de direitos essenciais, como segurança, saúde, educação e saneamento básico. Por isso, a referência punitiva da corrupção de altos valores passa a ser a pena do homicídio.

Ainda, para completar a terceira medida, a proposta é a de incluir a corrupção com desvio de mais de cem salários mínimos ao rol de crimes hediondos, que foi tida como até *“mais comedida do que muitos projetos em trâmite no Congresso Nacional”*.

Já no que tange ao expansionismo vertical, uma das propostas do projeto é a de criar um novo tipo penal, criminalizando o enriquecimento ilícito de agentes públicos (a “segunda medida”), de forma a assegurar a imputação mesmo quando *“não for possível descobrir ou comprovar quais foram os atos específicos de corrupção praticados”*⁴⁷. Sobretudo, essa medida pretende inverter o ônus da prova para o acusado, que deve apontar a existência provável de fontes lícitas a ponto de suscitar dúvida razoável quanto a acusação de ilicitude, o que é uma nítida ofensa ao princípio da presunção de inocência⁴⁸. Da mesma forma, a criminalização de “caixa dois” e a responsabilização objetiva dos partidos por essa conduta, a denominada “medida oito”, compreendem igualmente uma tentativa e expandir as zonas de alcance do direito penal.

2.2.2. RECENTES MUDANÇAS INTERPRETATIVAS DADAS PELA JURISPRUDÊNCIA

O recrudescimento punitivo não se restringe ao texto da lei. O Judiciário também possui um papel fundamental nessa realidade na medida em que cria, consolida e altera interpretações legislativas ao aplicar a norma. De fato, as mudanças interpretativas dadas pela jurisprudência em questões polêmicas relacionadas ao crime de corrupção evidenciam um movimento “combativo” e punitivista, que veio à tona com a AP nº 470/MG, denominada o caso do Mensalão, cujo aspecto político-criminal nuclear foi a ofensa ao regular fun-

47 <http://www.dezmedidas.mpf.mp.br/apresentacao/conheca-as-medidas>. Acesso em: 17 mar. de 2017.

48 SOUZA, Luciano Anderson de. As complexas medidas contra a corrupção, Revista Jurídica Consulex, nº 475, 01.11.2016, p. 16.

cionamento da Administração Pública, através da indébita interferência no processo legislativo⁴⁹.

Salvador Netto, em matéria publicada no periódico *Valor Econômico* em 2013⁵⁰, elencou dois principais aspectos dessas alterações jurisprudenciais, sendo em ambos os casos os efeitos desfavoráveis aos réus.

Primeiramente, discutiu-se ao longo do julgamento a necessidade de identificar um ato de ofício específico correspondente à prática do crime de corrupção, ato esse que estaria diretamente vinculado à vantagem indevida negociada pelos acusados. Assim, a questão em tela era sobre o grau de subjetividade do tipo⁵¹, uma vez que o artigo 317, em seus parágrafos, e o artigo 333 do Código Penal não determinam expressamente que o ato de ofício deva ser especificado. A doutrina e a jurisprudência já haviam sedimentado a interpretação de que, tanto na corrupção ativa como na passiva, o crime deveria estar relacionado a um ato de ofício específico. Todavia, no caso do Mensalão, diante da dificuldade em identificar os atos de ofício aos quais os crimes de corrupção cometidos estariam relacionados, o STF passou a se dar por satisfeito com a existência de um ato de ofício “em potencial”, o que alterou substancialmente a interpretação tradicional dos tribunais.

Essa mudança interpretativa por parte dos Ministros do STF facilitou, conseqüentemente, a atividade probatória acerca dos crimes praticados pelos acusados, afinal, se o acordo de mercancia do exercício da função pública podia ter como contraprestação um mero ato de ofício “em potencial”, não se faria necessário delimitar, por exemplo, quais votos e projetos parlamentares estavam vinculados ao recebimento de vantagem indevidas. Essa nova linha interpretativa, destarte, descaracteriza o ato de ofício como elemento fundamental dos tipos penais de corrupção ativa e passiva, reduzindo-os tão somente à venalidade abstrata da função pública⁵², em um nítido movimento de “*abertura cognitiva*” na interpretação da lei⁵³.

49 SOUZA, Luciano Anderson de. *Os crimes econômicos na APn 470: dificuldades e desafios*, Revista dos Tribunais, v. 933, São Paulo, jul. 2013, p. 317.

50 SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *AP 470 e os debates sobre o crime de corrupção*, Valor Econômico, São Paulo, p. A10, 24 abr. 2013.

51 SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Reflexões pontuais sobre a interpretação do crime de corrupção no Brasil à luz da APn 470/MG*, Revista dos Tribunais, 2013, São Paulo, v. 102, p. 51.

52 SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Reflexões pontuais sobre a interpretação do crime de corrupção no Brasil à luz da APn 470/MG*, Revista dos Tribunais, 2013, São Paulo, v. 102, p. 52.

53 SOUZA, Luciano Anderson de. *A essência da Ação Penal nº 470: o crime de corrupção*, Letrado, 2013, v. 101, p. 27.

O segundo aspecto abordado por Salvador Netto, por sua vez, envolve o momento de consumação do crime de corrupção. Isso porque, de acordo com a interpretação tradicional, o crime de corrupção é formal e instantâneo, consumando-se no momento da prática descrita pelo texto penal, o que não necessariamente coincide com a obtenção do resultado almejado pelo sujeito ativo. Sendo assim, os crimes de corrupção passiva, por exemplo, estariam consumados já no momento em que o funcionário público propusesse ou aceitasse um acordo espúrio. Nas palavras do autor:

Neste ponto, analiticamente se diz que o crime de corrupção costuma apresentar (i) um acordo espúrio; (ii) a prática do ato de ofício objeto da mercancia; (iii) a obtenção da vantagem ilícita. De todo modo, por ser um crime formal, a consumação, ao menos para a cultura jurídico – penal brasileira até aqui majoritária, ocorre no instante em que o funcionário aceita a promessa, isto é, na celebração do tal acordo espúrio, independentemente da prática posterior do ato comercializado ou do efetivo recebimento da propina.

No caso do Mensalão, contudo, o STF afirmou diferentemente, julgando o crime de corrupção como um crime material e permanente e, conseqüentemente, permitindo que sua consumação ocorresse com o pagamento da vantagem indevida, independentemente de o acordo espúrio datar de momento anterior.

A relevância dessa mudança interpretativa nessa ação penal foi inegável. Como mencionado no item 3.2.1.1., em 12 de novembro de 2003, foi promulgada a Lei nº 10.763, que aumentou o intervalo de pena para os crimes de corrupção ativa e passiva para de 2 a 12 anos, o que substituiu o antigo intervalo de 1 a 8 anos e acarretou um tratamento mais rigoroso aos acusados e condenados por corrupção. Sucede que essa mudança legislativa, combinada com a nova jurisprudência, conduziu a uma situação extremamente peculiar no caso do Mensalão.

Nessa ação penal, se o STF tivesse preservado intacta a interpretação tradicional acerca do momento de consumação do delito, a Lei nº 10.763 não teria sido aplicada, pois os acordos espúrios feitos pelos acusados datavam de antes de sua promulgação. Assim, em respeito ao princípio da irretroatividade, teria sido mantido o intervalo anterior da pena de corrupção, mais benéfico aos réus. Contudo, a nova interpretação jurisprudencial, segundo a qual a corrupção seria crime permanente, e sua consumação renovada a cada novo recebimento de propina, justificou a aplicação do intervalo de pena mais gravoso. O fato de os parlamentares terem recebido propina após a nova legislação entrar em vigor deu guarida à tese de que as penas aplicadas deveriam ser as maiores.

2.2.3. SOBREPOSIÇÃO DE INSTÂNCIAS E *BIS IN IDEM* ENTRE DIREITO PENAL E DIREITO ADMINISTRATIVO

O terceiro aspecto do recrudescimento punitivo é a sobreposição de instâncias entre o direito penal e o direito administrativo, que pode acarretar verdadeiro *bis in idem*.

2.2.3.1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS SOBRE *BIS IN IDEM* PENAL E ADMINISTRATIVO

Helena Regina Lobo da Costa, em seu trabalho intitulado *Direito penal econômico e direito administrativo sancionador: ne bis in idem como medida de política sancionadora integrada*, identificou que a cumulação entre sanção administrativa e penal incorre em *bis in idem* quando direcionadas aos mesmos fatos, havendo “*identidade do sujeito sancionado, identidade fática e identidade de fundamento ou natureza*” da sanção⁵⁴. Tal é o entendimento de diversos tribunais e ordenamentos jurídicos, não se restringindo ao âmbito nacional⁵⁵.

A tendência ao alargamento da aplicação da máxima *ne bis in idem* é uma reação ao denominado processo de “administrativização do Direito Penal”, fenômeno que acarreta uma sobreposição das instâncias penal e administrativa. Conforme elucida a autora:

Ao se aumentarem os espaços de sobreposição das instâncias, acolhendo-se a previsão de sanções administrativas e penais mais graves, passa-se a notar, cada vez mais claramente, a existência de reação estatal excessiva. Além disso, a aproximação dos sistemas faz com que suas sanções se aproximem, ostentando finalidades tão semelhantes que não se pode mais distinguir traços exclusivos de uma ou de outra. E a finalidade da sanção, conforme visto, plasmou-se como um importante critério para a identificação das hipóteses de *ne bis in idem*⁵⁶.

A “administrativização” do direito penal, portanto, é um fenômeno cuja principal característica é a insegurança jurídica à qual o sujeito do ilícito penal

54 COSTA, Helena Regina Lobo da. *Direito penal econômico e direito administrativo sancionador: ne bis in idem como medida de política sancionadora integrada*, 2013, p. 195. “*Excepciona-se, contudo, a aplicação no caso de cumulação de sanção disciplinar e pena, pois aquela apresentaria distinto fundamento, qual seja, a relação de serviço entre funcionário e administração.*” (p. 196) E, no que tange à cumulação de mais de uma consequência punitiva, ela é possível desde que no mesmo âmbito sancionatório, como é o caso da cumulação de prisão e multa para os crimes corrupção passiva e ativa. Nesse caso, o que é vedado é a aplicação da mesma sanção mais de uma vez.

55 COSTA, Helena Regina Lobo da. *Direito penal econômico e direito administrativo sancionador: ne bis in idem como medida de política sancionadora integrada*, 2013, p. 181-209.

56 COSTA, Helena Regina Lobo da. *Direito penal econômico e direito administrativo sancionador: ne bis in idem como medida de política sancionadora integrada*, 2013, p. 181-209.

está submetido⁵⁷. Isso porque a regulamentação proposta pelo direito administrativo tende a ser muito mais complexa e dinâmica do que o rígido direito penal, que necessita de amarras e limites bem determinados, por se tratar do ramo do direito que mais pode afetar a vida dos cidadãos, na medida que lhes pode tolher a sua própria liberdade.

Para Greco, o *bis in idem* também está diretamente relacionado com o próprio expansionismo horizontal do direito penal, uma vez que permite a ampliação das duas áreas sancionadoras, tanto que há uma sobreposição entre elas, sem que nenhuma lógica de proporcionalidade seja respeitada. Disso decorre, ademais, uma maior nebulosidade do direito penal.

Os efeitos negativos disso se dão tanto no plano do direito material como no processual, e em ambos os casos nota-se um conflito de racionalidade. Primeiramente, porque o direito administrativo pune pela desobediência de norma expressa, enquanto o direito penal volta-se à proteção de bens jurídicos, estando as sanções relacionadas à lesão ou à ameaça de lesão desses bens. Além disso, o direito administrativo sofre com a “*acentuação de seu aspecto punitivo*”, dado o caráter intervencionista do Estado Social de Direito, que não raro exerce a função sancionadora como se praticasse um ato executivo qualquer, ignorando suas especificidades e restrições⁵⁸.

Assim, de forma a promover uma política sancionadora harmônica, é necessário que o processo legislativo seja dotado de pressupostos mínimos de racionalidade, o que será imprescindível para que se encontrem soluções aos problemas dogmáticos que se apresentarem⁵⁹.

Outro aspecto relevante é a delimitação do poder punitivo, de sua competência e de sua função, sendo de extrema valia os limites estabelecidos pela Constituição Federal, em especial seu artigo 5º, inciso XXXV, que versa sobre a inafastabilidade do controle jurisdicional em casos de lesão ou ameaça a

57 COSTA, Helena Regina Lobo da. *Direito penal econômico e direito administrativo sancionador: ne bis in idem como medida de política sancionadora integrada*, 2013, p. 113.

58 COSTA, Helena Regina Lobo da. *Direito penal econômico e direito administrativo sancionador: ne bis in idem como medida de política sancionadora integrada*, 2013, p. 117-118.

59 COSTA, Helena Regina Lobo da. *Direito penal econômico e direito administrativo sancionador: ne bis in idem como medida de política sancionadora integrada*, 2013, p. 122. Helena Regina Lobo da Costa apresenta, ainda, três pressupostos mínimos, que devem ser levados em consideração pelo legislador: a *descriminalização*, a *consideração da subsidiariedade do direito penal e de sua fragmentariedade*” (Op. cit. p. 123). A *descriminalização* é voltada às condutas penalmente irrelevantes. A *subsidiariedade* do direito penal, por sua vez, é precisamente o respeito ao princípio da *ultima ratio*, que destina ao direito penal somente os ilícitos que não podem ser sancionados por outras instâncias jurídicas menos gravosas. A *fragmentariedade*, por último, fundamenta-se no reconhecimento de que o direito penal tende a ser inútil em situações extremamente complexas, pois sua aplicação depende do isolamento de condutas bem delimitadas pelos tipos penais (Op. cit. p. 128).

direito⁶⁰. Portanto, mesmo quando a Administração exercer a atividade sancionadora, por ela ter caráter de autotutela, impende que obedeça limites específicos, inadmitindo-se desproporcionalidades⁶¹.

Por fim, não faz sentido buscar diferenciações ontológicas entre o ilícito penal e o ilícito administrativo; essa distinção é normativa, reconhecível pela posição do ilícito dentro do ordenamento jurídico⁶². É certo, contudo, que, no âmbito do processo normativo, deve o legislador atentar para os requisitos de criminalização de condutas e de criação de ilícitos administrativos. Consequentemente, o tipo penal deve visar proteger um bem jurídico-penal e deve manter o mínimo de racionalidade, além de atender aos princípios da legalidade e da proporcionalidade, a fim de que a norma possa ser recebida pelo ordenamento jurídico e não extrapolar sua finalidade.

Enquanto isso, nos ilícitos administrativos, apesar de também vigorarem os princípios da legalidade e da proporcionalidade, há espaço para que haja um maior juízo de conveniência acerca da própria previsão da sanção⁶³. Veja-se, por exemplo, a previsão de sanção, multa, na hipótese de um particular exibir propaganda de sua atividade comercial na fachada do seu estabelecimento. Na capital do estado de São Paulo, tal conduta foi transformada em ilícito administrativo, diferentemente dos municípios vizinhos. Percebe-se, portanto, que a questão não versa sobre a existência ou não de bens jurídicos a serem tutelados pelo direito administrativo, mas sim de um juízo de conveniência da restrição, que acabou sendo veiculada por lei.

2.2.3.2. BIS IN IDEM E A CORRUPÇÃO

Especificamente no caso do crime de corrupção, a questão do *bis in idem* pode ser abordada de diversas formas, entre elas através do estudo dos pontos de intersecção entre a Lei de Improbidade Administrativa, o Código Penal e a Lei Anticorrupção. São leis que coexistem, muito em decorrência do expansionismo penal horizontal, como já levantado no item 2.2.1.2, e que, contudo, podem implicar em uma sobreposição legislativa inadequada para o direito.

Como visto, a Lei de Improbidade Administrativa, a Lei nº 8.492/92, é voltada à punição administrativa do agente público que venha a lesionar a

60 COSTA, Helena Regina Lobo da. *Direito penal econômico e direito administrativo sancionador: ne bis in idem como medida de política sancionadora integrada*, 2013, p. 132.

61 COSTA, Helena Regina Lobo da. *Direito penal econômico e direito administrativo sancionador: ne bis in idem como medida de política sancionadora integrada*, 2013, p. 142-143.

62 COSTA, Helena Regina Lobo da. *Direito penal econômico e direito administrativo sancionador: ne bis in idem como medida de política sancionadora integrada*, 2013, p. 145.

63 COSTA, Helena Regina Lobo da. *Direito penal econômico e direito administrativo sancionador: ne bis in idem como medida de política sancionadora integrada*, 2013, p. 146.

Administração Pública, inclusive através do enriquecimento ilícito que causar danos ao erário público. A sanção prevista pela lei, por conseguinte, tem caráter administrativo, e a lei deixa expresso, em seu art. 12, que ela pode ser cumulada à sanção penal e à civil:

Art. 12. Independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato:

I – na hipótese do art. 9º, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, ressarcimento integral do dano, quando houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de oito a dez anos, pagamento de multa civil de até três vezes o valor do acréscimo patrimonial e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de dez anos;

Como bem pondera Luciano Anderson de Souza, a Lei nº 8.492/1992 foi capaz de instituir um aparato normativo não penal para resguardar a probidade da Administração Pública, o que, em suas palavras, “*enseja reflexão sobre os limites da intervenção criminal nesta seara*”⁶⁴. A Lei de Improbidade, assim, inclusive coloca em dúvida a efetividade da lei penal em face da lei administrativa.

Isto posto, uma primeira questão a ser apreciada é a eventual hipótese de *bis in idem* em decorrência do conteúdo normativo da Lei de Improbidade e do Código Penal. Mantida a definição de Helena Regina Lobo da Costa, de que o *bis in idem* se perfaz no momento em que um mesmo sujeito sofre duas sanções da mesma natureza pelo mesmo fato, há de se concluir afirmativamente. Isso em razão de algumas das sanções previstas no artigo 12º I da Lei nº 8.492/1992 terem, assim como a sanção penal, caráter estritamente punitivo, como a suspensão dos direitos políticos do agente por oito a dez anos. Em outras palavras, o mesmo ato de corrupção passiva que acarrete dano ao erário, cometido pelo mesmo agente público, pode ensejar duas sanções, ambas de caráter repressivo, o que indubitavelmente implica em *bis in idem* entre o direito administrativo e o penal. Além disso, no caso dos artigos 9º da Lei de Improbidade e 317 do Código Penal, pode-se afirmar que há uma nítida identidade entre o bem jurídico tutelado por essas normas, a probidade da Administração Pública, o que reforça a tese da dupla responsabilização.

64 SOUZA, Luciano Anderson de. *Corrupção: novos desafios jurídico-penais em torno de um antigo grave problema* in SILVEIRA, Renato de Mello Jorge, PASCHOAL, Janaína Conceição (org.) *Livro Homenagem a Miguel Reale Júnior*, Rio de Janeiro, GZ, 2014, p. 358.

Se a questão já se mostra controversa na comparação entre o tipo penal da corrupção passiva e a Lei de Improbidade, há ainda mais o que debater em relação à Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846/2013), que regula a responsabilização objetiva da pessoa jurídica pela prática de atos contra a Administração Pública.

Por um lado, como aponta Luciano Anderson de Souza⁶⁵, é importante reconhecer um aspecto positivo da Lei Anticorrupção por estipular sanções de direito administrativo e civil em detrimento de sanções penais às condutas por ela tipificadas, o que indica certo respeito ao princípio da *ultima ratio* do direito penal⁶⁶. Além disso, essas consequências administrativas parecem adequadas, pois obstam o custo-benefício das condutas atentatórias contra a Administração Pública, uma vez que atingem diretamente o faturamento da pessoa jurídica envolvida.

Contudo, há sérias dificuldades que se impõem no que tange aos artigos 18 e 30, inciso I, da Lei nº 12.846/2013:

Art. 18. Na esfera administrativa, a responsabilidade da pessoa jurídica não afasta a possibilidade de sua responsabilização na esfera judicial.

Art. 30. A aplicação das sanções previstas nesta Lei não afeta os processos de responsabilização e aplicação de penalidades decorrentes de:

I – ato de improbidade administrativa nos termos da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992;

O artigo 18 deixa em aberto a possibilidade de sanções não administrativas incidirem sobre a pessoa jurídica envolvida em atos contra a Administração Pública, o que pode futuramente suscitar situações de *bis in idem* semelhantes à mencionada anteriormente, envolvendo a Lei de Improbidade e o Código Penal. Para tanto, basta que o legislador institua, por exemplo, nova previsão legislativa com o fim de responsabilizar penalmente a pessoa jurídica envolvida com a prática de corrupção ativa.

O artigo 30, inciso I, por sua vez, se mostra ainda mais nocivo pelo fato de a Lei Anticorrupção prever sanções para atos já sancionados pela Lei de Improbidade. Ou seja, não se trata de uma situação de *bis in idem* potencial, mas sim perfeitamente verificada, sendo a sobreposição aqui entre duas normas distintas na seara administrativa. É essa justaposição de responsabilidades não se restringe à ação de improbidade administrativa, estendendo-se a proce-

65 SOUZA, Luciano Anderson de. *Lei Anticorrupção: avanços e desafios*, São Paulo, IBCCrim, Boletim 256, março de 2014.

66 Ver também GRECO FILHO, Vicente, RASSI, João Daniel, *A corrupção e o direito administrativo sancionador* in SILVEIRA, Renato de Mello Jorge, PASCHOAL, Janaina Conceição (org.) *Livro Homenagem a Miguel Reale Júnior*, Rio de Janeiro, GZ, 2014, p. 732.

dimentos administrativos do Cade, do Ministério da Justiça e do Ministério da Fazenda⁶⁷. Trata-se de uma situação delicada e de difícil solução, alvo de muita crítica doutrinária⁶⁸.

2.3. RECORTE DA PESQUISA: CORRUPÇÃO PASSIVA

O recrudescimento punitivo, como visto, se deu tanto para o crime de corrupção passiva quanto para o de corrupção ativa, e os dois tipos foram submetidos ao expansionismo do direito penal. É possível, portanto, identificar em ambos os casos a aplicação de penas progressivamente mais severas, bem como o alargamento de sua criminalização, que passa a abarcar mais condutas.

Além disso, a jurisprudência tem um papel fundamental no processo de responsabilização de agentes, tanto corruptores quanto corrompidos, uma vez que a interpretação do texto legal muitas vezes se transforma em um exercício criativo, sujeito até a mutações significativas, sempre no sentido da ampliação das hipóteses de incidência do tipo.

A discussão acerca da sobreposição de instâncias, por fim, abarca igualmente a corrupção passiva e a ativa, na medida em que, em decorrência do arranjo normativo do ordenamento jurídico brasileiro, tanto o agente público (*intraneus*) quanto o particular (*extraneus*) podem ser duplamente responsabilizados por atos atentatórios à Administração Pública.

A partir de agora, contudo, o enfoque do trabalho será sobretudo na corrupção passiva, por decorrência do recorte já anunciado. É a infração desse tipo penal que parece ser, aos olhos da sociedade, mais digna de reprovação, sendo a corrupção ativa uma espécie de consequência imediata e existente somente quando constatada a bilateralidade. Não é socialmente reconhecida como corrupção a conduta de um particular ao oferecer determinada vantagem econômica a funcionário público, com o objetivo de obter sua Carteira Nacional de Habilitação sem aprovação no teste prático, por exemplo, muito embora a conduta se enquadre no art. 333 do Código Penal. Outrossim, o crime de corrupção ativa, *per se*, tende a ser o centro das atenções midiáticas somente quando

67 Ver também SOUZA, Luciano Anderson de, *Lei Anticorrupção: balanço de um semestre de muitos desacertos*, São Paulo, IBCCRim, Boletim 260, julho de 2014.

68 Tojal, em artigo jurídico sobre o assunto, propôs uma solução ao *bis in idem* instituído pela Lei Anticorrupção, frente à Lei de Improbidade, no que tange à responsabilização da pessoa jurídica. Para o autor, a interpretação que melhor atende às exigências de sistematização do ordenamento jurídico é aquela segundo a qual a Lei 12.846/2013, para efeitos de responsabilização objetiva da pessoa jurídica, derogou a Lei 8.492/1992. *Vide* TOJAL, Sebastião Botto de Barros, *Interpretação do artigo 30 da Lei 12.846/2013*, in *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 947, set. 2014, p. 281-294.

em concurso com sua modalidade passiva, o que pode ser verificado em todos os “escândalos de corrupção” veiculados pelos meios de comunicação.

Destarte, o apelo principal é à punição daqueles que geriram de forma inidônea a máquina pública, com a finalidade de obter proveitos pessoais, principalmente aqueles que foram eleitos para os cargos que ocupam e detêm imenso capital político.

O estudo empírico e teórico que se seguirá, dessa forma, cuidará substancialmente da corrupção passiva prevista no art. 317 do Código Penal, o que não prejudicará a eventual menção à corrupção ativa e a outras condutas delituosas.

2.4. PROPOSTAS CONCRETAS DAS INSTÂNCIAS DE CONTROLE

2.4.1. A PRESENÇA DO CRIME DE CORRUPÇÃO PASSIVA NA REALIDADE CARCERÁRIA E FORENSE

A ampla cobertura, muitas vezes com viés sensacionalista, acerca do crime de corrupção passa ao interlocutor a impressão de que essa prática delituosa, por vezes denominada “câncer da sociedade brasileira”, é igualmente presente e relevante na realidade forense e carcerária do Brasil, o que é uma conclusão equivocada. E esse equívoco diz muito a respeito do tratamento penal destinado à corrupção no Brasil.

2.4.1.1. TRIBUNAIS

A realidade forense aponta para a inexpressividade numérica do crime de corrupção passiva. É o que demonstram diversas fontes.

Em matéria publicada n’*O Globo*, em 26 de dezembro de 2013, Juliana Castro apontou para a ineficiência dos tribunais em julgar os processos envolvendo o crime de corrupção de forma a cumprir as metas estabelecidas pelo Conselho Nacional de Justiça para aquele ano, em especial a denominada “Meta 18”. Essa meta tinha como principal objetivo aliviar o congestionamento desses processos nos tribunais e, com isso, atender a uma das principais reivindicações dos protestos de junho de 2013: o “combate” à corrupção e à impunidade de seus agentes⁶⁹. Sendo assim, fora estipulada pelo CNJ a seguinte meta aos tribunais, a ser cumprida até o dia 31 de dezembro de 2013: que julgassem todos os processos relativos a crimes contra a Administração Pública anteriores a 2011. Todavia, das 114.308 ações previstas para serem julgadas pelos tribunais

regionais federais, somente 61.672 de fato o foram até dia 23 de dezembro de 2013, indicando o cumprimento de somente 53,95%.

No ano de 2014 foi estipulada meta semelhante pelo CNJ, a “Meta 4”⁷⁰, para a qual os tribunais deveriam identificar e julgar ações de improbidade administrativa e de crimes contra a Administração Pública. Mais especificamente, ficou a cargo do STJ e da Justiça Federal o julgamento de todas as ações distribuídas até 31/12/2011 e 50% das distribuídas em 2012, enquanto a Justiça Estadual e a Militar deveriam julgar todas as ações distribuídas até 31/12/2012. Ao todo, a “Meta 4” compreendia 197.859 ações, das quais, no entanto, foram julgadas 109.662 (55,42%). Nesse sentido, o passivo de processos de crimes contra a Administração Pública somava 152.901, sendo 58,08% julgado (88.798).

A meta para o ano de 2015, também chamada “Meta 4”, teve um total de aproveitamento de 58,50%, sendo 64,81% dos casos de crimes contra a Administração Pública julgados. Ora, aparentemente, esses números indicam um progresso por parte dos tribunais no que concerne à celeridade dos julgamentos desses crimes. Contudo, ao se examinarem os resultados, a conclusão é outra. Sucede que, no ano de 2015, a meta estipulada pelo CNJ aos magistrados era mais cômoda em comparação com a de 2014: julgar um passivo de 115.644 processos distribuídos⁷¹, dos quais somente 67.652 foram julgados (38,30% a menos do que no ano anterior). E, desses julgados, 46.787 foram relacionados a crimes contra a Administração Pública (menos de um terço em relação aos de 2014).

Os resultados qualitativos que podem ser extraídos do Relatório Justiça em Números⁷² são igualmente relevantes. Trata-se de um levantamento que reúne anualmente dados estatísticos oficiais do Poder Judiciário, sendo considerado uma das principais fontes de informação a esse respeito. Esse relatório, organizado pelo Conselho Nacional de Justiça, divulga os detalhes sobre a litigiosidade e sobre a própria estrutura da máquina judiciária brasileira, algo que serve de base para o estabelecimento de diretrizes e novos programas para promover uma Justiça mais célere, eficiente e, idealmente, mais justa à população, como foi o caso das supracitadas “Meta 18” e “Metas 4”. Além disso, na página virtual Justiça em Números⁷³, é possível acessar um painel com a vasta base de dados utilizada na elaboração dos relatórios anuais.

70 Relatório Metas Nacionais do Poder Judiciário 2014, Conselho Nacional de Justiça, p. 27-29.

71 Cabia ao STJ julgar 90% das ações distribuídas até 31/12/2012 e 60% das distribuídas em 2013; à Justiça Federal, 70% das ações distribuídas até 31/12/2013; à Justiça Estadual, 70% das ações distribuídas até 31/12/2012; e, à Justiça Militar da União e dos Estados, 100% das ações distribuídas até 31/12/2013.

72 Justiça em números 2016: ano-base 2015, Conselho Nacional de Justiça, Brasília, CNJ, 2016.

73 <http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoaes/pj-justica-em-numeros>. Acesso em: 08 jun. de 2017.

No que tange à variável “novos casos criminais”⁷⁴, os dados relativos aos anos de 2014 e 2015 indicam um decréscimo. O valor, que em 2014 somava 3.246.558 casos, atingiu no ano seguinte apenas 2.530.246, o que representa uma queda de 22%. Por outro lado, o número de casos pendentes aumentou de 5.797.133 para 6.152.967, um acréscimo de cerca de 6%⁷⁵.

De acordo com o painel virtual do portal, na seção “Demandas por classes e assuntos”, o crime específico de corrupção passiva representa uma pequena parcela desse montante: em 2014 os novos casos de corrupção que passaram a tramitar no Poder Judiciário somavam 2.755⁷⁶, ou seja, 0,08% do total de casos novos. Em 2015, esse valor aumentou para 3.450⁷⁷, o que corresponde a 0,13% do total de novos.

Assim, percebe-se que, numericamente, a corrupção passiva espelha uma ínfima parcela da realidade forense brasileira. Trata-se de uma percepção que desmistifica, em parte, o discurso combativo amplamente promovido pelos meios midiáticos.

Mesmo o aumento em 25% dos novos casos de corrupção entre 2014 e 2015 (de 2.755 para 3.450) não indica qualquer sucesso da postura punitivista adotada pelas instâncias de controle. Ao analisar outros dados estatísticos sobre esse mesmo período de tempo, dessa vez colhidos pelo Ministério Público Federal⁷⁸, evidencia-se, inclusive, um decréscimo dos processos autuados voltados ao tema “Combate à Corrupção”.

O MPF possui uma ferramenta de *Business Intelligence* que informa estatísticas sobre os casos sob sua responsabilidade, especificamente casos genericamente denominados “de corrupção”. Em verdade, são dados relacionados aos seguintes crimes: (a) contra as finanças públicas, (b) crimes da Lei de Licitações, (c) crimes de responsabilidade, (d) improbidade administrativa, (e) crimes praticados por particulares contra a Administração em geral, e, final-

74 Excluídas as execuções penais.

75 Justiça em números 2016: ano-base 2015, Conselho Nacional de Justiça, Brasília, CNJ, 2016, Gráficos 3.85 e 3.86, p. 72.

76 Foram 1.764 no 1º Grau; 752 no 2º Grau; 45 no Juizado Especial; 152 no STJ e 42 na Turma Recursal. Fonte: <http://paineis.cnj.jus.br/QuAjaxZfc/QvsViewClient.aspx?public=only&size=long&host=QVS%40neodimio03&name=Temp/ba01e551541d4998913811fadd0c5758.html>. Acesso em: 09 abr. de 2017.

77 Com 2.193 no 1º Grau; 1.005 no 2º Grau; 44 no Juizado Especial; 166 no STJ e 42 na Turma Recursal. Fonte: <http://paineis.cnj.jus.br/QuAjaxZfc/QvsViewClient.aspx?public=only&size=long&host=QVS%40neodimio03&name=Temp/8bo27809ab154d68aeb17ad2c1925eb1.html>. Acesso em: 09 abr. 2017.

78 <http://sig.mpf.mp.br/MicroStrategy/servlet/mstrWeb?evt=3140&src=mstrWeb.3140&documentID=2C3AEE4011E466AA00000080EF85236C&Server=SFLP-MSTR10-01.PGR.MPF.MP.BR&Project=Unico&Port=0&share=1>. Acesso em: 09 abr. de 2017.

mente, (f) crimes cometidos por funcionários públicos contra a Administração em geral, gênero do qual a corrupção passiva é espécie.

Conforme as estatísticas, em 2014 foram autuados 23.473 processos dentro do programa de “Combate à Corrupção”, reiterando que o termo “corrupção” aqui empregado não corresponde exclusivamente à corrupção passiva. Em 2015, contudo, o valor passou para 21.910, quase 7% menor do que no ano anterior. E houve também uma redução considerável no ano de 2016, de 9,4%, com 19.852 processos autuados.

2.4.1.2. CÁRCERE

Tampouco na realidade carcerária o crime de corrupção passiva parece relevante, o que fica evidente ao analisar os resultados disponibilizados pelo último Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (Infopen), datado de 2014⁷⁹.

O Infopen é um relatório que reúne uma série de informações sobre o sistema penitenciário nacional, todas provenientes do censo periódico realizado nas unidades prisionais pelo Departamento Penitenciário Nacional (Depen). Trata-se, portanto, do conjunto de dados estatísticos que representa mais fielmente o universo carcerário, e, para fins da presente pesquisa, é uma ferramenta elucidativa da insignificância da corrupção passiva nesse mesmo universo.

Em junho de 2014, a população prisional brasileira somava 607.731 pessoas⁸⁰, parte condenada por crimes tentados ou consumados e parte ainda aguardando julgamento. Desse total, somente 70⁸¹ pessoas tinham sua prisão relacionada ao crime de corrupção passiva, o que equivale a cerca de 0,01%, um valor indubitavelmente ínfimo. E, em verdade, nenhum dos crimes cometidos por funcionário público contra a Administração Pública mostrou-se representativo da realidade dos presídios: apenas 311 prisões estavam relacionadas a eles, ou seja, cerca de 0,05% do total.

2.5. O PRIMEIRO PARADOXO: ENTRE A DESCRIÇÃO SOCIAL DA CORRUPÇÃO E A SUA DESIMPORTÂNCIA NO MUNDO DOS PROCESSOS E DOS PRESÍDIOS

O primeiro paradoxo, como anunciado no item 2.1., revela-se no descompasso entre a postura punitivista promovida pelos meios midiáticos com

79 Infopen, jun/2014.

80 Infopen, jun/2014, Tabela 1, p. 11.

81 Infopen, jun/2014, Tabela 11, p. 65-68.

relação à corrupção, cujos efeitos concretos são verificados através de um crescente recrudescimento punitivo, e sua insignificância numérica no âmbito forense e carcerário.

Por um lado, há um clamor retroalimentado pela mídia que incita o “combate à corrupção”, mesmo que em detrimento de garantias individuais fundamentais, tais como o princípio da presunção de inocência e o direito à privacidade⁸². E a limitação desses direitos e liberdades é retratada como uma das exigências para que haja um efetivo combate ao crime⁸³.

Os meios de comunicação também têm, nesse contexto, o condão de restaurar o sistema primitivo das ordálias, pelo qual o acusado já era tido como culpado pela opinião pública antes de ser verdadeiramente julgado, e, por isso, tinha o ônus de provar sua inocência. Esse fenômeno é denominado *trial by media*⁸⁴, uma das consequências mais deletérias do poder de persuasão dos meios midiáticos, somado à velada quebra de qualquer compromisso com a imparcialidade. A mercantilização da informação, em especial da informação bombástica de que determinado sujeito-vilão atentou contra algum dos princípios basilares da sociedade, torna a exploração midiática da criminalização um negócio altamente lucrativo.

Consagram-se, conseqüentemente, mecanismos simbólicos de repressão ao acusado ou indiciado e sua conseqüente degradação social apenas por ser titular do *status* de objeto da persecução estatal. Em outras palavras, dá-se cabo à sua punição antecipada e à assimilação simbólica de sua culpabilidade, apesar de ainda inexistente o trânsito em julgado de qualquer condenação⁸⁵. Afinal, o tempo exigido pelo devido processo legal não acompanha o tempo do *furo de reportagem*. Da mesma maneira, o “choque” provocado pela notícia-espetáculo não dialoga com a preservação de garantias constitucionais aos envolvidos, seja sua privacidade, dignidade ou inocência presumida.

A espetacularização midiática da corrupção é, ainda, consideravelmente responsável pela construção da imagem maniqueísta de juízes-heróis, que pro-

82 Sobre o assunto, ver ÁVILA, Gustavo Noronha de, GAUER, Gabriel José Chittó, *Presunção de inocência, mídia, velocidade e memória: breve reflexão transdisciplinar*, Revista de Estudos Criminais, Porto Alegre, jan./mar. 2007, v. 7, n. 24, p. 105-113.

83 HASSEMER, Winfried. *Segurança pública no Estado de Direito*, in FRANCO, Alberto Silva e NUCCI, Guilherme de Souza (org.), *Direito penal: introdução*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2011, v. 1., p. 279.

84 SOUZA, Luciano Anderson de, FERREIRA, Regina Cirino Alves, *Direito midiático penal e exasperação repressiva*, Revista dos Tribunais, 2012, São Paulo, v. 94, p. 363-382, em especial p. 373.

85 GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *O princípio da presunção de inocência na Constituição de 1988 e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica)*, Revista do Advogado n. 42, p. 31-32.

tagonizam seu “combate” ao punir corrompidos e corruptores, inclusive quando essa punição já se dá previamente, no decorrer da persecução penal, sem qualquer fundamentação legal ou demonstração de imparcialidade. Nesse processo, como defende Gisbert⁸⁶, os juízes passam a representar uma luta política, e há a tendência de politizar a justiça na mesma medida que a política é “justicializada”.

O papel midiático, com seu caráter sensacionalista e pouco responsável, é um dos típicos aspectos do movimento de recrudescimento, que envolve principalmente o expansionismo vertical e horizontal do direito penal e punitivo. Em sua vertente vertical, verifica-se o crescente rigor das sanções impostas à corrupção, algo ilustrado pela Lei nº 10.763/2003, que aumentou o intervalo de pena dos artigos 317 e 333 do Código Penal. Já em sua vertente horizontal, o fenômeno expansionista é evidenciado por inúmeras leis que impõem novas dimensões ao crime de corrupção, inclusive no que tange à sua responsabilização, tanto em âmbito penal como em âmbito administrativo e político. Sem embargo, novos projetos de lei indicam que o tratamento recrudescido destinado à corrupção não está em vias de acabar, pelo contrário. As “Dez medidas contra a corrupção” (PL nº 4.850/2016) são a linha de frente de um modelo punitivista que optou deliberadamente por preferir garantias processuais e materiais.

Com relação a esse ponto do recrudescimento punitivo, a proposta de Hassemer é a de que as leis não sejam alteradas de forma tão descuidada. Afinal, é recorrente que essas medidas combativas não levem em consideração toda a complexidade criminológica na qual o crime está inserido, resumindo-se em uma mera expansão legislativa desenfreada e incapaz de gerar consequências positivas concretas para a sociedade. O direito penal simbólico (ou reação simbólica do direito penal), em outras palavras, é inapto para reduzir a criminalidade, apesar de corresponder aos anseios da população no curto prazo⁸⁷. E adverte:

O Direito Penal também tem uma tradição normativa, uma tradição de proteção jurídica e não apenas tradição de eficiência e de luta (...)
Retirando as garantias do Direito Penal eliminaremos a sua potência

86 GIBBERT, Rafael Bustos. *Corrupción política y derecho*, in SILVA FRANCO, Alberto, NUCCI, Guilherme de Souza (org.), *Doutrinas Essenciais – Direito Penal*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2011, v. IV, p.992-993.

87 HASSEMER, Winfried. *Perspectivas de uma moderna política criminal*, in FRANCO, Alberto Silva e NUCCI, Guilherme de Souza (org.), *Direito penal: parte especial II*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2011, v.6, p.1024. Vide, ainda, SOUZA, Luciano Anderson de, FERREIRA, Regina Cirino Alves, *Direito midiático penal e exasperação repressiva*, Revista dos Tribunais, 2012, São Paulo, v. 94, p. 379: “A mídia fomenta enormemente a postura social atual de irracionalismo punitivo, a qual ignora uma reconstrução planejada para o possível retorno à paz social e guia-se por meras soluções temporárias e simbólicas, em sua maioria, senão exclusivamente, lastreadas no direito penal”.

protetora jurídica e teremos instrumentos que não servirão para nada, porque estarão mal localizados e por isso sugiro que se reflita sobre outras reações de direito⁸⁸.

Para Hassemer, pois, é necessário um maior enfoque no fenômeno criminal, para que, assim, haja formas concretas para tornar a persecução penal real e correta. Além disso, parecem necessárias medidas a longo prazo para a prevenção legal⁸⁹.

A solução proposta por Hassemer se dá pela distinção entre a prevenção normativa e a prevenção técnica da criminalidade organizada⁹⁰, de modo que a segunda alivie a primeira. O que se evidencia é que o combate a essa criminalidade aparece quase que exclusivamente em sua forma normativa, e principalmente pela relativização de direitos fundamentais e pelo aumento da discricionariedade estatal. A prevenção técnica, em contrapartida, consiste na criação de obstáculos concretos que dificultam a prática criminosa, capazes de aliviar a necessidade de aplicação das formas de prevenção normativa.

Uma prevenção técnica para evitar a corrupção seria a implantação de regras que sistematizassem divisões de competência e de ocupação. Outros exemplos seriam: (a) a existência de uma Administração Pública transparente e uma melhor participação do cidadão na política por meio de leis de informação, (b) o intercâmbio regulamentado de informação sobre situações suspeitas, (c) organização e troca de informações entre órgão públicos e privados e (d) acordos internacionais⁹¹. Dessa forma, a existência de modos de prevenção técnica de delitos não seria prejudicial para a proteção de direitos fundamentais, ao contrário das “Dez medidas contra a corrupção”, por exemplo.

No Brasil, além disso, o recrudescimento punitivo pronuncia-se não só na esfera legislativa, mas também em tribunais, com destaque no Supremo Tribunal Federal. As recentes mudanças interpretativas do STF inclinaram-se para um tratamento mais severo aos crimes de corrupção, mais notadamente

88 HASSEMER, Winfried. *Perspectivas de uma moderna política criminal*, in FRANCO, Alberto Silva e NUCCI, Guilherme de Souza (org.), *Direito penal: parte especial II*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2011, v. 6, p. 1024-1035.

89 HASSEMER, Winfried. *Limites del Estado de derecho para el combate contra la criminalidad organizada*, in FRANCO, Alberto Silva e NUCCI, Guilherme de Souza (org.), *Direito penal: leis penais especiais I*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2011, v. 7, p. 1016-1017.

90 Reitera-se que o termo “criminalidade organizada” utilizado por Hassemer não tem relação direta com as organizações criminosas da Lei nº 12.850/2013. A expressão de Hassemer é a contraposição à “criminalidade de massas”, que envolve furtos, estelionatos e todos os crimes de baixa complexidade facilmente reconhecíveis cotidianamente.

91 HASSEMER, Winfried. *Limites del Estado de derecho para el combate contra la criminalidad organizada*, in FRANCO, Alberto Silva e NUCCI, Guilherme de Souza (org.), *Direito penal: leis penais especiais I*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2011, v. 7, p. 1018 e ss.

ao promover uma abertura cognitiva com relação à definição de ato de ofício e ao momento de consumação do crime.

E, por fim, um último aspecto desse recrudescimento é a sobreposição de instâncias em face da expansão punitiva horizontal no tocante à corrupção. Verifica-se uma sobreposição entre o direito Penal e o administrativo e até entre diferentes âmbitos do direito administrativo, em nítido desrespeito à máxima *ne bis in idem*.

Apesar do exposto, ou seja, de todo esse tratamento mais severo em relação à corrupção, as propostas concretas das instâncias de controle apontam para dados controversos. As medidas de *enforcement* da sanção penal à corrupção passiva, recorte da presente pesquisa, evidenciam o contínuo fracasso das metas dos tribunais voltadas ao seu enfrentamento. Além disso, comprovam a quantidade reduzidíssima de novos casos de corrupção passiva a serem julgados pelos juízes e a queda dos processos autuados pelo MPF voltados genericamente ao “Combate à Corrupção”.

E a realidade carcerária não diverge da forense. Os 70 presos por corrupção passiva, contabilizados pelo Ministério da Justiça no último Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias, datado de junho de 2014, espelham o descompasso entre o eufórico discurso combativo e a verdadeira face desse combate. Destaca-se, contudo, que o propósito deste trabalho não é exigir que os tribunais e as penitenciárias passem a “cumprir” as exigências da sociedade, representada pelos meios midiáticos, até pela falta de racionalidade presente nessas exigências. O que se objetiva é apenas apresentar o enorme paradoxo presente no tratamento destinado à corrupção no Brasil, o primeiro dos três que serão aqui tratados.

3. O MANEJO INTERPRETATIVO DO TEMA EM COTEJO COM CRIMES PATRIMONIAIS: O SEGUNDO PARADOXO

3.1. CRIMES PATRIMONIAIS: UM PARADIGMA FORENSE

Os crimes previstos no Título II da Parte Especial do Código Penal têm como bem jurídico tutelado o patrimônio, cuja importância no ordenamento jurídico brasileiro é nítida.

Em primeiro lugar, a posição ocupada no Código Penal pelos crimes que o atingem é de imenso destaque: só está atrás dos crimes contra a pessoa⁹².

92 SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Direito Penal e Propriedade Privada: a racionalidade do sistema penal na tutela do patrimônio*, 1. ed., São Paulo, Editora Atlas, 2014, p. 13 e 14.

Além disso, o prestígio conferido ao patrimônio pode ser observado a partir dos diversos crimes pluriofensivos dispostos no Título II da Parte Especial do CP, tais como o latrocínio (art. 157 §3º do CP) e a extorsão mediante sequestro (art. 159 do CP). Apesar de haver críticas doutrinárias em relação à classificação desses crimes como patrimoniais, ela demonstra a sintomática prevalência desse bem jurídico em detrimento da vida no caso de latrocínio e da liberdade no caso da extorsão mediante sequestro⁹³.

Mais ainda, está presente em crimes patrimoniais o mesmo movimento de expansionismo penal vertical e horizontal já verificado no crime de corrupção, no item 3.2. desta tese. O que Salvador Netto denominou de *proliferação hipertrófica*⁹⁴ dos tipos voltados à proteção do patrimônio é constatada na crescente criação de tipos extremamente precisos e insensatos, evidenciando uma criminalização de cunho casuístico e simbólico. É o caso do art. 155 §§5º e 6º do Código Penal, que qualificam respectivamente o furto de veículo automotor que venha a ser transportado para outro Estado ou para o exterior e o furto de animal domesticável de produção, ainda que já abatido.

No que tange à pena dos crimes patrimoniais, diversas incoerências também podem ser notadas⁹⁵. Um exemplo é o fato de diversos crimes contra a vida, como a lesão corporal leve em contexto de violência doméstica, maus-tratos e o sequestro ou cárcere privado apresentarem uma sanção mais leve do que o crime de furto simples, cuja pena é de reclusão de um a quatro anos. Salvador Netto ainda aponta para a seguinte anomalia: a pena àquele que pratica alguma das modalidades de furto qualificado é precisamente a mesma daquele que comete o crime de redução a condição análoga à escravidão. E essa estranheza existe mesmo no universo dos crimes patrimoniais: a pena de furto é 12 vezes maior do que a de dano.

Isto posto, faz-se mister buscar uma melhor compreensão daquilo definido como patrimônio, conceito que necessariamente exige uma aproximação entre o direito penal e o direito civil. O termo utilizado pelo Código Penal já passou por modificações terminológicas e deve ser entendido do ponto de vista técnico, enquanto bem jurídico individual passível de ser valorado economicamente, o que abrange os direitos reais e obrigacionais de titularidade de um mesmo indivíduo. A concepção de patrimônio é, pois, mais ampla do que

93 SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Direito Penal e Propriedade Privada: a racionalidade do sistema penal na tutela do patrimônio*, 1. ed., São Paulo, Editora Atlas, 2014, p. 18.

94 SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Direito Penal e Propriedade Privada: a racionalidade do sistema penal na tutela do patrimônio*, 1. ed., São Paulo, Editora Atlas, 2014, p. 26 e ss.

95 SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Direito Penal e Propriedade Privada: a racionalidade do sistema penal na tutela do patrimônio*, 1. ed., São Paulo, Editora Atlas, 2014, p. 26 e ss.

a de “propriedade”, tida como a fração do patrimônio sujeita exclusivamente a uma relação de domínio e que, portanto, não abarca a posse ou mera detenção de um bem⁹⁶.

Nesse diapasão, o direito penal, ao tutelar o patrimônio num contexto interindividual, protege justamente a forma convencional de circulação de bens, própria de uma sociedade capitalista. O furto, por exemplo, atenta contra essa lógica ao impor uma transferência da posse involuntária e clandestina. É, conseqüentemente, criminalizado e repudiado por uma política criminal que tem como protagonista o “sujeito-proprietário”⁹⁷.

3.2. CRIMES PATRIMONIAIS E SEU PARALELO COM OS CRIMES CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Como mencionado, é neste aspecto que os crimes patrimoniais diferem das demais infrações penais que possam envolver bens economicamente mensuráveis: seu caráter individual⁹⁸. Crimes patrimoniais visam tutelar bens jurídicos privados inseridos no contexto das relações interindividuais. Por sua vez, os demais crimes que envolvem lesões ou ameaças monetizáveis dizem respeito a bens jurídicos de caráter supraindividual, compreendendo a relação dos cidadãos com o Estado, a exemplo de crimes tributários, econômicos, financeiros e contra a Administração Pública.

No caso específico da corrupção passiva, cujo bem jurídico tutelado é tão difuso, é de se estranhar a frequente aproximação feita entre esse tipo penal e crimes patrimoniais, mormente o de roubo. Com efeito, soa aparentemente desprovido de nexos o fato de, no cotidiano, aquele que cometa corrupção seja qualificado como um sujeito “ladrão”, e não “corrupto”.

De toda forma, apesar de serem mundos necessariamente diversos⁹⁹, a associação desses dois tipos penais não é de todo indevida ou incompreensível,

96 SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Direito Penal e Propriedade Privada: a racionalidade do sistema penal na tutela do patrimônio*, 1. ed., São Paulo, Editora Atlas, 2014, p. 14 e ss. Ver também SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo, *Dos crimes contra o patrimônio*, in REALE JÚNIOR, Miguel (coord.), *Código penal comentado*, São Paulo, Saraiva, 2017, p. 470-473.

97 SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo, *Direito Penal e Propriedade Privada: a racionalidade do sistema penal na tutela do patrimônio*, 1. ed., São Paulo, Editora Atlas, 2014, p. 34-35.

98 Salvador Netto aponta, de todo modo, a incoerência do legislador ao incluir determinados tipos no rol de crimes contra o patrimônio, por exemplo o de apropriação indébita previdenciária (art. 168-A do CP), que deveria estar inserido na disciplina dos crimes tributários e previdenciários. O mesmo ocorre com os tipos previstos nos artigos 177 e 175 do CP, que seriam mais adequadamente classificados como crime contra o consumidor e crime societário respectivamente. SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Direito Penal e Propriedade Privada: a racionalidade do sistema penal na tutela do patrimônio*, 1. ed., São Paulo, Editora Atlas, 2014, p. 19.

99 Inclusive, há uma diferença numérica: em 2014, crimes contra o patrimônio correspondiam a 16% da população carcerária brasileira, de acordo com os dados do Infopen. Isso significa que,

apesar de atécnica. Afinal, é verdade que há um denominador comum entre os crimes patrimoniais e os crimes de corrupção, qual seja, o fato de o sujeito ativo pretender auferir uma *vantagem indevida* com sua conduta delitiva.

Para além disso, é possível identificar a existência de institutos e princípios jurídicos que se aplicam a esses crimes de forma semelhante. É o caso do princípio da insignificância e o da adequação social, sendo o primeiro analisado à luz do crime de furto, crime contra o patrimônio, e o segundo à luz da corrupção passiva, exemplo de crime contra a Administração Pública e principal objeto de análise.

Considerando a teoria do delito, segundo a qual o crime é o fato típico, antijurídico e culpável, os princípios da insignificância e da adequação social estão no âmbito da tipicidade da conduta, mais especificamente, sua tipicidade material. Se a tipicidade *formal* está relacionada à adequação do fato à norma¹⁰⁰, a tipicidade *material* volta-se à propensão da conduta de ameaçar ou lesar, de forma intolerável, um bem jurídico. Em face disso, esses princípios criam exceções àquilo que se entende por *bem jurídico penalmente relevante*.

Assim, entende-se que o direito penal não poderá apenar o indivíduo cuja ação estiver abarcada pelo manto da “adequação social” ou da “insignificância”, mesmo que ele realize os elementos de determinado tipo penal com dolo. E, mesmo não estando expressamente previstos no Código Penal, esses institutos são amplamente reconhecidos pela doutrina brasileira e, teoricamente, também pela jurisprudência, ou ao menos pelo Supremo Tribunal Federal.

Em síntese, conforme será pormenorizado neste capítulo, o princípio da insignificância exige que a ofensa ao bem jurídico tutelado seja grave o bastante para que se justifique a intervenção do direito penal. Caso a extensão dessa ofensa não seja materialmente relevante, isto é, seja insignificante, o fato deve ser considerado atípico. É por essa razão que esse instituto é também denominado de “princípio da bagatela”. O princípio da adequação social, a seu turno, afasta a tipicidade de condutas que, embora formalmente típicas, sejam reconhecidamente aceitáveis do ponto de vista histórico e social¹⁰¹.

dos 607.731 presos, 97.206 haviam sido condenados, ou ainda aguardavam julgamento, por crimes patrimoniais, em sua maioria por furto ou roubo. Ora, há um contraste imenso quando esse valor é comparado aos 311 presos por crimes contra a Administração Pública, sendo somente 70 por corrupção passiva.

100 A tipicidade formal possui duas faces: a objetiva e a subjetiva. Do ponto de vista objetivo, consiste na realização dos elementos do tipo. Já do ponto de vista subjetivo, pela existência de dolo ou culpa por parte do agente.

101 SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Fundamentos da adequação social em direito penal*, São Paulo, Quartier Latin, 2010, p. 24.

É verdade que não são raras as vezes em que esses princípios são confundidos entre si, principalmente pelos magistrados em suas decisões. De toda forma, parte relevante da doutrina considera que “adequação social” não é sinônimo de “insignificância”¹⁰². Para Silveira, por exemplo, apesar de ser possível uma eventual convergência conceitual entre os dois princípios, a grande distinção está no fato de nem sempre uma lesão insignificante acarretar uma situação socialmente adequada. Apesar de uma situação de bagatela poder implicar na adequação social da conduta, a recíproca não necessariamente será verdadeira¹⁰³.

Cabe, ainda assim, frisar que tanto o princípio da insignificância quanto o da adequação social poderiam ser aplicáveis, *em tese*, a qualquer crime. Não haveria, então, um porquê de analisar um à luz do crime de furto e o outro sob a ótica da corrupção passiva. Essa opção tinha sua razão de ser, pois segue o padrão de aplicação dos princípios pelos operadores do direito, sobretudo pelos magistrados, o que não está diretamente atrelado à idealização teórica dos princípios.

De fato, no contexto brasileiro, preferiu-se associar a insignificância à subtração de coisa alheia móvel, não sendo discutida a eventual adequação social dessa conduta. A seu turno, a corrupção praticada por funcionário público tornou-se exemplo clássico de incidência do princípio da adequação social, principalmente na hipótese em que se aceitam “mimos” no exercício da função pública. De resto, ao contrário do crime de furto, não existe precedente jurisprudencial ou qualquer entendimento sedimentado no sentido de reconhecer a insignificância na prática de corrupção passiva, o que obstaria a formulação de um quadro comparativo entre os delitos.

Com o escopo de traçar um paralelo mais apropriado entre o tratamento penal destinado a esses dois delitos, destarte, preferiu-se analisá-los a partir de princípios distintos, mas cuja finalidade e fundamento são precisamente os mesmos. Afinal, visam impedir que condutas sejam consideradas materialmente típicas, em nome da racionalidade e da subsidiariedade próprias do direito penal.

Sucedee, todavia, que nem mesmo esse ponto de convergência é capaz de promover um tratamento penal minimamente uniforme a esses delitos. Ao contrário, a desigual aplicação dos princípios mencionados pelos tribunais evidencia a gritante discrepância na forma com a qual esses crimes são aborda-

102 SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Fundamentos da adequação social em direito penal*, São Paulo, Quartier Latin, 2010, p. 183 e ss.

103 SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Fundamentos da adequação social em direito penal*, São Paulo, Quartier Latin, 2010, p. 194 e 195.

dos no mundo do direito. Como se verá, essa análise comparativa aponta para o segundo paradoxo referente à corrupção no Brasil.

3.3. A INSIGNIFICÂNCIA EM CRIMES PATRIMONIAIS

3.3.1. O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA

A insignificância é referida por Roxin¹⁰⁴, assim como por diversos autores, como causa de exclusão da tipicidade de determinada conduta. O princípio abarca circunstâncias em que *não existe* lesão ao bem jurídico tutelado, o que afasta a hipótese de infração de uma norma de proibição. Para que a insignificância seja reconhecida pelos ordenamentos jurídicos, assim, impõe-se que a noção de bem jurídico seja interpretada de forma restritiva, compreendendo somente as lesões que lhe sejam relevantes e socialmente deletérias. Em outras palavras, o princípio da insignificância cuida de assegurar o caráter subsidiário do direito penal¹⁰⁵.

Como supramencionado, é certo que o princípio da insignificância não se restringe a crimes patrimoniais; em tese, pode ser aplicado a qualquer tipo penal. É francamente reconhecido, por exemplo, em crimes contra a ordem tributária, de lesão corporal e crimes ambientais. De toda forma, para fins do presente trabalho, esse princípio será analisado sob a ótica dos crimes contra o patrimônio.

Ora, para que o princípio da insignificância seja devidamente aceito pelo direito penal e aplicado a casos concretos envolvendo crimes patrimoniais, a noção de “patrimônio” precisa ser compreendida sob a ótica não só jurídica, mas também econômica. Ao limitar a noção de patrimônio a um direito subjetivo de determinada pessoa, ou seja, a uma mera titularidade, desconsiderando as características do objeto em si, é impossível aferir o dano patrimonial em jogo e, conseqüentemente, o potencial lesivo da conduta que o causou¹⁰⁶.

104 ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general – Tomo I – Fundamentos: las estructuras de la teoria del delito*, Trad. PEÑAET LUZÓN, Diego-Manuel *et al*, Madrid, Civitas, 1997, p. 296-297.

105 Roxin admite a importância do princípio da insignificância, assim como o da adequação social, em sua obra. Ambos são compreendidos como espécies do princípio da adequação social *lato sensu*, cujo objetivo é o de eliminar do tipo condutas não correspondentes a um injusto propriamente dito. Para ele, contudo, tais institutos têm um caráter mais interpretativo, podendo ser substituídos por critérios mais exatos. Sua proposta com a teoria da imputação objetiva é a de desenvolver balizas mais precisas e universais para a correta tipificação de uma conduta, o que não anularia a importância da teoria da adequação social e da insignificância. Vide ROXIN, Claus, *Derecho penal: parte general – Tomo I – Fundamentos: las estructuras de la teoria del delito*, Trad. PEÑAET LUZÓN, Diego-Manuel *et al*, Madrid, Civitas, 1997, p. 297.

106 SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Direito Penal e Propriedade Privada: a racionalidade do sistema penal na tutela do patrimônio*, 1. ed., São Paulo, Editora Atlas, 2014, Cap. 2, principalmente p. 53

Mais adequado para o direito penal é o conceito misto de patrimônio, amplamente aceito pela doutrina, que leva em consideração a existência de um bem *dotado de valor de troca* (faceta econômica do termo), além da presença de uma relação de titularidade reconhecida pelo direito (faceta jurídica do termo)¹⁰⁷. Essa teoria, também denominada jurídico-econômica, por limitar o patrimônio enquanto bem jurídico tutelado, viabiliza o reconhecimento de situações de atipicidade material, muito embora estejam configurados todos os elementos formais do tipo penal e verificada uma concreta violação à condição jurídica de proprietário do ofendido¹⁰⁸.

O princípio da insignificância surge, então, como consequência da relativização dos contornos do patrimônio, sempre em respeito à *ultima ratio* do direito penal.

Além disso, o princípio dialoga com a função social da propriedade adotada pelo texto constitucional (artigo 5º, XXIII), instituto que confere à propriedade um caráter coletivo, tornando-a elemento fundamental para a promoção de uma justiça distributiva¹⁰⁹. E tal previsão não é alheia ao direito penal, na medida que estabelece diretrizes para que a política criminal não agrave a desigualdade social existente no país. A função social da propriedade, para tanto, depende do reconhecimento de princípios que mitiguem a tipicidade nos casos em que a intervenção penal é ilógica e irrazoável.

Segundo Salvador Netto, a atipicidade decorrente da insignificância refere-se aos bens de valor econômico ínfimo, mesmo quando providos de valor sentimental¹¹⁰. A aplicação do princípio, nesses termos, refere-se aos casos em que a *quantificação* da lesão sofrida não chega a ser suficiente para justificar a adequação típica. É nesse sentido, reiterar-se, que a faceta econômica do termo “patrimônio” é tão significativa; a avaliação econômica do dano estabelecerá a fronteira entre o crime e o não-crime.

Posto que a insignificância afasta a intervenção do direito penal quando a ofensa ao bem jurídico for considerada criminalmente irrelevante, entende-se

107 SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Direito Penal e Propriedade Privada: a racionalidade do sistema penal na tutela do patrimônio*, 1. ed., São Paulo, Editora Atlas, 2014, Cap. 2, principalmente p. 60.

108 SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Direito Penal e Propriedade Privada: a racionalidade do sistema penal na tutela do patrimônio*, 1. ed., São Paulo, Editora Atlas, 2014, Cap. 2, principalmente p. 87.

109 SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Direito Penal e Propriedade Privada: a racionalidade do sistema penal na tutela do patrimônio*, 1. ed., São Paulo, Editora Atlas, 2014, Cap. 5, principalmente p. 187.

110 SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Direito Penal e Propriedade Privada: a racionalidade do sistema penal na tutela do patrimônio*, 1. ed., São Paulo, Editora Atlas, 2014, Cap. 2, principalmente p. 88.

que a aplicação do princípio voltar-se-á a crimes patrimoniais por excelência, isto é, aqueles que não envolvam outros bens jurídicos. Assim, sua incidência fica comprometida no crime de roubo, por exemplo, em que há violência ou ameaça à pessoa.

A melhor maneira de estudar a aplicação do princípio da insignificância, portanto, é sob a ótica do crime de furto, que lesa exclusivamente o patrimônio do ofendido, mais especificamente sua coisa móvel. Por isso, o crime de furto servirá de parâmetro comparativo para o desenvolvimento do *segundo paradoxo* identificado por este trabalho.

3.3.2. A JURISPRUDÊNCIA DO STF: HC 84.412-0/SP

Apesar de não haver menção ao princípio da insignificância na lei brasileira, o STF reconheceu seu caráter vinculante na decisão liminar da ação de *habeas corpus* nº 84.412-0/SP, julgada em 19 de outubro de 2004. Segue a ementa da decisão:

PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. IDENTIFICAÇÃO DOS VETORES CUJA PRESENÇA LEGÍTIMA O RECONHECIMENTO DESSE POSTULADO DE POLÍTICA CRIMINAL. CONSEQÜENTE DESCARACTERIZAÇÃO DA TIPICIDADE PENAL, EM SEU ASPECTO MATERIAL. DELITO DE FURTO. CONDENAÇÃO IMPOSTA A JOVEM DESEMPREGADO, COM APENAS 19 ANOS DE IDADE. “RES FURTIVA” NO VALOR DE R\$ 25,00 (EQUIVALENTE A 9,61% DO SALÁRIO MÍNIMO ATUALMENTE EM VIGOR). DOCTRINA. CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA JURISPRUDÊNCIA DO STF. CUMULATIVA OCORRÊNCIA, NA ESPÉCIE, DOS REQUISITOS PERTINENTES À PLAUSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO E AO “PERICULUM IN MORA”. MEDIDA LIMINAR CONCEDIDA.

Nesse precedente, o Ministro Relator Celso de Mello concedeu a liminar em favor de Bill Cleiton Cristóvão, condenado à pena de reclusão de oito meses pela Justiça paulista. Como se pode observar pelo teor da ementa, o paciente possuía 19 anos e encontrava-se desempregado à época dos fatos, e a *res furtiva*, uma fita de *videogame*, valia R\$ 25,00.

Na decisão, o relator afirmou que, dentro da lógica de intervenção penal mínima do Estado, a interferência do direito penal deve ser afastada quando não houver agressão suficientemente relevante ao bem jurídico. Em outras palavras, a conduta em questão deve ser minimamente ofensiva ao interesse tutelado, caso contrário não há como justificar a incidência de sanção penal, por excelência grave e excepcional.

Sem embargo, o grande mérito do despacho do Ministro Celso de Mello está na sistematização de quatro vetores para a aplicação do princípio da insignificância em casos concretos. Tais vetores vão além do mero valor irrisório do bem subtraído, acolhendo igualmente outras condições favoráveis ao acusado. São eles: “(a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) a nenhuma periculosidade social da ação, (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada”. Para Salvador Netto¹¹¹, tal opção interpretativa não diz respeito precisamente à atipicidade da conduta, mas sim à desnecessidade de aplicação da pena, o que implica uma análise mais detalhada do caso concreto.

Em pesquisa desenvolvida em 2016 pelo Núcleo Empírika, grupo de extensão da Faculdade de Direito da USP sob orientação do professor e magistrado Marcos Alexandre Coelho Zilli¹¹², do qual fez parte a autora desta monografia, procurou-se analisar como esses vetores são interpretados pela jurisprudência. Elaborou-se, então, um glossário com a definição de cada um.

Com base nele, entende-se que a mínima ofensividade da conduta do agente diz respeito ao valor pecuniário da coisa furtada, que deve ser baixo o suficiente para dispensar a intervenção do direito penal.

Quanto à ausência de periculosidade social da ação, trata-se de um vetor relacionado à repercussão do fato na vida social. Nesse sentido, analisa-se a propensão de a conduta formalmente típica afetar terceiros.

O reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento, por sua vez, parece estar associado aos antecedentes do agente, à prática de novos delitos no curso do processo e ao concurso de agentes. Ainda, conforme a pesquisa realizada, esse terceiro critério afasta o princípio da insignificância quando o agente faz da atividade criminosa sua forma de sustento, independentemente do valor do bem subtraído.

Por fim, a inexpressividade da lesão jurídica provocada versa mormente sobre as consequências da conduta à vítima. Mesmo se objetivamente o valor da coisa furtada for pequeno, entende-se incabível a aplicação do princípio da insignificância quando o dano causado à vítima lhe for intolerável, tendo em vista sua situação social e patrimonial. Faz-se aqui necessário um juízo de

111 SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Direito Penal e Propriedade Privada: a racionalidade do sistema penal na tutela do patrimônio*, 1. Ed., São Paulo, Editora Atlas, 2014, Cap. 2, principalmente p. 225.

112 Até a conclusão deste trabalho, essa pesquisa do Núcleo Empírika, que também servirá de base para o item 4.3.3., ainda não havia sido publicada, encontrando-se em fase de revisão.

proporcionalidade entre o valor pecuniário do bem e os efeitos do delito para o ofendido individualmente considerado.

Destarte, pelo fato de o princípio da insignificância ser um instituto vago, esses parâmetros concebidos pelo Supremo poderiam orientar os magistrados quanto ao seu âmbito de incidência, de forma a promover uma maior homogeneização da jurisprudência. Tal objetivo, porém, parece não ter sido alcançado na prática.

3.3.3. O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NA REALIDADE FORENSE

Com o fim de investigar a irradiação da jurisprudência do STF acerca do princípio da insignificância nas instâncias inferiores, é de extrema valia a pesquisa realizada pelo Núcleo Empírika. Nela, analisou-se o teor de acórdãos proferidos pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo ao longo do ano de 2015, sendo, em todos eles, a insignificância em crimes de furto objeto de exame.

A opção por restringir a pesquisa temporal e geograficamente justificava-se na imensa frequência com a qual esse tema é apreciado pelos magistrados em todo o país, o que tornaria impossível a realização de um estudo exaustivo. De toda forma, a amostra coletada, apesar de restrita, revela-se representativa ao apontar para uma tendência jurisprudencial, qual seja, a de evitar ao máximo a aplicação do princípio da insignificância, revelando um viés punitivista por parte do Judiciário, a despeito do caráter garantista do precedente do Supremo Tribunal Federal.

Os acórdãos selecionados foram, *a priori*, aqueles cuja ementa continha os termos “furto” e “princípio da insignificância” cumulativamente, num total de 1.854 decisões. Desses acórdãos, contudo, foram desconsiderados dois grupos: (a) os que, apesar de conterem o termo “furto” na ementa, versavam sobre o crime de roubo e (b) os que apreciavam o delito de furto, mas não examinavam no mérito o princípio da insignificância ou não o faziam em relação a esse crime especificamente. Feito esse filtro, restaram 1.567 acórdãos proveitosos para os fins do estudo empírico, nos quais se baseiam os resultados a seguir apresentados.

O resultado da pesquisa é revelador: dos 1.567 acórdãos, em apenas 36 reconheceu-se a insignificância da conduta do acusado, o que equivale a meros 2,3% do total.

Os dados sobre a distribuição dessas decisões nas Câmaras e nos Grupos julgadores do TJ/SP são igualmente reveladores: somente em 7 Câmaras Criminais¹¹³ acolheu-se o princípio pelo menos uma vez, aplicando-o pró-

113

São elas: a 1^a, a 3^a, a 7^a, a 10^a, a 12^a, a 13^a e a 16^a Câmara Criminal do TJ/SP.

-réu, isso em um universo de 26 Câmaras e Grupos que apreciaram essa temática ao longo de 2015.

E isso não indica que nessas 7 Câmaras o princípio foi largamente aplicado, pelo contrário. Em 3 delas, a bagatela foi verificada uma única vez¹¹⁴, ou seja, de forma extremamente excepcional. Foi somente na 12ª Câmara Criminal que o índice de verificação do princípio ultrapassou a metade das decisões julgadas; foram 17 vezes, num total de 27 (ou seja, 63% das vezes).

A ojeriza dos desembargadores do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo ao princípio da insignificância, aliás, parece refletir a tendência dos juízes de direito paulistas. Conforme indica a pesquisa, 80% dos acórdãos analisados mantiveram a decisão de condenação decretada em primeira instância, e em apenas 3% dos casos reformou-se a absolvição do juízo *a quo*. Como se pode imaginar, os casos de absolvição em segundo grau, em sede de apelação, foram também ínfimos: 1,7% dos casos.

Considerando os 1.567 acórdãos, somente 120 deles promulgaram decisões favoráveis ao réu (8% deles), seja pelo reconhecimento da bagatela, seja pela declaração da extinção da punibilidade, seja por outro fator.

Das decisões que reconheceram a bagatela, 36, saltam aos olhos alguns aspectos. O primeiro deles é que o valor médio de bens subtraídos foi de R\$ 91,56, sendo o menor valor de R\$ 9,00 e o maior de R\$ 349,47. Por 27 vezes (77,8% dos casos), esse valor encontrava-se entre R\$ 00,01 e R\$100,00.

Nesse sentido, o valor do bem foi o principal fundamento para o reconhecimento da atipicidade da conduta, sendo utilizado em dois terços dos casos, inclusive nas duas decisões em que esse valor superava R\$ 300,00. Além disso, a recuperação do bem pela vítima foi outro fundamento importante em 19 decisões, uma vez que, para os desembargadores, refletia a inexpressividade da lesão jurídica provocada.

No que tange aos acórdãos que não aplicaram o princípio, ou seja, a esmagadora maioria deles, há também interessantes considerações a serem feitas, como indica a pesquisa. A principal delas diz respeito aos fundamentos utilizados para afastar a hipótese de bagatela, conforme será tratado a seguir.

Curioso que, expressa ou tacitamente, muitas vezes (em 29% dos casos que não reconheceram a bagatela) fez-se menção aos critérios estabelecidos pelo STF, para, contudo, afastar sua aplicação. Realmente, a linha argumentativa dos desembargadores tendia a distorcer o próprio precedente, fazendo-lhe referência justamente para afastar a aplicação do princípio, mesmo pela não ve-

114 São elas: a 3ª, a 7ª e a 13ª Câmara Criminal do TJ/SP.

rificação de apenas um dos vetores. O que o grupo de pesquisadores percebeu foi que, apesar de o Supremo ter estabelecido critérios mais delimitados para o reconhecimento da insignificância, eles ainda são demasiado genéricos, permitindo qualquer tipo de interpretação por parte dos magistrados.

Ainda, a segunda motivação mais recorrente baseou-se na gravidade em abstrato do crime de furto e na suposta situação de impunidade que a aplicação do princípio acarretaria, de modo a supostamente fomentar a prática de delitos. Esse nítido ranço punitivista, presente em 18% dos casos que negaram a bagatela, também se encontra na terceira motivação mais frequente (16% dos casos), que preteriu o precedente do STF e alegava que o princípio não estaria previsto no ordenamento jurídico brasileiro, justificativa que muitas vezes acompanhava o repúdio pessoal do relator ao princípio.

Por fim, o último aspecto digno de nota é com relação ao valor do bem subtraído nas hipóteses de não reconhecimento da insignificância, muito embora não haja indicação dessa quantia em 30,3% dos casos. Em 26,6% das decisões analisadas, o valor do bem subtraído não ultrapassava R\$ 100,00, sendo em 32 casos inferior a R\$ 25,00. Em um caso extremo, inclusive, afastou-se a hipótese de bagatela em um furto simples tentado de duas caixas de chocolate de uma padaria, mercadorias que, juntas, valem R\$ 4,50¹¹⁵. O fundamento para tal decisão foi a reincidência do autor em crimes dolosos.

Um segundo caso, igualmente estarrecedor, tratou de um furto tentado, qualificado pelo concurso de agentes, no qual o bem consistia em um desodorante de R\$ 5,40, subtraído de uma farmácia. Em primeiro grau, um dos agentes foi condenado à pena de dois anos de reclusão em regime inicial fechado, além de multa, enquanto o outro teve a pena privativa de liberdade substituída pela prestação de serviços à comunidade, além de multa. Em segunda instância, não se reconheceu o princípio da insignificância, apesar de a pena ter sido reduzida por outros motivos. O fundamento da decisão foi a inexistência do princípio no direito brasileiro.

Todos os dados analisados demonstram a ínfima consolidação do princípio da insignificância no Brasil, ao menos para os crimes de furto. Disso, o que se pode concluir é que há uma forte tendência punitivista por parte dos magistrados, ao menos no que tange a esse tipo de crime, considerado reflexo da imensa desigualdade social existente no país. Afinal, é inegável que o agente que pratica furtos é, por excelência, aquele privado de condições socioeconô-

micas favoráveis e marginalizado pela sociedade, questão que legitimaria toda uma dissertação à parte.

3.4. ADEQUAÇÃO SOCIAL NA CORRUPÇÃO

3.4.1. O PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO SOCIAL

Hans Welzel utilizou o conceito de “adequação social” no Direito Penal com o intuito de trazer para um plano mais concreto a ideia de “direito penal mínimo”, tendo consciência do intenso impacto da sanção e da persecução penal na sociedade. A ideia que Welzel consagrou, pois, é a de que o direito não deve tutelar bens jurídicos como se fossem absolutamente invioláveis e imunes a relativizações¹¹⁶.

Para tanto, sua premissa é a de que os tipos penais são *condutas historicamente inadequadas* para a vida social, apesar de fazerem parte dela¹¹⁷. Contudo, essa definição não impede que as condutas tidas como *socialmente adequadas* tragam prejuízos para um indivíduo ou para uma coletividade. Para o jurista alemão, essas condutas adequadas estariam simplesmente dentro dos limites de uma “gestão ordenada”, mesmo detendo potencial para acarretar desvantagens.

Para Welzel, por conseguinte, são consideradas condutas socialmente adequadas, e, portanto, atípicas penalmente, as lesões corporais insignificantes (StGB § 223), as privações de liberdade irrelevantes (§ 238), a entrega habitual de presentes de pequeno valor a funcionários públicos no Ano Novo (§ 331 e 78 A, I), entre outras. Apesar de não serem de forma alguma socialmente exemplares, essas condutas estariam dentro do limite da liberdade de ação individual e mitigariam os respectivos tipos penais¹¹⁸.

Silveira aponta para o crescente aperfeiçoamento da tese de Welzel na segunda metade de século XX, uma vez que o jurista enfrentou duras críticas de seus contemporâneos, sendo acusado de provocar um estado de insegurança jurídica ao promover a noção de adequação social¹¹⁹.

116 SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Adequação social e Direito Penal* in BOTTINI, Pierpaolo Cruz, PACELLI, Eugênio, MENDES, Gilmar Ferreira (coord.) *Direito Penal Contemporâneo: questões controvertidas*, São Paulo, Saraiva, 2011, p. 57.

117 WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán*, Trad. Juan Bustos Ramírez y Sergio Y. Pires, Santiago de Chile, Jurídica de Chile, p. 83.

118 WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán*, Trad. Juan Bustos Ramírez y Sergio Y. Pires, Santiago de Chile, Jurídica de Chile, p. 85.

119 SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Adequação social e Direito Penal* in BOTTINI, Pierpaolo Cruz, PACELLI, Eugênio, MENDES, Gilmar Ferreira (coord.) *Direito Penal Contemporâneo: questões controvertidas*, São Paulo, Saraiva, 2011, p. 64 e ss.

Além das releituras feitas pelo próprio Welzel, foram desenvolvidas diversas variações da ideia de adequação social pela doutrina, sendo a teoria da imputação objetiva de Roxin uma delas. De acordo com essa teoria, a criação de um risco judicialmente proibido é elemento essencial para a imputação de um fato típico a um agente. Assim, para que esse sujeito seja responsabilizado por uma conduta com resultado penalmente relevante, essa conduta deve extrapolar o âmbito do risco judicialmente permitido, ou seja, ela precisa violar um dever de cuidado, decorrente de uma previsão legal, de regras técnicas profissionais ou de deveres gerais de cautela .

No que tange à teoria do delito, a imputação objetiva está atrelada à tipicidade objetiva por associar a conduta do agente ao resultado danoso penalmente típico. E, pelo fato de o risco permitido estar ligado àquilo que é socialmente tolerável, parte da doutrina defendeu a absorção da noção de adequação social pela de imputação objetiva, inclusive Roxin.

De toda sorte, Silveira advoga a tese de que a adequação social é um passo anterior à verificação típica, o que a tornaria um instituto independente da imputação objetiva, embora haja compatibilidade entre esses dois conceitos¹²⁰. Dessa feita, a adequação social não seria exatamente uma excludente de tipicidade, ao contrário do que permitiria a teoria do risco¹²¹.

De acordo com Silveira, tendo em vista o trinômio tipicidade-antijuridicidade-culpabilidade, a adequação social não permite que determinada conduta “*ultrapasse a fronteira da tipicidade*”, justamente pelo fato de ser considerada normal para os parâmetros da sociedade em questão, dentro de seus valores histórico-culturais. Os fatos adequados socialmente são, nesse diapasão, um mero “nada jurídico”, diferentemente daqueles que exigem um escrutínio sob a perspectiva da imputação objetiva. Para o autor, destarte, “*não se trata de uma exclusão de tipicidade (verificada na imputação objetiva), mas sim um não aperfeiçoamento desta*”¹²², o que justifica o atual reconhecimento do princípio por parte considerável da doutrina e da jurisprudência, inclusive a brasileira.

No que diz respeito à adequação social especificamente em crimes de corrupção passiva, um dos principais debates é quanto à delimitação do que seria ou não socialmente tolerável no exercício de uma função pública. Se a doutri-

120 SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Fundamentos da adequação social em direito penal*, São Paulo, Quartier Latin, 2010, p. 201 e ss.

121 Ver também SILVEIRA, Renato de Mello Jorge, *Fundamentos da adequação social em direito penal*, São Paulo, Quartier Latin, 2010, p. 281 e ss.

122 SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Adequação social e Direito Penal* in BOTTINI, Pierpaolo Cruz, PACELLI, Eugênio, MENDES, Gilmar Ferreira (coord.) *Direito Penal Contemporâneo: questões controvertidas*, São Paulo, Saraiva, 2011, p. 72-73.

na e a jurisprudência chegassem a um consenso, balizar-se-ia a distinção entre a vantagem indevida e a não indevida, entre a conduta criminosa e a atípica.

Quanto aos presentes em datas festivas ou singelas gratificações ao funcionário, o entendimento que prevalece é o de que são condutas socialmente adequadas¹²³, tanto que o Código de Conduta da Alta Administração Federal permite esses presentes em até R\$ 100,00¹²⁴.

De toda forma, não é de todo unânime se a adequação deve ser ainda pautada pela gratificação *desinteressada* ao funcionário ou se, havendo interesses em jogo, basta que haja um reduzido grau de ofensividade ao bem jurídico Administração Pública. Segundo Luciano Anderson de Souza, por exemplo, para que o mimo consubstancie um acordo espúrio, deve estar atrelado à promessa ou à realização de ato de ofício pelo funcionário, fator que distinguirá o presente interessado do desinteressado.

Assim, com o fim de investigar a aplicação do princípio da adequação social em casos de corrupção passiva, realizou-se pesquisa cujos resultados são apresentados a seguir.

3.4.2. A APLICAÇÃO DA ADEQUAÇÃO SOCIAL NO CRIME DE CORRUPÇÃO PASSIVA

Em contraste com a quase aversão ao princípio da insignificância para o crime de furto, a jurisprudência e as normas administrativas brasileiras parecem abraçar o princípio da adequação social no que tange à corrupção passiva. Nesse sentido, a não previsibilidade da adequação social na legislação brasileira não parece ser grande obstáculo para seu reconhecimento em abstrato e sua aplicação em casos concretos.

De forma a comprovar empiricamente essa constatação, o presente trabalho adotou um método de pesquisa similar ao do Núcleo Empírica em sua investigação sobre aplicação dos princípios da bagatela em crimes de furto. Aqui, contudo, não foi necessário restringir a pesquisa jurisprudencial temporal ou geograficamente, afinal, são raras as vezes em que magistrados apreciam o princípio da adequação social em crimes de corrupção passiva, ao menos de forma explícita.

Dada a viabilidade de realização de uma pesquisa ampla, utilizaram-se as seguintes ferramentas de busca jurisprudencial: aquelas disponibilizadas pelo

123 SOUZA, Luciano Anderson de. *Corrupção: novos desafios jurídico-penais em torno de um antigo grave problema* in SILVEIRA, Renato de Mello Jorge, PASCHOAL, Janaína Conceição (org.) Livro Homenagem a Miguel Reale Júnior, Rio de Janeiro, GZ, 2014, p. 350-351.

124 Resolução nº 03 de 2000 da Comissão de Ética Pública do Governo Federal.

Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça e Tribunais Regionais Federais, bem como os *sites Digesto*¹²⁵ e *Jusbrasil*¹²⁶. O resultado consistiu em decisões contendo cumulativamente os termos “adequação social” e “corrupção passiva”, mesmo que esse não fosse o teor da ementa.

Após o descarte das decisões que não tratavam do crime de corrupção passiva, restaram somente três: uma proferida pelo STJ, uma pelo TRF da 3ª Região e a última pelo TJ/MG. Delas, somente a do Superior Tribunal de Justiça aplicou o princípio da adequação social *pro reo*, mas ainda é possível extrair conclusões interessantes das demais. Indispensável, pois, uma análise mais detalhada de cada uma delas.

No Agravo em Recurso Especial nº 771.370/PA, julgado em 1º de agosto de 2016 e de relatoria do Ministro Nefi Cordeiro, a denúncia imputava a uma juíza o crime de corrupção passiva por supostamente ter solicitado o apoio do Governador do Pará para que, junto ao Presidente do Tribunal, promovesse sua ascensão ao cargo de desembargadora. Em troca, a denunciada teria oferecido a prolação de decisões favoráveis em determinados processos licitatórios a dois outros sujeitos próximos ao governador, o que de fato ocorreu em momento posterior. A principal prova trazida aos autos foi a gravação de um diálogo telefônico no qual a juíza teria consumado o delito.

No que tange à adequação social, assentou-se no acórdão, com base no princípio da adequação social, que não restava evidenciada conduta típica “*uma vez que pedir apoio a ascensão ao desembargo não se amolda ao preceituado no art. 317 do CP*”. Além disso, afirmou-se que “*embora [a denunciada] tenha recebido partes interessadas em seu gabinete na concessão de liminares, (...) o pedido de apoio à ascensão ao desembargo não se trata de vantagem contrária ao direito, como demanda o crime de corrupção passiva*”¹²⁷.

Ora, e essa é a contradição que se quer ver abordada neste capítulo. É inegável que a decisão desse caso contraria a tendência punitivista dos tribunais nos crimes de furto, apesar da semelhança entre os princípios da adequação social e da insignificância. Aliás, o agravo em questão, interposto pelo Ministério Público do Estado do Pará, apenas manteve a decisão absolutória do Tribunal de origem.

O segundo acórdão trata da Apelação Criminal nº 2004.61.02.006971-1/SP, julgada por Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região e de rela-

125 <https://www.digesto.com.br/digesto/>. Acesso em: 08 jun. de 2017.

126 <https://www.jusbrasil.com.br/>. Acesso em: 08 jun. de 2017.

127 Uma observação: foram corrigidos os erros gramaticais da citação, para que o texto se tornasse mais compreensível.

toria do Desembargador Federal André Nekatschalow. Neste caso, o acusado teria indicado uma profissional a um funcionário público, para que ele a nomeasse para determinado cargo em troca de favores. A defesa, então, alegou a atipicidade dos fatos da denúncia, pelo fato de a conduta em tela ser socialmente aceita, ante a relação de amizade entre o réu e o funcionário.

Apesar de a decisão não ter reconhecido a adequação social, não o fez por uma razão curiosa: a relação de amizade alegada não foi comprovada nos autos. Ou seja, se a defesa tivesse logrado demonstrá-la, estaria configurada a atipicidade da conduta.

A última decisão é a Apelação nº 10702074076804001/MG, publicada em 04/03/2013 e de relatoria do Desembargador Alexandre Victor de Carvalho. Mais uma vez, não se determinou a atipicidade da conduta, mas há considerações interessantes a serem exploradas acerca do acórdão.

No caso em tela, a imputação penal referia-se à suposta solicitação indevida de R\$ 50,00 pelo acusado, no exercício de sua função pública, a título de “cafezinho”, e os fatos foram tidos como incontroversos pelos julgadores.

No voto vencido, do relator, houve uma nítida confusão entre a noção de adequação social e a de insignificância, que foram usadas como se fossem sinônimos. Nele, mencionou-se a já citada Resolução nº 03 de 2000, da Comissão de Ética Pública do Governo Federal, que classifica como “brindes”, e, portanto, irrelevantes, os bens recebidos pelos funcionários públicos da Alta Administração Federal avaliados em até cem reais. Apesar de a conduta em apreço não se enquadrar precisamente nessa resolução, o desembargador afirma que ela serve de parâmetro para a aferição da tipicidade material também no âmbito do direito penal. Afirma, com efeito, o magistrado em seu voto:

O certo é que, sendo de caráter interpretativo como estabelece o próprio texto da Resolução supracitada, não se pode deixar de considerar a afirmação da imperiosidade de um juízo de tipicidade material no delito de corrupção passiva, balizado, inclusive, por valores monetários. Do contrário, seria criada a esdrúxula situação de uma absolvição em processo administrativo por reconhecimento da licitude da conduta do servidor, mas sua condenação criminal pelo mesmo fato em face da ilicitude penal do seu comportamento.

Ainda, o voto dissidente colacionou jurisprudência do STF relacionada à insignificância em crimes contra a Administração Pública, que tem como paradigmática a ordem de *habeas corpus* nº 112772 / PR, cujo relator foi o Ministro Ricardo Lewandowsky:

PENAL. HABEAS CORPUS. CRIME DE DESCAMINHO. VALOR SONEGADO INFERIOR AO FIXADO NO ART. 20 DA LEI 10.522/2002, COM A REDAÇÃO DADA PELA LEI 11.033/2004. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. APLICABILIDADE. PRECEDENTES. ORDEM CONCEDIDA.

Ora, esse voto, apesar de não ter prevalecido, demonstra uma significativa propensão dos tribunais em reconhecer a atipicidade material da conduta em casos de corrupção passiva, em oposição ao que ocorre com o crime de furto. Mais interessante ainda é o fato de o voto revisor, com o qual concordou o terceiro desembargador, ter-se baseado justamente na jurisprudência relativa ao furto¹²⁸ para afastar o princípio da insignificância, sendo que em nenhum momento discutiu a adequação social da conduta, avaliou objetivamente o caso concreto ou considerou a existência de uma resolução da Comissão Ética Pública do Governo Federal a respeito.

E há ainda outros tantos julgados que reconhecem a atipicidade material da conduta em casos de corrupção passiva. Apesar de esparsas e de difícil sistematização, justamente por não conterem o termo “adequação social”, foram encontradas decisões que apontam para o reconhecimento tácito do princípio. Nesse sentido, a obra *Direito Penal: Jurisprudência em debate – Crimes contra a Administração Pública e Crimes contra a Administração da Justiça* foi extremamente útil¹²⁹.

À guisa de exemplo, pode ser citada a Apelação Criminal nº 2003.04.01.00753-4/SC, julgada em 10/12/2003 pela 8ª Turma do TRF da 4ª Região, de relatoria do Desembargador Élcio Pinheiro Castro. No acórdão, decide-se o seguinte: “*mesmo que a troca de favores entre o servidor estatal e o agente da iniciativa privada seja eticamente reprovável, eventualmente autorizando punição no âmbito administrativo, para que disso resulte persecução criminal é preciso que ocorra lesão de intensidade profunda aos interesses tutelados pelo ordenamento, em observância ao princípio da fragmentariedade, vigente em nosso sistema penal*”.

O que se pode concluir, por ora, é que, diferentemente do que se verifica na hipótese do crime de furto, como já assinalado, percebe-se uma tendência jurisprudencial no sentido de reconhecer o princípio da adequação social para

128 Apelação Criminal nº 1.0411.08.039252-4/001, Rel. Des. Adilson Lamounier – TJMG, data da publicação 03/02/10.

129 WUNDERLICH, Alexandre. *Dos crimes contra a Administração Pública*, in ESTELLITA, Heloisa, RODRIGUEZ, Victor Gabriel, TEIXEIRA DE AZEVEDO, David, WUNDERLICH, Alexandre e REALE JUNIOR, Miguel (org.) *Direito Penal: Jurisprudência em debate – Crimes contra a Administração Pública e Crimes contra a Administração da Justiça*, Rio de Janeiro, Editora GZ, 2013, v. 4, p. 34-57.

casos de corrupção passiva, apesar de ainda haver hiatos legislativos e de não ser nítida a definição do socialmente adequado.

3.5. O SEGUNDO PARADOXO: INCONGRUÊNCIAS INTERPRETATIVAS

A voracidade com a qual a intervenção penal atua em crimes contra o patrimônio está diretamente atrelada à valorização desse bem jurídico pela sociedade e, conseqüentemente, pelo legislador e pelo juiz. Nas palavras de Salvador Netto, “a tutela do patrimônio parece ser o campo sobre o qual o Direito Penal apresenta seu mais elevado e perverso grau de eficiência”¹³⁰.

Em suma, há, por um lado, uma rigidez significativa das normas que impõem ao cidadão que se abstenha de colocar em risco o patrimônio de outrem (normas primárias), bem como, por outro lado, uma austeridade nas penas estabelecidas pelos magistrados (normas secundárias)¹³¹.

Ainda, o processo de criminalização patrimonial, reflexo da preocupação social, econômica e política quanto ao patrimônio, sugere um viés hermenêutico fundado tão somente na literalidade da norma penal, além de marcadamente punitivista. Essa criminalização denota a decisão política, materializada sob a forma jurídica, de proteger a todo custo a “dinâmica individualista de transmissão” de bens. O fato de esse direito ser considerado quase que natural, inerente ao sujeito (que só é sujeito enquanto proprietário, possuidor ou detentor), explica o evidente repúdio ao princípio da insignificância, como demonstrado pela pesquisa realizada pelo Núcleo Empírika.

Esse mesmo fenômeno não aparece em igual grau nos crimes de corrupção e contra a Administração Pública em geral, em que pese o pretense “combate” a esses crimes e o bombardeamento midiático a respeito, o que foi matéria do Capítulo 3 deste trabalho.

O direito penal, no âmbito dos crimes patrimoniais, é mais uma ferramenta que afirma o individualismo moderno. Logo, é uma enorme contradição que, no que tange aos crimes contra a Administração Pública e mais especificamente ao crime de corrupção passiva, esse mesmo direito puna de forma diversa. Se as próprias relações econômicas em uma sociedade individualista já são capazes de promover uma lógica de desigualdade gritante, o direito penal assegura esse *status quo* ao punir desigual e seletivamente. O manto da “lega-

130 SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Direito Penal e Propriedade Privada: a racionalidade do sistema penal na tutela do patrimônio*, 1. ed., São Paulo, Editora Atlas, 2014, p. 3.

131 SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Direito Penal e Propriedade Privada: a racionalidade do sistema penal na tutela do patrimônio*, 1. ed., São Paulo, Editora Atlas, 2014. v. 1, p. 10.

lidade” e da “isonomia”, tão reivindicado no mundo jurídico, mostra-se meramente formal¹³².

Não obstante a crescente pressão para que o crime de corrupção seja punido severamente, o que se apura, mais uma vez, é que a realidade, desde a política penal até a aplicação da norma, não segue na mesma toada. O direito penal, enquanto instrumento de controle, não age sobre os crimes de corrupção com a mesma combatividade com que atua sobre os crimes patrimoniais, em relação aos quais nenhuma ofensa é insignificante.

Frise-se, por oportuno, que o objetivo deste trabalho *não é de forma alguma* defender a tese segundo a qual o tratamento penal ao crime de corrupção passiva deva ser o mesmo daquele atribuído ao crime de furto, como poderia parecer ao leitor menos atento. Pelo contrário. Ironicamente, é justamente no crime de corrupção que há um maior respeito aos princípios fundamentais do direito penal, como o princípio da adequação social, que traz consigo a própria noção de proporcionalidade e de *ultima ratio*, imprescindíveis em um Estado Democrático de Direito.

4. A TOLERÂNCIA FACE AO “COMBATE” À CORRUPÇÃO: O TERCEIRO PARADOXO

4.1. A PRESSÃO INTERNACIONAL E O TRATAMENTO RECRUDESCIDO

4.1.1. PRESSÃO INTERNACIONAL

Como já tratado no tópico 2.3.3., o crime de corrupção ganhou extensa dimensão internacional a partir da década de 90, momento em que os Estados passaram a sofrer maior pressão para adotar medidas de prevenção, investigação e repressão com relação a essa prática.

Em 1996, foi aprovada pela Comissão dos Estados Americanos a Convenção Interamericana contra a Corrupção, também conhecida como Convenção da OEA contra a Corrupção. Esse tratado, promulgado no Brasil em 2002 pelo Decreto Presidencial nº 4.410, tem como propósito, conforme seu Artigo II, (a) a consolidação de mecanismos para “*prevenir, detectar, punir e erradicar a corrupção*” e (b) a promoção e a regulação da cooperação entre os Estados Partes para assegurar a eficácia desses mecanismos.

132 SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Direito Penal e Propriedade Privada: a racionalidade do sistema penal na tutela do patrimônio*, 1. ed., São Paulo, Editora Atlas, 2014. v. 1, p. 151.

A Convenção da OEA propõe uma série de medidas de prevenção à corrupção a serem adotadas pelos Estados signatários, tais como a edição de normas de condutas a serem seguidas por funcionários públicos, a estruturação de um sistema eficiente de declaração e fiscalização de rendas e uma maior participação da sociedade civil para prevenir atos de corrupção. Além disso, o tratado dispõe sobre o conceito de funcionário público, de função pública¹³³ e de “atos de corrupção”. Quanto a esse último, a convenção inova ao ampliar significativamente o conceito de corrupção e a conferir-lhe feições também de direito internacional, o que fez com que a questão ganhasse *status* de política criminal¹³⁴.

O avanço proposto por essa legislação foi internacionalmente reconhecido, já que capaz de exercer pressão sobre os Estados interamericanos para que adotassem instrumentos para enfrentar a prática de corrupção. Todavia, a comunidade internacional viu-se diante de uma lacuna que precisava ser suprida: a ausência de uma convenção internacional contra a corrupção que abrangesse todas as regiões do globo e que tratasse o tema de forma mais pormenorizada. É nesse contexto que se delinea a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, assinada pelo Brasil em 2003 e promulgada em 2006 pelo Decreto Presidencial nº. 5.687.

Conforme o artigo 1º dessa convenção internacional, sua finalidade é a que segue:

- a) Promover e fortalecer as medidas para prevenir e combater mais eficaz e eficientemente a corrupção; b) Promover, facilitar e apoiar a cooperação internacional e a assistência técnica na prevenção e na luta contra a corrupção, incluída a recuperação de ativos; c) Promover a integridade, a obrigação de render contas e a devida gestão dos assuntos e dos bens públicos.

Para tanto, a convenção, em seus 71 artigos, indica diretrizes e medidas variadas a serem adotadas pelos Estados signatários em nome de um tratamento mais adequado e efetivo à corrupção. A primeira delas é a adoção de um conceito extremamente amplo de funcionário público, mais extenso, aliás, do que

133 Conforme o Artigo I, “função pública” é *“toda atividade, temporária ou permanente, remunerada ou honorária realizada por uma pessoa física em nome do Estado ou a serviço do Estado ou de suas entidades, em qualquer de seus níveis hierárquicos”*. Já os termos “funcionário público”, “funcionário de governo” ou “servidor público” indicam *“qualquer funcionário ou empregado de um Estado ou de suas entidades, inclusive os que tenham sido selecionados, nomeados ou eleitos para desempenhar atividades ou funções em nome do Estado ou a serviço do Estado em qualquer de seus níveis hierárquicos”*.

134 SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *A ideia penal sobre a corrupção no Brasil: da seletividade pretérita à expansão dos horizontes atual* in, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 89, mar./abr. 2011, p. 414-415.

a da Convenção Interamericana contra a Corrupção. Em seu artigo 2º, define como tal qualquer pessoa que exerça função pública ou preste qualquer serviço público, conforme fixado pela legislação nacional¹³⁵.

O tratamento à corrupção é previsto pela convenção de forma multifacetada; envolve diferentes instâncias de atuação e abarca medidas preventivas, investigativas, processuais e sancionatórias.

Em seu Capítulo II, o tratado versa sobre medidas preventivas à corrupção e concentra-se nas políticas públicas a serem postas em práticas com esse objetivo, o que inclui uma maior transparência, eficiência e objetividade nos processos de seleção de funcionários públicos (art. 7º) e de contratação (art. 9º) e de fiscalização e auditoria do setor privado (art. 13), bem como a promoção de maior participação da sociedade civil na “prevenção e luta contra a corrupção” (art. 13º).

O Capítulo III, por sua vez, aborda a penalização e a aplicação da lei, ou seja, diz respeito à faceta legislativa e à judiciária do denominado “combate à corrupção”. O capítulo prevê que os Estados signatários adotarão medidas legislativas para criar tipos penais que contemplem tanto a corrupção propriamente dita, definida de forma ampla¹³⁶ e aos moldes da Convenção da OEA, como condutas subsidiárias à sua prática. Ainda, o capítulo prossegue com previsões acerca da aplicação de pena, dos atos processuais, da proteção de testemunhas, peritos, vítimas e denunciantes, das consequências não penais à corrupção, entre outros pontos de interesse processual. A possibilidade de celebração de acordos de delação premiada está regulada no artigo 37 da convenção¹³⁷.

135 *Artigo 2º. Aos efeitos da presente Convenção: a) Por “funcionário público” se entenderá: i) toda pessoa que ocupe um cargo legislativo, executivo, administrativo ou judicial de um Estado Parte, já designado ou empossado, permanente ou temporário, remunerado ou honorário, seja qual for o tempo dessa pessoa no cargo; ii) toda pessoa que desempenhe uma função pública, inclusive em um organismo público ou numa empresa pública, ou que preste um serviço público, segundo definido na legislação interna do Estado Parte e se aplique na esfera pertinente do ordenamento jurídico desse Estado Parte; iii) toda pessoa definida como “funcionário público” na legislação interna de um Estado Parte. Não obstante, aos efeitos de algumas medidas específicas incluídas no Capítulo II da presente Convenção, poderá entender-se por “funcionário público” toda pessoa que desempenhe uma função pública ou preste um serviço público segundo definido na legislação interna do Estado Parte e se aplique na esfera pertinente do ordenamento jurídico desse Estado Parte.*

136 *O suborno de funcionário público nacional, conforme o art. 16 da Convenção, é definido como: a) A promessa, o oferecimento ou a concessão a um funcionário público, de forma direta ou indireta, de um benefício indevido que redunde em seu próprio proveito ou no de outra pessoa ou entidade com o fim de que tal funcionário atue ou se abstenha de atuar no cumprimento de suas funções oficiais; b) A solicitação ou aceitação por um funcionário público, de forma direta ou indireta, de um benefício indevido que redunde em seu próprio proveito ou no de outra pessoa ou entidade com o fim de que tal funcionário atue ou se abstenha de atuar no cumprimento de suas funções oficiais.*

137 *O artigo 37 da convenção versa sobre a “cooperação com as autoridades encarregadas de fazer cumprir a lei”, nos seguintes termos: 1. Cada Estado Parte adotará as medidas apropriadas para restabelecer as pessoas que participem ou que tenham participado na prática dos delitos qualificados*

Por sua vez, o Capítulo IV do tratado destina-se ao tema da cooperação internacional entre os Estados Partes, no sentido de garantir “*assistência nas investigações e procedimentos correspondentes a questões civis e administrativas relacionadas com a corrupção*”, o que contempla, por exemplo, o procedimento de extradição e a assistência judicial recíproca. Ainda no âmbito da cooperação internacional, o Capítulo V diz respeito especificamente à recuperação de ativos e sua devolução a seus legítimos donos, com o ressarcimento dos prejuízos sofridos.

A Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção estipula, ademais, no Capítulo VI, diretrizes para sua recepção nos Estados Partes, a partir da formulação de programas de capacitação de pessoal para que se previnam e detectem práticas de corrupção de forma mais eficaz, tanto no setor público como no privado. Nesse sentido, é proposta uma dinâmica de assistência técnica e de intercâmbio de informações entre os Estados: o Capítulo VII da Convenção trata da reunião periódica entre seus Estados signatários com o fim de, juntos, aperfeiçoarem medidas de cooperação internacional e avaliarem a aplicabilidade do tratado em seus territórios.

4.1.2. REVISITANDO O RECRUDESCIMENTO VERTICAL E HORIZONTAL

A partir das convenções contra a corrupção acima tratadas, é de se concluir que o movimento de recrudescimento penal vivenciado no Brasil a partir da década de 1990 não é desvinculado da experiência internacional. Com efeito, reflete a preocupação da comunidade internacional com a corrupção, uma vez que suas proporções expandiram-se para além das fronteiras nacionais.

A crescente complexidade dos atos ligados à venalidade da função pública trouxe consigo a urgência por um tratamento transnacional à corrupção, o que culminou com a aprovação da Convenção Interamericana contra a Corrupção e, poucos anos depois, da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção.

de acordo com a presente Convenção que proporcionem às autoridades competentes informação útil com fins investigativos e probatórios e as que lhes prestem ajuda efetiva e concreta que possa contribuir a privar os criminosos do produto do delito, assim como recuperar esse produto. 2. Cada Estado Parte considerará a possibilidade de prever, em casos apropriados, a mitigação de pena de toda pessoa acusada que preste cooperação substancial à investigação ou ao indiciamento dos delitos qualificados de acordo com a presente Convenção. 3. Cada Estado parte considerará a possibilidade de prever, em conformidade com os princípios fundamentais de sua legislação interna, a concessão de imunidade judicial a toda pessoa que preste cooperação substancial na investigação ou no indiciamento dos delitos qualificados de acordo com a presente Convenção. 4. A proteção dessas pessoas será, mutatis mutandis, a prevista no Artigo 32 da presente Convenção. 5. Quando as pessoas mencionadas no parágrafo 1 do presente Artigo se encontrem em um Estado Parte e possam prestar cooperação substancial às autoridades competentes de outro Estado Parte, os Estados Partes interessados poderão considerar a possibilidade de celebrar acordos ou tratados, em conformidade com sua legislação interna, a respeito da eventual concessão, por esse Estado Parte, do trato previsto nos parágrafos 2 e 3 do presente Artigo.

Certamente, a pressão internacional impeliu o Brasil a adotar um tratamento mais severo aos crimes contra a Administração Pública. À guisa de exemplo, é notável a criminalização, pela Lei nº 9.983 de 2000, do ato de inserir dados falsos em sistema de informações da Administração Pública com o fim de obter vantagem indevida ou para causar dano (art. 313-A do Código Penal¹³⁸), bem como os atos de modificar ou alterar de forma não autorizada esse tipo de sistema (art. 313-B do mesmo diploma legal¹³⁹). A mesma lei inseriu os parágrafos 2º e 3º do art. 325 do CP, atribuindo uma conotação mais ampla ao crime de violação de sigilo funcional e, ainda, criando uma modalidade qualificada do tipo¹⁴⁰.

Ademais, como já apontado no item 3.2.1.1. desta monografia, o aumento do intervalo da pena cominada aos crimes de corrupção passiva e ativa, que passou a ser reclusão de 2 a 12 anos e multa, data de 2013, ano de publicação da Lei nº 10.763.

Essas sucessivas mudanças legislativas demonstram uma adequação do ordenamento brasileiro à exigência internacional de “combate” à corrupção, coincidentes com as reivindicações de cunho punitivista difundidas no próprio território nacional, principalmente pelos meios midiáticos. Sucede, contudo, que não é a totalidade das novas soluções legislativas que está diretamente atrelada a políticas de encarceramento, ou seja, com a maior criminalização e agravamento das sanções penais. Existem soluções, inclusive mencionadas em convenções internacionais contra a corrupção, que escapam à regra, ao propor soluções cuja natureza é diversa da penal.

É o caso das Leis nº 12.846 e nº 12.850, respectivamente, a Lei Anticorrupção e a Lei das Organizações Criminosas. A primeira, além de regular a responsabilização administrativa e civil da pessoa jurídica ligada a atos

138 Art. 313-A, incluído pela Lei nº 9.983 de 2000: *Inserir ou facilitar, o funcionário autorizado, a inserção de dados falsos, alterar ou excluir indevidamente dados corretos nos sistemas informatizados ou bancos de dados da Administração Pública com o fim de obter vantagem indevida para si ou para outrem ou para causar dano: Pena – reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa.*

139 Art. 313-B, incluído pela Lei nº 9.983 de 2000: *Modificar ou alterar, o funcionário, sistema de informações ou programa de informática sem autorização ou solicitação de autoridade competente: Pena – detenção, de 3 (três) meses a 2 (dois) anos, e multa. Parágrafo único. As penas são aumentadas de um terço até a metade se da modificação ou alteração resulta dano para a Administração Pública ou para o administrado.*

140 Art. 325 – *Revelar fato de que tem ciência em razão do cargo e que deva permanecer em segredo, ou facilitar-lhe a revelação: Pena – detenção, de seis meses a dois anos, ou multa, se o fato não constitui crime mais grave. § 1º Nas mesmas penas deste artigo incorre quem: I – permite ou facilita, mediante atribuição, fornecimento e empréstimo de senha ou qualquer outra forma, o acesso de pessoas não autorizadas a sistemas de informações ou banco de dados da Administração Pública; II – se utiliza, indevidamente, do acesso restrito. § 2º Se da ação ou omissão resulta dano à Administração Pública ou a outrem: Pena – reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa.*

de corrupção, prevê o instituto do acordo de leniência. A segunda, a seu turno, dialoga com o artigo 37 da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção ao versar sobre a colaboração premiada, também denominada delação premiada.

Ambas as leis, por um lado, estão inseridas em um contexto de expansão legislativa, processo esse que visa impedir a impunidade em crimes contra a Administração Pública, especialmente o crime de corrupção. De outra banda, a utilização de seus institutos de forma alternativa a soluções penais pode indicar que o tratamento destinado a essas infrações não condiz com o punitivismo tão reivindicado pela sociedade civil.

E mais: caso esses institutos se revelem efetivos mecanismos de prevenção à mercancia do exercício da função pública ou, atuando em momento posterior à consumação delitiva, se mostrem bons instrumentos de reparação do prejuízo ao erário público, isso poderá revelar a falácia que é o discurso punitivista de “combate” à corrupção. Na verificação dessa hipótese, pois, restaria escancarado o caráter meramente simbólico do recrudescimento exclusivamente penal nesse sentido.

Eis, portanto, o terceiro paradoxo do trato da corrupção no Brasil.

4.2. A POSSIBILIDADE DE ACORDOS DE LENIÊNCIA E DELAÇÕES PREMIADAS

4.2.1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A delação premiada e o acordo de leniência são duas figuras jurídicas que não se confundem, apesar de, em ambos os casos, a prestação da colaboração ter o potencial de reduzir significativamente, ou até eliminar, os efeitos da sanção daquele que a ela se submeter. A principal e mais gritante diferença está no fato de a delação premiada ser um instituto de direito penal, no qual o colaborador será necessariamente uma pessoa física. Por sua vez, o acordo de leniência tem fundamentalmente natureza civil e administrativa e pode ser firmado somente com pessoas jurídicas.

Em virtude de serem tidos como voluntários e bilaterais, bem como possuírem uma fase de negociação, tais acordos, tanto o de leniência como o de colaboração premiada, ganham feições contratuais, apesar de não ser consenso na doutrina de que essa seria sua natureza jurídica¹⁴¹. De todo modo, essas peculiaridades apontam para uma nova concepção de investigação e de perse-

¹⁴¹ TAFFARELLO, Rogério Fernando. *Acordos de leniência e de colaboração premiada no direito brasileiro: admissibilidade, polêmicas e problemas a serem solucionados*, Revista brasileira da advocacia – RBA, São Paulo, v. 2, n. 4, jan./mar. 2017, p. 218.

cução administrativa e jurisdicional que vai de encontro à clássica, e que é denominada por muitos autores como *direito premial*.

Se, por um lado, críticos identificam nesses institutos um incentivo a traições e a violações de padrões éticos, o que teoricamente deveria ser repudiado pelo Estado mesmo em um contexto estranho à lei, por outro lado, a leniência e a delação premiada poderiam ser compreendidas como métodos eficazes para investigar infrações que de outro modo remanesceriam incógnitas ou insolúveis às autoridades.

O fato é que o ordenamento jurídico brasileiro abraçou um modelo de investigação utilitarista, pelo qual se opta por um regime mais benéfico a um (ou alguns) dos envolvidos em uma infração, renunciando-se a sanção que lhe seria devida, ou parte dela, em troca de sua satisfatória colaboração com as autoridades estatais¹⁴². Outrossim, são medidas que, através da negociação entre as partes, são capazes de propor meios alternativos de reparação do dano ao bem jurídico lesado e de sanção a seus responsáveis.

A questão que se propõe aqui, então, é em que medida essas figuras de direito premial estariam em conformidade com a ânsia punitivista voltada ao crime de corrupção, ânsia essa que incide tanto sobre as pessoas físicas quanto as jurídicas envolvidas em sua prática.

4.2.2. DELAÇÃO PREMIADA

O instituto da colaboração premiada, apesar de já estar previsto em outros diplomas legais, foi mais bem regulado pela Lei 12.850/2013, a Lei das Organizações Criminosas, que lhe conferiu uma roupagem mais detalhada e visou sanar situações de insegurança jurídica existentes até então.

Em tese, qualquer crime pode ser objeto de delação. Para tanto, basta que um membro de organização criminosa dirija-se às autoridades competentes, comprometa-se a cessar a prática delituosa e a colaborar com informações úteis à investigação. Em troca da colaboração efetiva e voluntária, lhe são propostos um ou mais benefícios previstos pela lei.

Conforme expresso pelo artigo 4º da Lei das Organizações Criminosas, as partes, geralmente o Ministério Público, podem requerer ao juiz que conceda ao delator a redução em até dois terços de sua pena privativa de liberdade, sua substituição por pena de restrição de direitos ou até o perdão judicial. Nos termos do parágrafo 2º desse dispositivo, o perdão judicial, causa de ex-

142 TAFFARELLO, Rogério Fernando. *Acordos de leniência e de colaboração premiada no direito brasileiro: admissibilidade, polêmicas e problemas a serem solucionados*, Revista brasileira da advocacia – RBA, São Paulo, v. 2, n. 4, jan./mar. 2017, p. 225.

tinção de punibilidade, pode ser requerido a qualquer tempo pelo Ministério Público ou pela autoridade policial, a depender da relevância das informações prestadas à investigação.

Outro possível benefício, e certamente o mais vantajoso, é o de não oferecimento da denúncia, o que pode ser requerido nos casos em que o colaborador não for o líder da organização criminosa e for o primeiro a *ring the bell*, ou seja, o primeiro da organização a fazer delação premiada (art. 4º §4º da Lei 12.850/2013).

Teoricamente, pela previsão legal, os benefícios requeridos pelas partes no acordo de delação premiada seriam passíveis de deferimento somente ao final do processo, no momento da sentença. Na prática, contudo, o acordo tende a ganhar feições de uma sentença propriamente dita, prevendo inclusive a pena e o seu modo de cumprimento, e as partes apresentam-no ao juiz requerendo somente sua homologação. É verdade que, havendo uma previsão antecipada de pena, o juiz poderia simplesmente revogar essa cláusula, mas ela geralmente é mantida.

Um caso paradigmático, nesse sentido, diz respeito à delação premiada de parte dos executivos e ex-executivos da empreiteira Odebrecht no âmbito da Operação Lava Jato. O acordo determinou o total da pena e seu cumprimento imediato antes mesmo da instauração de inquérito policial. À época, a Ministra do STF Carmem Lúcia, responsável pela homologação da delação, declarou que essa previsão seria lícita, apesar de não garantir que ela seria obedecida pelo juiz da causa¹⁴³. Com isso, pode-se dizer que a antecipação da pena teria sido chancelada enquanto modalidade *sui generis* de prisão, ao lado da processual e da executória.

Posto isso, é certo que o instituto da delação premiada, muito embora haja uma série de questionamentos pertinentes acerca de sua utilização no contexto brasileiro¹⁴⁴, tem o condão de reduzir significativamente a pena dos colaboradores, de conferir-lhes causa de extinção de punibilidade (por meio do perdão judicial) ou até de impedir o oferecimento da denúncia contra eles.

143 Vide <http://www.conjur.com.br/2017-mar-05/acordo-delacao-odebrecht-preve-pena-antes-denuncia>. Acesso em: 05 jul. de 2017.

144 Na hipótese de a negociação ser conduzida por um membro do Ministério Público, por exemplo, a tendência é de que ele também seja parte na ação penal, em momento posterior, enquanto acusação. Dessa forma, se o promotor entrar em contato com alguma informação relevante à acusação na fase de negociação da delação premiada, isso pode obviamente ser prejudicial à defesa, caso o acordo seja malsucedido. Ainda, há críticas quanto à utilização de acordos de colaboração premiada pelo Ministério Público como moeda de troca para barganhar a liberdade do acusado preso, principalmente em contextos em que a medida de prisão preventiva evidencia-se irrazoável ou abusiva.

No que tange à Operação Lava Jato, 158 delações premiadas já haviam sido firmadas até o dia 5 de setembro de 2017. Esse número equivale a mais da metade da quantidade de pessoas acusadas criminalmente no âmbito da Operação, que somam, sem repetição de nome, 282¹⁴⁵.

A percepção de que parte considerável dos acusados pelo Ministério Público Federal gozou ou poderá gozar dos benefícios previstos na Lei 12.850/2013 aponta para uma enorme contradição existente entre o discurso punitivista de combate à corrupção e a realidade. Talvez essa percepção até demonstre que o tratamento penal à corrupção não será bem-sucedido se embasado exclusivamente em uma política de encarceramento, o que contrasta com as medidas de expansionismo penal horizontal e vertical nesse sentido.

Sem embargo, essa contradição não passa despercebida aos olhos dos meios midiáticos, que divulgam as penas concedidas aos delatores (ou a própria ausência de pena) de forma a inflar ainda mais o clamor por um tratamento mais rígido à corrupção passiva e ativa. Mas, ao mesmo tempo, os delatores são reconhecidos por esses mesmos meios midiáticos como os grandes responsáveis pelo êxito de investigações policiais em crimes “de colarinho branco”, especialmente nos de corrupção passiva¹⁴⁶.

4.2.3. ACORDOS DE LENIÊNCIA

A Lei Anticorrupção, Lei nº 12.846/2013, prevê sanções civis e administrativas às pessoas jurídicas que atentam contra a Administração Pública e, simultaneamente, a possibilidade de se firmarem acordos e leniência, acordos esses que têm o condão de reduzir consideravelmente as potenciais penalidades. Em troca, contudo, a pessoa jurídica infratora, para obter os benefícios da leniência, deve fornecer informações e provas que auxiliem efetivamente na investigação dos fatos e na identificação dos demais envolvidos.

E não só; o instituto também exige que a signatária cumpra uma série de exigências benéficas à sociedade, tais como o ressarcimento dos cofres públicos e a adoção de um programa de integridade (*compliance*) que viabilize o controle

145 Atuação em primeira instância, conforme o quadro informativo do Ministério Público Federal. Vide a página <http://lavajato.mpf.mp.br/atuacao-na-1a-instancia/resultados/a-lava-jato-em-numeros>. Acesso em: 05 set. de 2017.

146 Algumas vezes, suas imagens são retratadas como quase-heróis. Foi o caso de Joesley Batista, delator da Operação Carne Fraca e que realizou gravações de Michel Temer. Um exemplo é a matéria da revista *Exame* intitulada “Quem é Joesley Batista, o empresário que entregou Temer – A saga do dono de um dos maiores conglomerados de carne do mundo, que ajudou a Procuradoria Geral da República a obter provas contra Temer”. Vide <http://exame.abril.com.br/negocios/quem-e-joesley-batista-o-empresario-que-entregou-temer/>. Acesso em: 07 jul. de 2017.

de sua atividade através de procedimentos internos, promovendo maior transparência e possivelmente prevenindo a prática futura de outros atos ilícitos¹⁴⁷.

Tojal assinala que, além dos benefícios acima destacados, outra vantagem da leniência é a preservação da pessoa jurídica, geralmente uma empresa, enquanto ator no mercado nacional. Nas palavras do autor:

A consensualidade no âmbito do direito sancionatório permite que se chegue a um acordo capaz não apenas de punir a pessoa jurídica envolvida em ato ilícito, mas também de possibilitar a continuidade do exercício de suas atividades, a estabilidade dos seus empregados, o adimplemento de suas obrigações perante os respectivos credores e, em última análise, a preservação de sua função social e o estímulo da economia¹⁴⁸.

O acordo de leniência, nesses termos, consubstancia um instituto de direito premial por excelência. Afinal, ao aplicá-lo, o Estado abdica da aplicação da sanção prevista na Lei Anticorrupção com o objetivo de angariar informações relevantes à apuração dos fatos, à persecução dos demais responsáveis e à promoção de mecanismos de prevenção de atos ilícitos contra a Administração Pública, sem prejuízo do ressarcimento do erário.

É certo que a Lei nº 12.846/2013 ainda possui lacunas que dificultam o pleno aproveitamento da leniência. Um exemplo é o fato de a confissão atinente ao acordo acarretar uma redução considerável da sanção administrativa, mas não das demais sanções, mormente da penal. Inclusive, o acordo pode até favorecer o êxito da responsabilização criminal dos indivíduos envolvidos, uma vez que as provas e os esclarecimentos apresentados pela pessoa jurídica signatária dificilmente restringir-se-ão a outras pessoas jurídicas, sendo provável que atinjam também as pessoas físicas que as representam e dirigem¹⁴⁹.

Uma segunda lacuna é com relação à noção de *compliance* trazida pela Lei Anticorrupção, que ainda é consideravelmente vaga e mesmo sujeita a regulamentações futuras. Ademais, conforme Silveira¹⁵⁰, sua principal fragilidade está no não reconhecimento de sua *lógica penal*, apesar de o instituto pertencer ao universo do direito administrativo e civil. Em outras palavras, essa lógica penal fa-

147 TOJAL, Sebastião Botto de Barros. *Acordo de leniência e combate à corrupção*, Valor Econômico, São Paulo, p. E2, 16 ago. 2017.

148 TOJAL, Sebastião Botto de Barros. *Acordo de leniência e combate à corrupção*, Valor Econômico, São Paulo, p. E2, 16 ago. 2017.

149 SOUZA, Luciano Anderson de. *Lei Anticorrupção: avanços e desafios*, São Paulo, IBCCrim, Boletim 256, março de 2014.

150 SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Autorregulação, responsabilidade empresarial e criminal compliance* in SILVEIRA, Renato de Mello Jorge, SAAD-DINIZ, Eduardo, *Compliance, Direito Penal e Lei Anticorrupção*, São Paulo, Saraiva, 2015, p. 190 e ss.

ria com que a implantação de programas de *compliance* e as consequências de sua eventual não implementação ou fracasso abrangessem todos os princípios e garantias jurídico-penais, afastando uma mera responsabilidade objetiva por parte da empresa. Segundo o autor, aliás, essa responsabilização objetiva deveria ser avaliada com cautela, para que a empresa não respondesse por “ricochete” – ou seja, automaticamente – pelos crimes praticados por seus dirigentes ou funcionários¹⁵¹.

Por fim, uma última crítica recorrente ao instituto, como previsto na lei, refere-se à ausência de sistematização quanto ao órgão responsável pelas tratativas, o que provoca uma constante disputa por protagonismo entre órgãos públicos com competência fiscalizatória, especificamente a Controladoria-Geral da União (CGU), a Advocacia-Geral da União (AGU) e o Tribunal de Contas da União (TCU). O resultado dessa desorganização é o atraso nas negociações e a consequente insegurança jurídica às empresas signatárias, o que fragiliza o acordo¹⁵².

As críticas a serem feitas à leniência são contundentes e demonstram a necessidade de aperfeiçoamento do instituto, cuja aplicação ainda se mostra incipiente no direito brasileiro.

De fato, apesar de a Lei Anticorrupção datar de 2013, o primeiro acordo de leniência em âmbito administrativo, entre uma empresa infratora e o Poder Público federal, só foi firmado em julho de 2017¹⁵³. Nele, a empreiteira UTC Engenharia comprometeu-se a ressarcir mais de meio bilhão de reais aos cofres públicos, valor a ser corrigido mensalmente pela taxa Selic, e a adotar uma política de *compliance* que será fiscalizada pela CGU. Em troca, foi-lhe prometida a extinção das ações de improbidade administrativa ajuizadas contra ela pela AGU e a autorização para que voltasse a negociar com estados e municípios¹⁵⁴.

A leniência da UTC, recentemente celebrada, somou-se à colaboração premiada de seu presidente, Ricardo Pessoa, prestada em maio de 2015¹⁵⁵.

151 SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Autorregulação, responsabilidade empresarial e criminal compliance* in SILVEIRA, Renato de Mello Jorge, SAAD-DINIZ, Eduardo, *Compliance, Direito Penal e Lei Anticorrupção*, São Paulo, Saraiva, 2015, p. 195.

152 <http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/advogado-da-utc-se-diz-otimista-com-futuro-dos-acordos-de-leniencia/>. Acesso em: 12 ago. de 2017.

153 Outros acordos de leniência no âmbito cível foram firmados no decorrer da Operação Lava Jato, entre empresas e o Ministério Público Federal. Cabe frisar, ainda, que acordos de leniência também podem ser negociados entre empresas e o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade), mas estes dizem respeito à Lei nº 12.529/2011, que versa sobre infrações contra a ordem econômica, e não à Lei Anticorrupção.

154 <http://www.cgu.gov.br/noticias/2017/07/cgu-e-agu-assinam-acordo-de-leniencia-com-utc-engenharia>. Acesso em: 04 set. de 2017.

155 <http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/veja-a-integra-das-delacoes-do-empresario-ricardo-pessoa/>. Acesso em: 12 ago. de 2017.

Nesta, as informações relatadas, somadas à devolução de mais de 50 milhões de reais aos cofres públicos, renderam-lhe o benefício de cumprir sua pena (de oito anos de reclusão) em “regime aberto diferenciado”, em substituição ao regime privativo de liberdade¹⁵⁶.

Embora a leniência seja muito recente no contexto brasileiro, não se pode negar que sua resposta à prática de corrupção, apesar de ainda exigir aprimoramento, demonstra-se *mais* satisfatória do que a mera política de encarceramento reivindicada pela sociedade civil e encabeçada pelas reformas legislativas. No que tange à devolução dos valores desviados, bem como à implementação de mecanismos internos de prevenção à prática de corrupção em empresas que lidam com o setor público, os acordos a serem firmados com base na Lei Anticorrupção, a exemplo do acordo da UTC Engenharia, parecem promissores. Ainda, muitos dos benefícios concedidos às empresas signatárias parecem surtir efeitos positivos mesmo em um plano macro, posto que a manutenção da empresa no mercado – agora sujeita a maior fiscalização e a um rígido programa de integridade – não deixa de ser uma forma de fomentar a economia e de promover um cenário mais competitivo e transparente.

4.3. O TERCEIRO PARADOXO: UMA HIPOCRISIA BRASILEIRA?

Salta a toda evidência que a delação premiada e o acordo de leniência são, eles próprios, a demonstração inequívoca de que as demandas pelo recrudescimento do sistema punitivo em matéria de corrupção geram respostas meramente simbólicas e ineficazes para os fins a que se propõem. Na prática, o que se verifica é que a efetividade da tutela estatal contra a corrupção decorre muito mais da adoção de mecanismos lastreados em um sistema consensual, ou seja, mecanismos de direito premial, que acabam por substituir a lógica da imperatividade estatal.

Mesmo com o enorme expansionismo penal vertical e horizontal vivenciado pelo ordenamento jurídico brasileiro, também decorrente da pressão internacional para que os Estados adotassem métodos mais combativos contra a corrupção, as soluções mais adequadas parecem vir da reestruturação dos instrumentos estatais de persecução e sancionamento.

O tão convencional encarceramento em massa é uma falácia. Trata-se de política criminal já sedimentada no contexto brasileiro e cuja razão de ser não vai além do mero acalento ao revanchismo inerente à sociedade civil, mas

156 <http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/moro-condena-ricardo-pessoa-a-8-anos-mas-empregueiro-vai-cumprir-regime-aberto/>. Acesso em: 12 ago. de 2017.

que não deveria se confundir com a almejada racionalidade da tutela estatal. Sucede que, enquanto essa mesma política é perpetuada contra os acusados e condenados por furto, como visto no Capítulo 3, sua patente fragilidade é reconhecida no trato contra a corrupção. Nele, a tendência de as partes se sentarem ao redor de uma mesa para discutir soluções alternativas às sanções penais e administrativas previstas em lei são exponencialmente maiores, e acredita-se que as consequências positivas atreladas a essa consensualidade seguem a mesma proporção.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo dos quatro capítulos desta obra, procurou-se compreender o crime de corrupção, para em seguida desenvolver três paradoxos envolvendo o tratamento penal dispensado a esse tipo no contexto brasileiro, com o enfoque na corrupção passiva.

No primeiro capítulo, denominado “A corrupção e sua dimensão jurídica”, foi feita a distinção entre o sentido amplo e estrito de corrupção. O primeiro trata a corrupção enquanto fenômeno social relacionado genericamente a condutas mal-intencionadas e que rompem relações de confiança previamente estabelecidas. Já o segundo consiste na descrição jurídica de corrupção propriamente dita, cujos principais aspectos são a invasão do público pelo privado e a venalidade no exercício da função pública. Ainda, a definição jurídica de corrupção não pode estar impregnada por um cunho moralista e sim decorrer estritamente de normas jurídicas, em respeito ao princípio da legalidade.

São dois os dispositivos que tipificam penalmente a prática de corrupção: os artigos 317 e 333 do Código Penal, que preveem respectivamente a corrupção passiva e a ativa. Como visto, ambos são crimes formais e instantâneos, cujo bem jurídico tutelado, originalmente, repousava exclusivamente na probidade da Administração Pública nacional. Trata-se de um entendimento que vem adquirindo cada vez mais contornos transnacionais, haja vista a atual complexidade que permeia a prática de corrupção e dos crimes a ela conexos, como, por exemplo, a lavagem de dinheiro.

Outrossim, teceram-se comentários acerca da suposta relação de interdependência entre a corrupção passiva e a ativa, temática frequentemente abordada pela doutrina e pela jurisprudência, optando-se por afastar qualquer bilateralidade necessária entre os tipos. Chegou-se à conclusão, então, de que a corrupção passiva não precisa ser praticada obrigatoriamente em conjunto com a ativa para que se constate crime, apesar de a eventual simultaneidade ser pos-

sível. Enfim, a última questão abordada pelo capítulo tangenciou o “ato de ofício” objeto de negociação em crimes de corrupção, cuja natureza ainda suscita debates entre a doutrina e a jurisprudência.

Em “O atual quadro punitivo da corrupção: o primeiro paradoxo”, o segundo capítulo, contextualizou-se a corrupção como fenômeno verdadeiramente endêmico e de caráter institucional a partir dos anos 1990, e apontou-se a crescente repercussão dos chamados “escândalos”, mormente o Mensalão e aquele desvendado pela Operação Lava-Jato. Tal repercussão é potencializada pelo sensacionalismo desmedido em torno do tema, que caracteriza o crime como um “câncer” da sociedade brasileira atual e torna seus autores verdadeiros inimigos nacionais. O delírio midiático reforça a ideia de que a corrupção deva ser combatida a qualquer preço, mesmo que às custas de direitos constitucionalmente garantidos e de regras jurídicas.

O apelo midiático ao “combate à corrupção”, que é igualmente abraçado pela sociedade civil, traz como consequência a intensificação do recrudescimento punitivo. No Brasil, como se procurou demonstrar, esse movimento adquiriu três vetores, quais sejam, (i) o expansionismo penal vertical e horizontal, (ii) mudanças interpretativas conferidas pela jurisprudência ao crime de corrupção, e (iii) a sobreposição de instâncias, penais e administrativas.

No que tange ao expansionismo penal vertical, dissertou-se sobre a recente adoção de um novo intervalo de pena aos crimes de corrupção ativa e passiva, o que, além da notável e inconstitucional desproporcionalidade, implicou no aumento de seus prazos prescricionais abstratos e na impossibilidade de pleitear a suspensão condicional do processo. E esse movimento de verticalização está ainda presente no projeto de lei que visa tornar a corrupção crime hediondo.

Outra faceta do expansionismo sancionatório é horizontal. Trata-se de um movimento que adquire, obviamente, contornos de direito penal, mas não só; adentra também inúmeros outros ramos do direito, como o constitucional, o administrativo e o eleitoral. Compreende, assim, para além do Código Penal, a Lei Anticorrupção, a Lei de Improbidade, a Lei da Ficha Limpa, a Lei dos Crimes de Responsabilidade e a Lei das Organizações Criminosas.

O expansionismo sancionatório, tanto o horizontal como o vertical, é igualmente perceptível nos projetos de lei referentes à corrupção em tramitação, a exemplo das “Dez medidas contra a corrupção” formuladas pelo Ministério Público Federal.

Já o segundo vetor do recrudescimento diz respeito às recentes mudanças interpretativas dadas pela jurisprudência quanto aos crimes de corrupção, especial-

mente ilustrado ao longo do julgamento da AP nº 470/MG, o caso do Mensalão. Nele, foram estreados precedentes paradigmáticos pelo Supremo Tribunal Federal, que ampliam a incidência dos artigos 317 e 333 do Código Penal, inclusive temporalmente, e facilitam a atividade probatória em detrimento dos réus.

Por fim, o terceiro vetor do recrudescimento punitivo consiste na sobreposição de instâncias sancionatórias, comprometendo o princípio de *ne bis in idem* de diversas maneiras. Entre elas, estudaram-se os inadequados pontos de intersecção entre a Lei de Improbidade Administrativa, a Lei Anticorrupção e o Código Penal, que suscitam – ou podem futuramente suscitar – o duplo sancionamento, pelo menos fato, ao mesmo sujeito.

Estabelecidos esses três vetores, foi feito um recorte na pesquisa, para que seu enfoque fosse primordialmente o crime de corrupção passiva. Tratou-se de uma opção fundada, dado que a prática de corrupção por um agente público (*intra-neus*) apresenta-se como o principal alvo da reprovação popular e das atenções midiáticas, enquanto as insurgências contra a corrupção ativa são mais frequentes quando constatada prática simultânea dos dois crimes.

Posto isso, o capítulo propôs o contraste entre todo o aparato repressivo à corrupção promovido pelos meios midiáticos e fatos concretos, quais sejam, a presença desse crime na realidade carcerária e na forense.

E eis que o primeiro paradoxo veio à tona: é evidente o descompasso entre o afamado discurso de “combate à corrupção”, corroborado pelo crescente recrudescimento punitivo nesse sentido, e a desimportância da corrupção passiva no mundo dos processos e dos presídios.

Com efeito, há um contínuo insucesso dos tribunais em atingir as metas voltadas ao pretenso enfrentamento da corrupção, apurado, para os fins deste trabalho, nos anos de 2013, 2014 e 2015. Ainda, com base no Relatório Justiça em Números, a quantidade de novos casos de corrupção passiva julgados nos anos de 2014 e 2015 representa uma parcela ínfima do total. Do mesmo modo, apesar da força-tarefa liderada pelo Ministério Público Federal, seu índice de autuação atrelado genericamente ao tema “Combate à Corrupção” apresentou queda no mesmo período.

No que tange ao cárcere, o crime de corrupção passiva revelou-se igualmente irrelevante, de acordo com o relatório Infopen de 2014, o mais recente até a conclusão deste trabalho. Contabilizaram-se 70 presos por corrupção passiva, mesmo em um contexto de encarceramento em massa, como é o brasileiro.

A mídia clama por mecanismos de repressão e estigmatização dos acusados cujos efeitos, apesar de todas as mudanças legislativas em seu favor, são

meramente simbólicos. São mecanismos que, de fato, promovem um expansionismo sancionatório significativo, interpretações jurisprudenciais menos garantistas e a sobreposição de instâncias de repressão – tudo isso, vale dizer, à margem de qualquer estudo criminológico mais aprofundado. E, mesmo assim, nenhum desses artifícios se mostra eficaz, o que dá ensejo a novas reivindicações por recrudescimento, em um nítido círculo vicioso de “basta à impunidade”.

No terceiro capítulo desta tese, “O manejo interpretativo do tema em cotejo com crimes patrimoniais: o segundo paradoxo”, procurou-se introduzir os crimes patrimoniais enquanto crimes supervalorizados pelo direito penal e também sujeitos a um expansionismo exacerbado e incoerente.

Atentou-se, então, para a concepção de “patrimônio”, qual seja, a de bem submetido a uma relação de domínio e inserido em um contexto notoriamente interindividual. Como mencionado, esse “patrimônio” tutelado pelo direito penal afirma uma política criminal voltada à proteção do “sujeito-proprietário”.

Em seguida, procurou-se estabelecer pontos de convergência entre os crimes patrimoniais – em especial o de furto – e a corrupção passiva, principal objeto de estudo deste trabalho. E o que se constatou foi a aplicação de princípios jurídicos semelhantes a esses delitos, relativos ao reconhecimento da atipicidade material da conduta. Assim, a tendência verificada foi a de que a doutrina e a jurisprudência associam o princípio da insignificância ao furto e o princípio da adequação social à corrupção passiva – muito embora esses princípios possam incidir, em tese, a qualquer delito.

Isto posto, o capítulo se propôs a investigar a propensão de os magistrados de fato aplicarem esses princípios ao se debruçar sobre acusações por furto e por corrupção.

Quanto ao crime de furto, o princípio da insignificância foi expressamente reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal, em decisão que concedeu medida liminar em sede de *habeas corpus* a um jovem condenado por furtar um fita de *videogame*. Nesse precedente, ademais, formularam-se vetores para a verificação da insignificância no caso concreto, em uma tentativa de sistematizar a aplicação do princípio.

Todavia, conforme averiguado, a irradiação da jurisprudência do STF nas instâncias inferiores resultou em um enorme fracasso. Foi o que escancarou pesquisa realizada pelo Núcleo Empírika em que se analisaram acórdãos proferidos pelo TJ/SP no ano de 2015. Das 1.567 decisões cujo objeto de exame foi a insignificância em crime de furto, somente 36 a reconheceram. O viés punitivista das decisões dos desembargadores paulistas foi gritante. Algumas,

inclusive, foram destacadas pela absoluta falta de racionalidade, como a que condenou um sujeito pelo furto de mercadorias que, juntas, somavam R\$ 4,50.

Já no que diz respeito à adequação social nos crimes de corrupção, a realidade mostrou-se outra. Aqui, o princípio ganhou forma de norma administrativa federal e foi expressamente citado pela jurisprudência em três ocasiões. E, ainda que ele tenha sido aplicado somente em uma delas, um agravo em recurso especial, as discussões suscitadas nos outros dois acórdãos demonstram uma postura mais amistosa dos magistrados para com sua incidência.

O segundo paradoxo, assim, fez-se visível. Afinal, o discurso penal, nos crimes de furto e de corrupção passiva, implica em efeitos concretos diametralmente opostos. Quando o bem jurídico tutelado é o patrimônio – e o agente, a seu turno, tende a não deter poder aquisitivo –, a aplicação da lei é implacável no sentido do encarceramento, e a aplicação do direito penal opta por carecer de racionalidade. Mas, se o crime em tela for o de corrupção passiva, a realidade é outra: o discurso punitivista não escapa da retórica, e a lógica punitivista ganha ares, acertadamente, mais garantistas.

O derradeiro capítulo, “A tolerância face ao ‘combate’ à corrupção: o terceiro paradoxo”, versou sobre a preocupação internacional com relação ao tema, o que ganhou vasta dimensão a partir da década de 1990. Tal preocupação motivou a elaboração de uma série de tratados internacionais com o objetivo de promover medidas para prevenir, investigar e reprimir a prática de corrupção. Entre eles, destacam-se a Convenção Interamericana contra a Corrupção e a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, sendo essa última a primeira a abranger todas as regiões do globo ao tratar da matéria.

A comunidade internacional, dessa forma, exerceu forte pressão para que os Estados adotassem instrumentos mais assertivos e variados no enfrentamento da corrupção. O Brasil, portanto, não se adequou (e não se adequa) somente aos clamores da sociedade civil ao promover um movimento de recrudescimento penal contra corruptores e corruptos; também cedeu (e persiste em ceder) às exigências internacionais.

E, como visto, uma das consequências desse movimento é a expansão legislativa no sentido de criar incontáveis “frentes” de “combate”, sempre com o objetivo de afastar a impunidade em crimes contra a Administração Pública.

Mas foi então que se revelou o terceiro paradoxo: a desenfreada expansão legislativa horizontal, que englobou inúmeros ramos do direito, também criou institutos *alternativos* à dura repressão penal, a exemplo do acordo de leniência e da colaboração premiada. Trata-se de figuras jurídicas de direito premial in-

cluídas recentemente no ordenamento jurídico brasileiro e que, a depender de seu papel e seu êxito no enfrentamento da corrupção, têm o condão de desapontar a ânsia punitivista e ainda revelar seu caráter exclusivamente simbólico.

Não foi outra a conclusão do capítulo. No caso da Operação Lava-Jato, por exemplo, 158 dos 282 acusados firmaram acordos de delação premiada, visando terem suas penas reduzidas, ou até para se prevenirem da própria apresentação de denúncia. Os meios midiáticos, por sua vez, ao mesmo tempo que associam as delações à perpetuação da impunidade, exaltam uma parcela dos delatores por prestarem informações preciosas às investigações em crimes de “colarinho branco”, mormente a corrupção passiva.

No que diz respeito aos acordos de leniência, os benefícios concedidos às pessoas jurídicas signatárias têm como contrapartida, além das informações prestadas, o ressarcimento dos cofres públicos e a adoção de programas de *compliance* que promovam maior lisura no exercício de suas atividades. A leniência, desse modo, tem o objetivo de preservar a pessoa jurídica em questão e ainda conferir maior estabilidade ao mercado.

Embora ainda haja lacunas nas leis que preveem os institutos da delação premiada e do acordo de leniência, as soluções por eles desencadeadas mostram-se mais satisfatórias que aquelas reivindicadas pela sociedade civil. Inclusive, parece que, se existe algum meio mais efetivo de o Estado lidar com a prática de corrupção, ele decorre dos mecanismos de direito premial. Mais uma vez, o discurso revanchista não parece vingar no que diz respeito à corrupção, em nítido contraste com o vigoroso encarceramento em massa promovido contra indivíduos condenados (ou meramente processados, ainda aguardando sentença) por crime de furto.

Este trabalho não teve nenhuma pretensão de apresentar soluções milagrosas ao tratamento contraditório à corrupção. Até porque uma hipotética “solução” aos paradoxos aqui explorados envolveria a efetiva imposição de medidas repressivas impiedosas a corruptos e corruptores, de forma a compatibilizar o discurso punitivista à realidade fática. E, por óbvio, tal opção está fora de cogitação; não apenas fere com a subsidiariedade do direito penal, princípio tão fundamental ao Estado de Direito, como está fadada ao fracasso, junto com as demais políticas de encarceramento que, no lugar de reduzir a criminalidade, aumentaram-na exponencialmente.

O objetivo aqui, pelo contrário, é o de tratar esses paradoxos como *sintomas* de um problema muito mais profundo, cuja resposta não se encontra no direito penal e sim, quiçá, na criminologia. Afinal, alguma razão deve existir

para que a noção de direito penal mínimo – acertada, diga-se de passagem – tenda a prevalecer no caso da corrupção, mesmo que a contragosto das reivindicações midiáticas, sociais e internacionais. A contragosto, inclusive, da já sedimentada e institucionalizada política de encarceramento em massa, própria do contexto brasileiro, que se revela visivelmente seletiva.

Talvez, então, a maior contribuição desta tese seja seu alerta acerca da hipocrisia que ronda o tema da corrupção. Em primeiro lugar porque o *fenômeno político da corrupção* adentrou o mundo do direito a partir de um viés distorcido, consubstanciado justamente no afastamento de suas feições jurídicas mais essenciais, como as garantias individuais e balizas constitucionais. Segundo porque, ironicamente, as reformas legislativas e jurisprudenciais que buscaram combater a eventual venalidade no exercício da função pública de forma tão implacável não vingaram e, pior, pode ser que nunca tenham tido de fato esse intuito.

No fundo, espera-se que o presente trabalho tenha logrado traçar um panorama que sirva de ponto de partida para uma nova investigação, esta sob a ótica da criminologia, que se proponha a buscar as verdadeiras razões dessa criminalização ilógica – ou cuja lógica esteja precisamente na ilogicidade seletiva.

BIBLIOGRAFIA

TEXTOS IMPRESSOS

- ÁVILA, Gustavo Noronha de, GAUER, Gabriel José Chittó. *Presunção de inocência, mídia, velocidade e memória: breve reflexão transdisciplinar*, Revista de Estudos Criminais, Porto Alegre, jan./mar. 2007, v. 7, n. 24, p. 105-113.
- CASTRO, Juliana. *Combate à corrupção distante da meta*, O Globo, 26.12.2013, caderno País, p. 3.
- COSTA, Helena Regina Lobo da. *Direito penal econômico e direito administrativo sancionador: ne bis in idem como medida de política sancionadora integrada*, 2013.
- GISBERT, Rafael Bustos. *Corrupción política y derecho*, in SILVA FRANCO, Alberto, NUCCI, Guilherme de Souza (org.), *Doutrinas Essenciais – Direito Penal*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2011, v. IV, p. 981-999.
- GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *O princípio da presunção de inocência na Constituição de 1988 e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica)*, Revista do Advogado n. 42, p. 30-34.
- GRECO FILHO, Vicente; RASSI, João Daniel. *A corrupção e o direito administrativo sancionador*, in SILVEIRA, Renato de Mello Jorge, PASCHOAL, Janaína Conceição (org.) *Livro Homenagem a Miguel Reale Júnior*, Rio de Janeiro, GZ, 2014, p. 741-752.
- HASSEMER, Winfried. *Limites del Estado de derecho para el combate contra la criminalidad organizada*, in FRANCO, Alberto Silva e NUCCI, Guilherme de Souza (org.), *Direito penal: leis penais especiais I*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2011, v.7, p.1015-1022.

- HASSEMER, Winfried. *Perspectivas de uma moderna política criminal*, in FRANCO, Alberto Silva e NUCCI, Guilherme de Souza (org.), *Direito penal: parte especial II*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2011, v. 6, p.1021-1035.
- HASSEMER, Winfried. *Segurança pública no Estado de Direito*, in FRANCO, Alberto Silva e NUCCI, Guilherme de Souza (org.), *Direito penal: introdução*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2011, v.1. P.277-297.
- HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*, Rio de Janeiro, Editora Objetiva, 2001.
- Infopen, jun/2014.
- Justiça em números 2016: ano-base 2015/Conselho Nacional de Justiça – Brasília: CNJ, 2016.
- REALE JÚNIOR, Miguel (coord.). *Código penal comentado*, São Paulo, Saraiva, 2017.
- Relatório Metas Nacionais do Poder Judiciário 2014, Conselho Nacional de Justiça.
- Relatório Metas Nacionais do Poder Judiciário 2015, Conselho Nacional de Justiça.
- ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general – Tomo I – Fundamentos: las estructuras de la teoría del delito*, Trad. PEÑAET LUZÓN, Diego-Manuel et all, Madrid, Civitas, 1997.
- ROXIN, Claus. *Tem futuro o Direito Penal?*, in SILVA FRANCO, Alberto, NUCCI, Guilherme de Souza (org.), *Doutrinas Essenciais – Direito Penal*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2010, v. I, p. 569-589.
- SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *AP 470 e os debates sobre o crime de corrupção*, Valor Econômico, São Paulo, p. A10, 24 abr. 2013.
- SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *O crime de corrupção no direito penal brasileiro*, Valor Econômico, São Paulo, p. A6, 26 set. 2012.
- SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Direito Penal e Propriedade Privada: a racionalidade do sistema penal na tutela do patrimônio*, 1. ed., São Paulo, Editora Atlas.
- SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Reflexões pontuais sobre a interpretação do crime de corrupção no Brasil à luz da APn 470/MG*, Revista dos Tribunais, 2013, São Paulo, v. 102, p. 47-59.
- SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *A ideia penal sobre a corrupção no Brasil: da seletividade pretérita à expansão dos horizontes atual*, in, *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 89, mar./abr. 2011, p. 407-428.
- SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Adequação social e Direito Penal*, in BOTTINI, Pierpaolo Cruz, PACELLI, Eugênio, MENDES, Gilmar Ferreira (coord.) *Direito Penal Contemporâneo: questões controvertidas*, São Paulo, Saraiva, 2011, p. 57-82.
- SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Fundamentos da adequação social em direito penal*, São Paulo, Quartier Latin, 2010.
- SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Autorregulação, responsabilidade empresarial e criminal compliance*, in SILVEIRA, Renato de Mello Jorge, SAAD-DINIZ, Eduardo, *Compliance, Direito Penal e Lei Anticorrupção*, São Paulo, Saraiva, 2015, p. 25-215.
- SOUZA, Luciano Anderson de. *A essência da Ação Penal nº 470: o crime de corrupção*, Letrado, 2013, v. 101, p. 26-27.
- SOUZA, Luciano Anderson de. *As complexas medidas contra a corrupção*, Revista Jurídica Consulex, nº 475, 01.11.2016, p. 16.
- SOUZA, Luciano Anderson de. *Corrupção: novos desafios jurídico-penais em torno de um antigo grave problema*, in SILVEIRA, Renato de Mello Jorge, PASCHOAL, Janaína Conceição (org.) *Livro Homenagem a Miguel Reale Júnior*, Rio de Janeiro, GZ, 2014, p. 341-360.
- SOUZA, Luciano Anderson de. *Corrupção: o cerceamento e seu importante debate*, OAB Jundiaí, Jundiaí, p. 14-15, 01 jul. 2014.

- SOUZA, Luciano Anderson de, FERREIRA, Regina Cirino Alves. *Direito midiático penal e exasperação repressiva*, Revista dos Tribunais, 2012, São Paulo, v. 94, p. 363-382.
- SOUZA, Luciano Anderson de. *Lei Anticorrupção: avanços e desafios*, São Paulo, IBCCrim, Boletim 256, março de 2014.
- SOUZA, Luciano Anderson de. *Lei Anticorrupção: balanço de um semestre de muitos desacertos*, São Paulo, IBCCrim, Boletim 260, jul. 2014.
- SOUZA, Luciano Anderson de. *Os crimes econômicos na APn 470: dificuldades e desafios*, Revista dos Tribunais, v. 933, São Paulo, jul. 2013, p. 317-327.
- TAFFARELLO, Rogério Fernando. *Acordos de leniência e de colaboração premiada no direito brasileiro: admissibilidade, polêmicas e problemas a serem solucionados*, Revista brasileira da advocacia – RBA, São Paulo, v. 2, n. 4, jan./mar. 2017, p. 211-231.
- TOJAL, Sebastião Botto de Barros. *Acordo de leniência e combate à corrupção*, Valor Econômico, São Paulo, p. E2, 16 ago. 2017.
- TOJAL, Sebastião Botto de Barros. *Interpretação do artigo 30 da Lei 12.846/2013*, in *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 947, set. 2014, p. 281-294.
- WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán*, Trad. Juan Bustos Ramírez y Sergio Y. Pires, Santiago de Chile, Jurídica de Chile.
- WUNDERLICH, Alexandre. *Dos crimes contra a Administração Pública*, in ESTELLITA, Heloisa, RODRIGUEZ, Victor Gabriel, TEIXEIRA DE AZEVEDO, David, WUNDERLICH, Alexandre e REALE JÚNIOR, Miguel (org.) *Direito Penal: Jurisprudência em debate – Crimes contra a Administração Pública e Crimes contra a Administração da Justiça*, Rio de Janeiro, Editora GZ, 2013, v. 4, p. 34-57.

LINKS:

- <http://veja.abril.com.br/>. Acesso em: 12 mar. de 2017.
- <https://acervo.veja.abril.com.br/index.html#/editions>. Acesso em: 12 mar. de 2017.
- <http://www.dezmedidas.mpf.mp.br/apresentacao/conheca-as-medidas>. Acesso em: 17 mar. de 2017.
- <http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/pj-justica-em-numeros>. Acesso em: 08 jun. de 2017.
- <http://paineis.cnj.jus.br/QueryAjaxZfc/QueryViewClient.aspx?public=only&size=long&host=QVS%40neodimio03&name=Temp/8b027809ab154d68aeb17ad2c1925eb1.html>. Acesso em: 09 abr. de 2017.
- <http://sig.mpf.mp.br/MicroStrategy/servlet/mstrWeb?evt=3140&src=mstrWeb.3140&documentID=2C3AEE4011E466AA00000080EF85236C&Server=SFLP-MSTR10-01.PGR.MPF.MP.BR&Project=Unico&Port=0&share=1>. Acesso em: 09 abr. de 2017.
- <http://sig.mpf.mp.br/MicroStrategy/servlet/mstrWeb?evt=3140&src=mstrWeb.3140&documentID=2C3AEE4011E466AA00000080EF85236C&Server=SFLP-MSTR10-01.PGR.MPF.MP.BR&Project=Unico&Port=0&share=1>. Acesso em: 09 abr. de 2017.
- <https://www.digesto.com.br/digesto/>. Acesso em: 08 jun. de 2017.
- <https://www.jusbrasil.com.br/>. Acesso em: 08 jun. de 2017.
- <http://www.conjur.com.br/2017-mar-05/acordo-delacao-odebrecht-preve-pena-antes-denuncia>. Acesso em: 05 jul. de 2017.
- <http://lavajato.mpf.mp.br/atualizacao-na-1a-instancia/resultados/a-lava-jato-em-numeros>. Acesso em: 05 set. de 2017.
- <http://exame.abril.com.br/negocios/quem-e-joesley-batista-o-empresario-que-entregou-temer/>. Acesso em: 07 jul. de 2017.

<http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/moro-condena-ricardo-pessoa-a-8-anos-mas-empresario-vai-cumprir-regime-aberto/>. Acesso em: 12 ago. de 2017.

<http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/veja-a-integra-das-delacoes-do-empresario-ricardo-pessoa/>. Acesso em: 12 ago. 2017.

<http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/advogado-da-utc-se-diz-otimista-com-futuro-dos-acordos-de-leniencia/>. Acesso em: 12 ago. de 2017.

<http://www.cgu.gov.br/noticias/2017/07/cgu-e-agu-assinam-acordo-de-leniencia-com-o-utc-engenharia>. Acesso em: 04 set. de 2017.

COMMONS-BASED PRODUCTION – EM BUSCA DE SUBSÍDIOS PARA UMA REFLEXÃO SOBRE A ECONOMIA DO COMPARTILHAMENTO

GABRIELA DE OLIVEIRA JUNQUEIRA

ORIENTADORA:
PROFESSORA DOUTORA JULIANA KRUEGER PELA

INTRODUÇÃO

“Imagine that you are standing on a bank of a river. All of a sudden, you notice someone float by that is drowning. You immediately jump in to save them, but as soon as you pull them to safety you notice another person who is also drowning. You also pull them to safety, but pretty soon, you notice that the river is full of drowning people floating towards you. You yell for help. You get people to jump in with you to save them, but at some point, when the drowning people keep coming, one of you has got to say ‘you know, I’m gonna go upstream to find out why all this people are falling in in the first place’. Join me as we journey upstream.”¹

Em meio a crises econômicas e avanços tecnológicos, nos últimos anos diversos setores econômicos foram tomados por negócios que se apoiam em plataformas online para o exercício da atividade econômica. Conjuntos, estes negócios têm sido apontados como componentes do que convencionou chamar economia do compartilhamento (*sharing economy*)².

Diversos são os desafios jurídicos trazidos pela economia do compartilhamento, cuja intensidade e natureza dependem de qual setor se está tratando. Mas, antes de entrar nas peculiaridades de cada mercado, é fundamental compreender o fenômeno como um todo se se pretender regulá-lo de for-

1 in *The Sharing Economy*, áudio documentário produzido pelo projeto Economics for Transition, Schumacher College, disponível em <http://www.economicsfortransition.org/#!upstream-documentaries/od2y8>, último acesso em 03.07.2016.

2 O termo vem sendo usado para abarcar um conjunto bastante heterogêneo de novas modalidades de negócios que se apoiam fortemente em plataformas online. Não há ainda um consenso sobre o conceito e, por vezes, outros termos como “*peer economy*”, “*collaborative economy*” e “*collaborative consumption*” são usados como sinônimos. A respeito da definição de “*sharing economy*” ver Rachel Botsman, *The Sharing Economy Lacks a Shared Definition*, Fast Company, 21 de novembro de 2013, disponível em www.fastcoexist.com/3022028/the-sharing-economy-lacks-a-shared-definition, último acesso em 29.01.2016.

ma minimamente efetiva, permitindo que seja colocado a favor da sociedade como um todo.³

O discurso de compartilhamento e de uma modalidade de produção alternativa, entoado pelos participantes do fenômeno acima descrito, contudo, não é novo. Antes do surgimento de gigantes como *Uber* e *Airbnb*, a literatura dos *commons* já tratava da dinâmica econômica do compartilhamento de bens imateriais e de bens materiais, e como tudo isso, impulsionado pelos avanços tecnológicos, pode compor uma modalidade de produção economicamente relevante alternativa a mercados e governos.

Assim, o que se pretende com o presente trabalho é revisitar a mencionada literatura, de forma a reconstruir o raciocínio e a lógica daquilo que se denomina *commons-based production*. Busca-se, desse modo, subsídios para uma reflexão a respeito da economia do compartilhamento e seus possíveis impactos.

Para tanto, o presente trabalho estrutura-se em 6 capítulos, além desta introdução. Em primeiro lugar, faz-se uma breve reconstrução do trabalho precursor de Elinor Ostrom, desmistificando a conhecida tragédia dos comuns, e afirmando a viabilidade e sustentabilidade de ações coletivas. Em seguida, é esclarecido o sentido em que o termo *commons* será aqui empregado, para depois, no terceiro capítulo, adentrar-se efetivamente na *commons-based production*, delineando seus pressupostos, sua dinâmica econômica e suas características, articulando os trabalhos de Yochai Benkler, James Boyle e Jeremy Rifkin. No quarto capítulo, são apresentados possíveis entraves jurídicos à implementação da *commons-based production*, assim como os desafios para o mundo do direito que podem ser vislumbrados com a sua implementação. No quinto, finalmente, é feita uma breve reflexão a respeito da economia do compartilhamento, tendo em vista os resultados levantados e utilizando-se de quatro de seus exemplos mais proeminentes. Por fim, no sexto e último capítulo, apresenta-se as conclusões da pesquisa.

1. ALÉM DE MERCADOS E GOVERNOS

A “tragédia dos comuns”, conforme descrita por Garrett Hardin em 1968 hoje pode ser considerada senso comum. O raciocínio de que os seres humanos são seres racionais e maximizadores e por isso a ação coletiva não pode prosperar parece estar impregnado no subconsciente da maior parte dos indivíduos.

3 Afinal, “technologies are only as good as the political and social context in which they are employed”. (cf. Juliet Schor, *Debating the Sharing Economy*. Outubro/2014. Disponível em <http://www.greattransition.org/publication/debating-the-sharing-economy>).

O caminho para desmistificar esse pensamento começou a ser trilhado pelo brilhante trabalho capitaneado por Elinor Ostrom, redescobrimdo os *commons*, e demonstrando, por meio de estudos de casos extensamente detalhados, a factibilidade de ações que não são coordenadas pelo mercado nem por entes governamentais, em que os indivíduos se autogovernam.

O presente capítulo se presta a reconstruir, muito brevemente, os argumentos apresentados por Hardin, e as descobertas de Ostrom.

1.1. A TRAGÉDIA DOS COMUNS

Em 1968, o ecologista Garrett Hardin publicou o artigo intitulado “A Tragédia dos Comuns”⁴ sobre o inevitável destino de bens que não fossem objeto de um direito de propriedade privada ou uma regulamentação governamental específica. O objeto central do artigo é o problema da superpopulação, e o autor busca demonstrar que não existe uma “solução técnica” para o mesmo, sendo a única saída o abandono dos *commons* no que diz respeito à criação animal.⁵

Hardin utiliza-se do exemplo de um pasto aberto para ilustrar seu argumento.⁶ Partindo da premissa de que os indivíduos são racionais e buscam maximizar seus ganhos,⁷ afirma que é de se esperar que em um tal contexto, cada criador de gado irá buscar manter o maior rebanho possível no mencionado pasto. Hardin afirma que a consequência desse comportamento (o esgotamento da terra) é conhecida pelos criadores, mas enquanto os ganhos com mais 1 cabeça de gado no pasto são quase inteiramente apropriados pelo proprietário, os prejuízos com relação a terra são divididos com todos os outros

4 *The Tragedy of the Commons*, in *Science* 162 (1968), pp. 1243-1248, disponível em <http://science.sciencemag.org/content/162/3859/1243.full>, último acesso em 17.09.2016.

5 “The most important aspect of necessity that we must now recognize, is the necessity of abandoning the commons in breeding. No technical solution can rescue us from the misery of overpopulation. Freedom to breed will bring ruin to all.” (*The Tragedy of the Commons*, in *Science* 162 (1968), pp. 1243-1248, disponível em <http://science.sciencemag.org/content/162/3859/1243.full>, último acesso em 17.09.2016).

6 Mas ao longo do texto dá outros exemplos, como Parques Nacionais e Oceanos. O autor também afirma que o problema da poluição pode ser entendido através da lógica da tragédia dos comuns. (Cf. *The Tragedy of the Commons*, in *Science* 162 (1968), pp. 1243-1248, disponível em <http://science.sciencemag.org/content/162/3859/1243.full>, último acesso em 17.09.2016).

7 O curioso é notar que tal premissa (associada geralmente à ortodoxia econômica) é posta justamente para rebater uma máxima que pode ser atribuída a Adam Smith, de que o indivíduo buscando o próprio interesse é levado pela “mão invisível” a promover o interesse público. Segundo Hardin, “Adam Smith did not assert that this was invariably true, and perhaps neither did any of his followers. But he contributed to a dominant tendency of thought that has ever since interfered with positive action based on rational analysis, namely, the tendency to assume that decisions reached individually will, in fact, be the best decisions for an entire society.” (*The Tragedy of the Commons*, in *Science* 162 (1968), pp. 1243-1248, disponível em <http://science.sciencemag.org/content/162/3859/1243.full>, último acesso em 17.09.2016).

que dela se utilizam.⁸ Assim, os indivíduos estariam presos em um dilema que os leva a aumentar ilimitadamente a quantidade de gado, sendo a ruína o único fim de uma sociedade que acredita na liberdade dos *commons*.

O autor aponta que a tragédia dos comuns pode ser evitada pela propriedade privada ou pela regulação estrita do uso por governos. Segundo Hardin, ainda que o sistema de propriedade seja injusto, é preferível aos *commons*, pois “*Injustice is preferable to total ruin*”⁹.

1.2. A SUSTENTABILIDADE DA AÇÃO COLETIVA

Os argumentos de Hardin, em linha com as previsões do Dilema do Prisioneiro, foram largamente aceitos, influenciando diversas políticas públicas ao redor do mundo.¹⁰ O trabalho desenvolvido por Elinor Ostrom, que a levou a ser a primeira mulher a ganhar o Nobel em Economia, buscou desmistificar as previsões de Hardin sobre os *commons*, por meio de extenso estudo empírico sobre a governança dos chamados *Common-Pool Resources* (“CPR”)^{11, 12}

Através de um framework¹³ que possibilitou a realização de uma extensa pesquisa empírica, Ostrom buscou demonstrar que a dicotomia entre “mercados” e “governos”¹⁴ (em consonância com o defendido por Hardin) não esgo-

8 No final, a decisão racional possível é só uma: “*Adding together the component partial utilities, the rational herdsman concludes that the only sensible course for him to pursue is to add another animal to his herd. And another; and another... But this is the conclusion reached by each and every rational herdsman sharing a commons. Therein is the tragedy.*” (*The Tragedy of the Commons*, in *Science* 162 (1968), pp. 1243-1248, disponível em <http://science.sciencemag.org/content/162/3859/1243.full>, último acesso em 17.09.2016).

9 *The Tragedy of the Commons*, in *Science* 162 (1968), pp. 1243-1248, disponível em <http://science.sciencemag.org/content/162/3859/1243.full>, último acesso em 17.09.2016. O ecologista reconhece expressamente que o sistema legal de propriedade privada é injusto, mas afirma que até então não haviam inventado outro melhor.

10 Elinor Ostrom, *Beyond Markets and States: polycentric governance of complex economic systems*, Prize Lecture, 2009, disponível em http://www.nobelprize.org/nobel_prizes/economic-sciences/laureates/2009/ostrom_lecture.pdf.

11 O conceito será melhor delineado no item 2.1, abaixo.

12 A extensa pesquisa empírica desenvolvida por Ostrom está descrita em seu livro *Governing the Commons – The Evolution of Institutions for Collective Action*. Uma síntese do argumento pode ser encontrada em *Beyond Markets and States: polycentric governance of complex economic systems*, Prize Lecture, 2009, disponível em http://www.nobelprize.org/nobel_prizes/economic-sciences/laureates/2009/ostrom_lecture.pdf.

13 Trata-se do *Institutional Analysis and Development (IAD) Framework*: “*The IAD framework is designed to enable scholars to analyze systems that are composed of a cluster of variables, each of which can then be unpacked multiple times depending on the question of immediate interest.*” (*Beyond Markets and States: polycentric governance of complex economic systems*, Prize Lecture, 2009, disponível em http://www.nobelprize.org/nobel_prizes/economic-sciences/laureates/2009/ostrom_lecture.pdf).

14 Vistas como as duas “*optimal organizations forms*” (Cf. *Beyond Markets and States: polycentric governance of complex economic systems*, Prize Lecture, 2009, disponível em http://www.nobelprize.org/nobel_prizes/economic-sciences/laureates/2009/ostrom_lecture.pdf).

ta as possibilidades existentes de governança, especialmente quando se tratam de bens com características particulares, como os *CPRs*.

Nesse sentido, Ostrom afirma que diferentemente dos cenários em que o Dilema do Prisioneiro é aplicável, os usuários desses bens não são impossibilitados de se comunicar.¹⁵ E a pesquisa empírica desenvolvida mostra que nos casos em que essa comunicação ocorre, observa-se a ocorrência de cooperação entre aqueles que se utilizam do *CPR* e a previsão de Hardin sobre a tragédia do comuns não se verifica.¹⁶ É possível, portanto, estabelecer um desenho institucional que possibilite a gestão dos *CPRs* pelos próprios usuários de forma eficiente, sem ter que necessariamente geri-los através de mercados ou de intervenções governamentais.

Desse modo, o grande mérito de sua obra foi demonstrar a viabilidade, assim como a sustentabilidade, de ações coletivas (“*collective actions*”), contradizendo os argumentos colocados por Hardin.¹⁷

2. O CONCEITO DE COMMONS

O trabalho de Ostrom é apontado como o precursor de um movimento de estudo dos *commons* que se seguiu e no qual se insere a literatura que será analisada neste trabalho. Mas antes, é necessário precisar o sentido do termo, cujo conceito evoluiu conforme as abordagens feitas ao longo do tempo.

15 “Simply allowing communication, or “cheap talk”, enables participants to reduce overharvesting”. (*Beyond Markets and States: polycentric governance of complex economic systems*, Prize Lecture, 2009, disponível em http://www.nobelprize.org/nobel_prizes/economic-sciences/laureates/2009/ostrom_lecture.pdf).

16 “In summary, experiments on *CPRs* and public good have shown that many predictions of the conventional theory of collective action do not hold. More cooperation occurs than predicted, “cheap talk” increases cooperation, and subjects invest in sanctioning free-riders.” (*Beyond Markets and States: polycentric governance of complex economic systems*, Prize Lecture, 2009, disponível em http://www.nobelprize.org/nobel_prizes/economic-sciences/laureates/2009/ostrom_lecture.pdf).

17 Esse aspecto é apontado por Benkler como o grande legado da autora, que desmentiu “the deeply corrosive idea that if people came to try to govern themselves together we would fail, because our self-interest would tear us apart.” (*The idea of the commons and the future of capitalism*, apresentação realizada durante o Creative Commons Global Summit 2015, Seoul, Coreia do Sul, disponível em <https://www.youtube.com/watch?v=58s100KuAao>). Mas é preciso dizer que muito embora o mérito por “redescobrir os *commons*” seja atribuído a Ostrom, ela própria afirma a existência de diversos estudos prévios documentando, por longos períodos, pequenos e médios *CPRs*. Porque esses estudos eram desenvolvidos por profissionais de diversas áreas, “*Cumulation of the knowledge contained in these studies did not occur*”. (Cf. *Beyond Markets and States: polycentric governance of complex economic systems*, Prize Lecture, 2009, disponível em http://www.nobelprize.org/nobel_prizes/economic-sciences/laureates/2009/ostrom_lecture.pdf). Seu mérito, portanto, foi de sistematizar todo esse conhecimento, ao redor de um framework que possibilita expansão e diálogo com outros estudos.

2.1. OS COMMON-POOL RESOURCES (“CPRs”)

Na análise desenvolvida por Elinor Ostrom, o foco do trabalho minucioso de décadas, que lhe rendeu o Prêmio Nobel em Economia, foi um tipo muito particular de bem: os chamados *Common-Pool Resources* (“CPRs”)¹⁸, como acima descrito. Tratam-se de recursos naturais ou construídos pelo homem¹⁹ cujas características desafiavam a então dominante divisão econômica dos bens entre bens privados e bens públicos²⁰. Os primeiros eram caracterizados por serem *rivalrous* e *excludable*, enquanto os segundos, seriam *non rivalrous* e *non excludable*. A respeito dessa divisão, o Professor Calixto Salomão Filho tece críticas aos critérios utilizados, pois “*enquanto a rivalidade é uma característica, a exclusividade é um traço da disciplina jurídica.*”²¹

Ostrom procurou demonstrar que aquela divisão dos bens era insuficiente,²² sendo a origem de uma má compreensão das possíveis formas de governança dos mesmos, que necessariamente eram alocados entre a gestão de mercados ou a gestão governamental, conforme relatado no item anterior. Foram então feitas alterações na forma de classificação dos bens,²³ sendo (i) a substituição da categoria “rivalidade de consumo” pela de “possibilidade de subtração de uso”; e (ii) alteração das respostas de “sim” e “não” para uma gradação, alta ou baixa; aquelas que concernem aos fins do presente trabalho.

18 Yochai Benkler, ao referir-se aos CPRs afirma serem “*discretely identifiably types of resources*” (*The wealth of networks: how social production transforms markets and freedom*, New Haven/London, Yale University Press, 2006, p. 117). Um breve e didático resumo sobre os *common-pool resources* é dado em Vlad Tarko, *Elinor Ostrom’s Life and Work*, in Elinor Ostrom et al., *The Future of the Commons – Beyond Market Failure and Government Regulation*, Londres, Institute of Economic Affairs, 2012, p. 57-60.

19 “*The term “common-pool resource” refers to a natural or man-made resource system that is sufficiently large as to make it costly (but not impossible) to exclude potential beneficiaries from obtaining benefits from its use.*” (Elinor Ostrom, *Governing the Commons – The Evolution of Institutions for Collective Action*, Canto Classics edition, Cambridge, Cambridge University Press, 2015, p. 30).

20 Paul Samuelson, *The pure theory of public expenditure*, in *Review of Economics and Statistics* 36 (1954), pp. 387-389.

21 *Teoria crítico-estruturalista do direito comercial*, 1ª ed., São Paulo, Marcial Pons, 2015, p. 106. Tal conclusão também é apontada como um dos resultados das descobertas dos trabalhos capitaneados por Elinor Ostrom: “*The bottom line is that, while the rivalry aspect of a good is to a large extent objective, depending on the nature of the good itself, the social impact of the excludability aspect depends on the institutional system of formal rules and social norms.*” (Vlad Tarko, *Elinor Ostrom’s Life and Work*, in Elinor Ostrom et al., *The Future of the Commons – Beyond Market Failure and Government Regulation*, Londres, Institute of Economic Affairs, 2012, p. 58).

22 Elinor Ostrom, *Beyond Markets and States: polycentric governance of complex economic systems*, Prize Lecture, 2009, disponível em http://www.nobelprize.org/nobel_prizes/economic-sciences/laureates/2009/ostrom_lecture.pdf, (reconhecendo que, como resultado dos estudos desenvolvidos sobre “club goods”, à dúplici classificação de Samuelson já havia sido adicionada uma terceira categoria de bens).

23 Elinor Ostrom, *Beyond Markets and States: polycentric governance of complex economic systems*, Prize Lecture, 2009, p. 412, disponível em http://www.nobelprize.org/nobel_prizes/economic-sciences/laureates/2009/ostrom_lecture.pdf.

Dentro dessa nova forma de classificação, os *Common-Pool Resources* constituem a categoria dos bens caracterizados por alta subtração de uso e alta dificuldade de exclusão.²⁴ E é justamente em razão dessas características, que os problemas, e a respectiva forma de tentar contorná-los por meio de uma governança específica, não poderiam ser totalmente associados nem com aqueles dos bens públicos, nem aqueles dos bens privados.²⁵ Elinor Ostrom mostra, desse modo, a importância da diversidade institucional, que constitui um reflexo da própria diversidade presente no mundo, assim como alerta para o que ela chama do “problema da panacea” (problemática de achar que existe um melhor jeito de governança).²⁶ Assim, é preciso entender as formas de governança dos CPRs como alternativas, que rechaçam o mito da dualidade entre mercados e governos, sendo este o grande mérito dos trabalhos capitaneados por Elinor Ostrom,²⁷ conforme descrito no capítulo precedente.

A contribuição empírica trazida por Ostrom no desenvolvimento dos trabalhos baseou-se majoritariamente em pequenos e médios CPRs,²⁸ tendo focado nas formas de organização de sistemas de irrigação, regiões de pesca e florestas.²⁹ Desse modo, o discurso dos *Common-Pool Resources* é fortemente associado com o discurso ambientalista,³⁰ com uma possibilidade de criação de uma forma de exploração de recursos naturais que seja sustentável.

-
- 24 Ver tabela apresentada em Elinor Ostrom, *Beyond Markets and States: polycentric governance of complex economic systems*, Prize Lecture, 2009, p. 413, disponível em http://www.nobelprize.org/nobel_prizes/economic-sciences/laureates/2009/ostrom_lecture.pdf.
- 25 Elinor Ostrom, *Governing the Commons – The Evolution of Institutions for Collective Action*, Canto Classics edition, Cambridge, Cambridge University Press, 2015, p. 33.
- 26 *The Future of the Commons – Beyond Market Failure and Government Regulation*, Londres, Institute of Economic Affairs, 2012, p. 70 (em que se recusa a afirmar que sempre os sistemas de governança comunitária são melhores: depende do problema que se está querendo resolver).
- 27 Vlad Tarko afirma que a descoberta de outras alternativas para além da “*classic solution to the tragedy of the commons’ problem*” foi uma das principais razões que levaram a autora ao Prêmio Nobel em Economia. (Cf. *Elinor Ostrom’s Life and Work*, in Elinor Ostrom et al., *The Future of the Commons – Beyond Market Failure and Government Regulation*, Londres, Institute of Economic Affairs, 2012, p. 58).
- 28 Como ela mesma afirma em *The Future of the Commons – Beyond Market Failure and Government Regulation*, in Elinor Ostrom et al., *The Future of the Commons – Beyond Market Failure and Government Regulation*, Londres, Institute of Economic Affairs, 2012, p. 68.
- 29 São essas as categorias em que podem ser divididas os estudos de casos trazidos em Elinor Ostrom, *Governing the Commons – The Evolution of Institutions for Collective Action*, Canto Classics edition, Cambridge, Cambridge University Press, 2015.
- 30 O Professor Calixto Salomão Filho faz essa associação entre bens comuns e meio ambiente ao sugerir proposta de intervenção estrutural (*Teoria crítico-estruturalista do direito comercial*, São Paulo, Marcial Pons, 2015, p. 109). A associação é de certo modo intuitiva pelas características atribuídas aos CPRs, mas é preciso ressaltar que estes não se resumem a recursos naturais, pois também estruturas feitas pelo homem podem apresentar tais atributos (a esse respeito, ver explicação em Elinor Ostrom, *Governing the Commons – The Evolution of Institutions for Collective Action*, Canto Classics edition, Cambridge, Cambridge University Press, 2015, p. 32). Contudo, a própria Ostrom admite que o foco principal das pesquisas em *commons* foram os recursos naturais, e que começou a haver uma alteração de foco principalmente a partir de

2.2. UMA OUTRA ABORDAGEM DOS “COMMONS”

Contudo, o enfoque nessas características específicas dos CPRs não é central no que pode se chamar de uma segunda escola dos *Commons*,³¹ que tem como foco de análise a produção social de informação, conhecimento e cultura. Yochai Benkler e James Boyle, componentes dessa segunda escola, utilizam o termo “*commons*” como um conceito organizativo³². Isto é, os *commons* são apresentados como uma alternativa institucional à propriedade³³, e não uma classe de bens específica que partilha de determinadas características.

Nesse sentido, a utilização do termo “*commons*” pode ser entendida como uma espécie de batalha discursiva³⁴, em que se busca abarcar aquilo que está de fora do âmbito da propriedade, na busca de uma narrativa que mostre a viabilidade de diferentes arranjos não só em ambientes específicos com características determinadas.³⁵

1995 (Charlotte Hess; Elinor Ostrom, *Introduction: An Overview of the Knowledge Commons*, in Charlotte Hess; Elinor Ostrom (editors), *Understanding knowledge as a commons: from theory to practice*, London/Cambridge, The MIT Press, 2007, p. 6).

- 31 “*Beginning around 1990 and beyond we had these two major schools of the commons. One focused much more on more traditional, ecologically stable commons that came out of the work of Elinor Ostrom and the Workshop on Political Theory in Indiana, which has gotten tremendous respect within the economics profession, partly because it was so discretely fact based and careful and conceptual; and partly because it touched the peripheries of the global capital economy. And the other is us. The other is the theoretically impossible fact of free and open source software; the theoretically impossible fact of Wikipedia; the theoretically impossible fact of Firefox.*” (Yochai Benkler, *The idea of the commons and the future of capitalism*, apresentação realizada durante o Creative Commons Global Summit 2015, Seoul, Coreia do Sul, disponível em <https://www.youtube.com/watch?v=58s100KuAao>, último acesso em 03.07.2016)
- 32 Yochai Benkler fala em “*organizing concept*” (The idea of the commons and the future of capitalism, apresentação realizada durante o Creative Commons Global Summit 2015, Seoul, Coreia do Sul, disponível em <https://www.youtube.com/watch?v=58s100KuAao>, último acesso em 03.07.2016). James Boyle, reconhecendo que por vezes o termo “*commons*”, assim como “*public domain*”, pode ser considerado vago, pondera que também o conceito de propriedade não é unívoco: “*Look at the question from the other side of the glass. Is this little potted history so very different from the history of the concept of property? We know very well that concepts of property have varied enormously over time and that the assumptions of the legal system about the analytical details of property have also varied enormously.*” (*The second enclosure movement and the construction of the public domain*, in *Law and Contemporary Problems* 66 (2003), pp. 33-74, p. 67.)
- 33 Yochai Benkler, *The wealth of networks: how social production transforms markets and freedom*, New Haven/London, Yale University Press, 2006, pp. 60 e 61 (explicando em quais termos “*commons*” é o oposto de “*property*”); James Boyle, *The second enclosure movement and the construction of the public domain*, in *Law and Contemporary Problems* 66 (2003), pp. 33-74, p. 73 (dizendo que por vezes o conceito será construído como um antônimo, refletindo “*the analytic structure of the dominant idea of property to which it is counterposed*”).
- 34 A referência aqui é à ideia utilizada pela economista Mariana Mazzucato, que em sua obra aponta para a necessidade de se questionar o discurso predominante sobre o papel do Estado na economia, confrontando esse mesmo discurso com dados empíricos. Segundo a autora, é preciso combater o discurso dominante, que muitas vezes não é verdadeiro. (Cf. *O estado empreendedor: desmascarando o mito do setor público vs. setor privado*, 1ª ed., São Paulo, Portofolio-Penguin, 2014, p. 23).
- 35 Jeremy Rifkin aponta James Boyle como o precursor do debate em torno dessa busca por uma nova narrativa para os *commons* (Cf. *Sociedade com custo marginal zero*, São Paulo, M. Books do

É com esse intuito, de criação de uma narrativa mais ampla, que Boyle estabelece uma analogia entre os conceitos de *commons* e o meio ambiente (*environment*).³⁶ Como afirma o autor, ainda que os respectivos conteúdos não sejam nítidos, seu uso tem uma função retórica importante.³⁷ É possível aglutinar sob o conceito de “meio ambiente” diversas batalhas que, de outro modo, pareceriam desconectadas. Da mesma forma, é o que se procura fazer com o conceito de *commons*, com o qual se procura “*counter de language of sacred property*”³⁸.

Essa diferença de abordagem pode ser explicada pelo objeto inicial dos estudiosos que compõem a mencionada segunda escola dos *Commons*. Porque estão focados na análise dos “*commons of the mind*”³⁹ e na “*networked information economy*”⁴⁰, a justificativa para a viabilidade de um ecossistema institucional diverso daquele da propriedade deve ser diferente daquela apresentada para os *Common-Pool Resources*, pois as características desses bens imateriais são outras.

Como explicitado por Boyle, os “*commons of the mind*” não padecem dos problemas de uso excessivo dos CPRs, pois são *non-rival*; e quando o custo marginal de produção dos mesmos se aproxima de zero⁴¹, são também considerados *non-excludable*.⁴²

Benkler também enfrenta as peculiaridades da produção de informação, e afirma que são duas as características que a individualizam. Em primeiro lugar, aponta também a não rivalidade. Em segundo, afirma que a informação é

Brasil, 2016 p. 213).

36 *The second enclosure movement and the construction of the public domain*, in *Law and Contemporary Problems* 66 (2003), pp. 33-74, pp. 69-74.

37 Mas não só, Boyle também cita outras funções de tais conceitos, destacando-se a criação de um espaço para essas noções dentro de um contexto que os invisibiliza. (Cf. *The second enclosure movement and the construction of the public domain*, in *Law and Contemporary Problems* 66 (2003), pp. 33-74, p. 71).

38 *The second enclosure movement and the construction of the public domain*, in *Law and Contemporary Problems* 66 (2003), pp. 33-74, p. 70. Boyle narra uma evolução da linguagem, em que o termo “*commons*” seria um sucessor de “*public domain*” no mundo fora da circunscrição da propriedade intelectual (ver p. 62).

39 James Boyle, *The second enclosure movement and the construction of the public domain*, in *Law and Contemporary Problems* 66 (2003), pp. 33-74, p. 41 (o termo é usado como sinônimo de “*informational or innovational commons*”).

40 Yochai Benkler, *The wealth of networks: how social production transforms markets and freedom*, New Haven/London, Yale University Press, 2006. Entretanto, deve-se frisar que a análise desenvolvida por Benkler não se resume aos bens imateriais. Conforme melhor abordado no item 3.2, o autor também oferece uma explicação econômica (diversa da oferecida para a informação) sobre o compartilhamento de bens materiais.

41 O que tem se concretizado a cada dia, com o avanço tecnológico. A progressiva diminuição dos custos marginais, e seu impacto na produção econômica é extensamente tratada em Jeremy Rifkin, *Sociedade com custo marginal zero*, São Paulo, M. Books do Brasil, 2016, e será abordada no item 3.1.

42 *The second enclosure movement and the construction of the public domain*, in *Law and Contemporary Problems* 66 (2003), pp. 33-74, pp. 41-42 (o autor admite que há exceções quando se trata da não rivalidade desse tipo de bens, mas não interferem na análise geral).

tanto *input* como *output* de seu próprio processo produtivo, sendo essa segunda peculiaridade denominada de efeito “*on shoulders of giants*”, em referência à famosa declaração atribuída a Isaac Newton: “*If I have seen farther it is because I stand on the shoulders of giants*”.⁴³

Em razão das características apontadas, o problema que se apresenta no âmbito da produção de informação não seria a clássica tragédia dos comuns (de excesso de consumo)⁴⁴, e sim um empecilho de outra natureza: não haveria incentivos à produção desses bens,⁴⁵ sendo esta a clássica patologia imputada aos bens públicos.⁴⁶ Nesse contexto, a instituição de direitos de propriedade intelectual seria necessária, como forma de possibilitar a venda desses bens acima de seu custo marginal (que é zero).⁴⁷ Esse raciocínio, conforme explica Boyle, parece levar a crer que quanto mais fácil a cópia (e portanto a dificuldade de exclusão), mais fortes devem ser os direitos de propriedade intelectual.⁴⁸

2.3. “COMMONS” COMO UM TERMO MAIS ABRANGENTE

Essa mudança de objeto também se refletiu nos trabalhos de Elinor Ostrom, que buscou, a partir dos avanços metodológicos obtidos com os anos de análise dos *Common-Pool Resources*, construir um raciocínio para compreender informação e conhecimento dentro da lógica dos *commons*.⁴⁹

43 *The wealth of networks: how social production transforms markets and freedom*, New Haven/London, Yale University Press, 2006, pp. 36-37 (ver p. 56 em que o autor afirma ainda que justamente em razão de suas peculiaridades, a produção de informação fora do mercado é mais relevante do que aquela dos bens tangíveis).

44 Conforme descrita por Garret Hardin e brevemente resumida no item 1.1 deste trabalho. (Cf. *The Tragedy of the Commons*, in *Science* 162 (1968), pp. 1243-1248, disponível em <http://science.sciencemag.org/content/162/3859/1243.full>, último acesso em 17.09.2016).

45 *The second enclosure movement and the construction of the public domain*, in *Law and Contemporary Problems* 66 (2003), pp. 33-74, pp. 41-42.

46 Vlad Tarko, *Elinor Ostrom's Life and Work*, in Elinor Ostrom et al., *The Future of the Commons – Beyond Market Failure and Government Regulation*, Londres, Institute of Economic Affairs, 2012, p. 57. Benkler, ao analisar a característica de não rivalidade da informação, classifica a informação como bem público, e afirma que “*Economists call such goods “public” because a market will not produce them if priced at their marginal cost-zero*”. (Cf. *The wealth of networks: how social production transforms markets and freedom*, New Haven/London: Yale University Press, 2006, p. 36).

47 Yochai Benkler, *The wealth of networks: how social production transforms markets and freedom*, New Haven/London, Yale University Press, 2006, p. 36.

48 Para ilustrar o raciocínio o autor propõe o seguinte exercício: “*Imagine a line. At one end sits a monk painstakingly transcribing Aristotle's Poetics. In the middle lies the Gutenberg printing press. Three-quarters of the way along the line is a photocopying machine. At the far end lies the Internet and the online version of the human genome. At each stage costs are lowered and goods become both less rival and less excludable.*” (*The second enclosure movement and the construction of the public domain*, in *Law and Contemporary Problems* 66 (2003), pp. 33-74, p. 42).

49 Charlotte Hess; Elinor Ostrom, *Ideas, Artifacts, Facilities, and Content: Information as a Common-Pool Resource*, in *Law and Contemporary Problems* 66 (2003), pp. 111-145; Charlotte Hess; Elinor Ostrom, *Introduction: An Overview of the Knowledge Commons*, in Charlotte Hess; Elinor Ostrom

Em um primeiro momento, procurou-se classificar a informação como um *CPR*, muito embora reconhecendo substanciais diferenças com relação aos recursos naturais que embasaram os primeiros estudos sobre o tema.⁵⁰

Posteriormente, pode-se observar uma mudança na abordagem, em que a categoria dos *Common-Pool Resources* dá lugar ao termo “*commons*”.⁵¹ Isto porque enquanto a informação é, conforme já apontado, *non-rival*, Ostrom e Hess afirmam que “*high subtractability is usually a key characteristic of common-pool resources*”⁵². Em razão disso, o termo “*commons*”, mais geral, “*is preferred in order to describe the complexity and variability of knowledge and information as resources*”⁵³.

A consideração da informação “*as a commons*” leva Hess e Ostrom a uma ponderação que se mostra de grande utilidade para os fins do presente trabalho. Afirmam as autoras: “*the unifying thread in all commons resources is that they are jointly used, managed by groups of varying sizes and interests*”⁵⁴.

Assim, existem diferentes tipos de *commons*, cujo traço comum é justamente essa gestão coletiva. Benkler⁵⁵ afirma que os *commons* podem ser divididos de acordo com dois critérios: 1) se são abertos ou não à participação de qualquer indivíduo; 2) se o sistema desses *commons* é regulado ou não. De acordo o primeiro critério temos, de um lado, *commons* de acesso ilimitado (*open commons*), de que são exemplos os oceanos, o ar, as rodovias; de outro, tem-se os *commons* de acesso limitado, em que há algum tipo de controle sobre quem participa ou não.⁵⁶ Quase todos os commons de acesso limitado são regulados por regras

(editors), *Understanding knowledge as a commons: from theory to practice*, London/Cambridge, The MIT Press, 2007.

50 Charlotte Hess; Elinor Ostrom, *Ideas, Artifacts, Facilities, and Content: Information as a Common-Pool Resource*, in *Law and Contemporary Problems* 66 (2003), pp. 111-145 (as autoras reconhecem as grandes diferenças entre os objetos e sugerem alterações na abordagem, para que a informação possa ser entendida como um *CPR*).

51 “*commons*” aqui entendido como “*a resource shared by a group of people that is subject to social dilemmas*” (Charlotte Hess; Elinor Ostrom, *Introduction: An Overview of the Knowledge Commons*, in Charlotte Hess; Elinor Ostrom (editors), *Understanding knowledge as a commons: from theory to practice*, London/Cambridge: The MIT Press, 2007, p. 3).

52 *Introduction: An Overview of the Knowledge Commons*, in Charlotte Hess; Elinor Ostrom (editors), *Understanding knowledge as a commons: from theory to practice*, London/Cambridge, The MIT Press, 2007, p. 5.

53 Charlotte Hess; Elinor Ostrom, *Introduction: An Overview of the Knowledge Commons*, in Charlotte Hess; Elinor Ostrom (editors), *Understanding knowledge as a commons: from theory to practice*, London/Cambridge, The MIT Press, 2007, p. 5.

54 *Introduction: An Overview of the Knowledge Commons*, in Charlotte Hess; Elinor Ostrom (editors), *Understanding knowledge as a commons: from theory to practice*, London/Cambridge, The MIT Press, 2007, p. 5.

55 *The wealth of networks: how social production transforms markets and freedom*, New Haven/London, Yale University Press, 2006, p. 61.

56 Como exemplo dos “*limited-access common resources*”, Benkler cita justamente aquilo que foi foco da extensa pesquisa empírica de Elinor Ostrom, mencionada anteriormente neste trabalho: “*Various traditional pasture arrangements in Swiss villages or irrigation regions in Spain*

mais ou menos elaboradas; já os open commons variam, existindo aqueles governados por nenhuma regra,⁵⁷ e aqueles em que há alguma regulamentação.

Essa diversidade denota a abrangência do termo “commons” que aqui se procura ilustrar. Isto é especialmente relevante diante da posterior ampliação do objeto de análise desenvolvida por Benkler⁵⁸. Como será abordado no capítulo seguinte, a produção social por ele descrita envolve não somente o compartilhamento de bens imateriais (aqui incluída a informação em sentido amplo), mas também bens materiais (tendo este fenômeno uma explicação econômica diversa).

2.4. A OPÇÃO FEITA NO PRESENTE TRABALHO

Conforme se buscou demonstrar acima, há diferenças de abrangência entre os termos “CPR” e “commons”, ainda que por vezes possam ser tratados como indistintos. Diante do cenário descrito, “commons” parece ser um termo que melhor expressa a realidade que se quer analisar, porque o enfoque é numa forma de governança alternativa, e não em um tipo específico de bem.⁵⁹ A tentativa aqui é desvincular o modelo de organização das características intrínsecas de um seletivo grupo de bens, pois como visto, existem vários tipos de commons.⁶⁰

Nesse contexto, temos que na literatura nacional, pela expressão “bens comuns” está associada aos *Common-Pool Resources*⁶¹. Por essa razão, e tendo em vista os objetivos do presente trabalho, que incluem a investigação de uma for-

are now classic examples, described by Eleanor (sic) Ostrom, of limited-access common resources – where access is limited only to members of the village or association that collectively “owns” some defined pasturelands or irrigation system.” O autor, contudo, faz uma ponderação a respeito desse tipo de commons: “*these are better thought of as limited common property regimes, rather than commons, because they behave as property vis-à-vis the entire world except members of the group who together hold them in common.*” (*The wealth of networks: how social production transforms markets and freedom*, New Haven/London, Yale University Press, 2006, p. 61)

57 “*Anyone can use resources within these type of commons at will and without payment.*” (*The wealth of networks: how social production transforms markets and freedom*, New Haven/London, Yale University Press, 2006, p. 61).

58 *The wealth of networks: how social production transforms markets and freedom*, New Haven/London, Yale University Press, 2006.

59 Esse é o sentido que Rifkin procura dar, muito embora a tradução de seu livro se utilize da expressão “bens comuns”. A esse respeito, afirma que “*Anoção de que seus princípios fundamentais e premissas, se modernizados e retrabalhados, podem oferecer um modelo organizacional mais prático para uma economia em transição, na qual o comando e o controle centralizados do comércio têm capitulado para uma produção equitativa, de escala lateral e entre pares, cujo intercâmbio de propriedade nos mercados torna-se menos relevante que o acesso a bens e serviços em redes, e o capital social, mais valioso na orquestração da vida econômica.*” (*Sociedade com custo marginal zero*, São Paulo, M. Books do Brasil, 2016, pp. 184-185).

60 “*they relate to all kinds of goods, not only public goods.*” (*The wealth of networks: how social production transforms markets and freedom*, New Haven/London, Yale University Press, 2006, p. 118).

61 É essa a denominação utilizada pelo Professor Calixto Salomão Filho ao tratar dos CPRs (Teoria crítico-estruturalista do direito comercial, São Paulo, Marcial Pons, 2015, p. 108).

ma de produção possibilitada pelo advento de novas tecnologias, que não seja baseada no regime de propriedade, independentemente dos atributos possuídos pelos bens utilizados nesse processo produtivo, optou-se por não utilizar a expressão “bens comuns”. A tentativa aqui é de não associar a abordagem com as atributos que individualizam os *Common-Pool Resources*, conforme acima descrito, e afirmar os *commons* como modelo de gestão descentralizado e não hierarquizado, em oposição ao instituto da propriedade.

3. COMMONS-BASED PRODUCTION

Esclarecido o sentido em que o termo “*commons*” será utilizado, o presente capítulo buscará analisar, nas obras de Boyle, Benkler e Rifkin, o fenômeno do surgimento de uma nova forma de produção, descrita como *commons-based production*⁶². Esta consiste em uma nova forma de produção econômica, que difere em seus principais aspectos daquela que se estabeleceu durante a era industrial, que era fortemente concentrada, verticalizada e hierarquizada. A *commons-based production*, como se verá, caracteriza-se pela descentralização e horizontalização e, por essa razão, o modelo organizacional dos “*commons*” é mais apropriado para geri-la.

Com relação a essa nova forma de produção, é possível estabelecer uma gradação entre os referidos autores consoante a abrangência das teorias que defendem. Boyle⁶³ foca na produção descentralizada de bens imateriais, a partir do que ele denomina “*commons of the mind*”. Em razão disso, o diálogo com os fundamentos da propriedade intelectual e o movimento do segundo cercamento é bastante central. Benkler⁶⁴ vai um pouco além. O autor pro-

62 O termo é utilizado em James Boyle, *The second enclosure movement and the construction of the public domain*, in *Law and Contemporary Problems* 66 (2003), pp. 33-74, p. 47; Yochai Benkler, *The wealth of networks: how social production transforms markets and freedom*, New Haven/London, Yale University Press, 2006, p. 62 (em que explica o sentido do termo: “The term “commons-based is intended to underscore that what is characteristic of the cooperative enterprises I describe in this chapter is that they are not built around the asymmetric exclusion typical of property. Rather, the inputs and outputs of the process are shared, freely or conditionally, in an institutional form that leaves them equally available for all to us as they choose at their individual discretion.”); Rifkin, muito embora não utilize o termo, afirma que o modelo de governança dos bens comuns é o que melhor se encaixa na nova realidade emergente (economia compartilhada) que ele descreve (*Sociedade com custo marginal zero*, São Paulo, M. Books do Brasil, 2016, p. 223). Benkler também se refere a essa modalidade de produção como “*social production systems*” que englobam “*both peer production of information, knowledge, and culture and sharing of material resources.*” (Yochai Benkler, *The wealth of networks: how social production transforms markets and freedom*, New Haven/London, Yale University Press, 2006, p. 115).

63 O foco de análise aqui feita é seu artigo que levantou a discussão em torno do tema: *The second enclosure movement and the construction of the public domain*, in *Law and Contemporary Problems* 66 (2003), pp. 33-74. O debate sobre o segundo cercamento provocado pela expansão crescente dos direitos de propriedade intelectual será abordado no item 4.1 do presente trabalho.

64 *The wealth of networks: how social production transforms markets and freedom*, New Haven/London, Yale University Press, 2006. É neste livro que o autor sintetiza o raciocínio

cura construir um raciocínio sobre uma nova forma de produção que engloba o que ele denomina de *peer production* e também o *sharing of material goods*, no âmbito da produção de informação. Ambos têm como ponto de partida de suas observações os movimentos de *free and open source software*.⁶⁵ Por fim, Rifkin⁶⁶, dialogando com os autores anteriores, e construindo em cima do que já foi produzido no tema, faz uma previsão muito mais ampla, postulando a superação do capitalismo pela economia do compartilhamento. Não obstante o forte caráter utópico, há fatos por detrás de seus argumentos que conversam com a narrativa desenvolvida por Boyle e Benkler.

Ainda que a abrangência de cada uma das análises não coincida, estas possuem pontos em comum sobre a mencionada nova forma de produção no que diz respeito aos seus pressupostos, à sua lógica econômica, assim como às suas características. São estes pontos em comuns que serão abordados a seguir.

3.1. O IMPACTO TECNOLÓGICO, A DISPERSÃO DOS INPUTS NECESSÁRIOS À PRODUÇÃO, E A PROGRESSIVA DIMINUIÇÃO DOS CUSTOS MARGINAIS

Em primeiro lugar, é preciso tratar da centralidade da tecnologia nas abordagens analisadas. Os avanços tecnológicos representam uma das bases sobre as quais a nova modalidade de produção seria capaz de florescer. Os impactos

desenvolvido em diversas outras publicações anteriores. Destas, destaca-se um artigo que será abordado com mais detalhes mais adiante, neste capítulo (*Sharing Nicely: On Shareable Goods and the Emergence of Sharing as a Modality of Economic Production*, in *Yale Law Journal* 114 (2004), pp. 273-358). Neste, o autor não delimita sua análise à produção de informação, e oferece explicações mais abrangentes sobre a dinâmica do compartilhamento de bens materiais, utilizando como exemplos os “*carpools*” e o “*distributed computing*”. O presente trabalho busca reconstruir o raciocínio do autor de maneira mais ampla com relação ao desenvolvido em seu livro, que se limitou à produção de informação (e por isso o mencionado artigo se torna particularmente relevante). Esse aspecto será crucial na busca por subsídios para a análise feita acerca da economia compartilhada (*sharing economy*), no capítulo 5 deste trabalho.

65 Sobre esse aspecto, ver James Boyle, *The second enclosure movement and the construction of the public domain*, in *Law and Contemporary Problems* 66 (2003), pp. 33-74, pp. 47-48 (postulando que tais movimentos seriam casos paradigmáticos de um modo de produção “distribuído” mais amplo: “*Again, my guess is that the increasing migration of the sciences towards data- and processing-rich models makes more innovations and discoveries potential candidates for the distributed model.*”); Yochai Benkler, *The wealth of networks: how social production transforms markets and freedom*, New Haven/London, Yale University Press, 2006, p. 68 (reconhecendo que o software livre é o exemplo mais visível de “*peer production*” atualmente, mas postulando que a ele não se resume).

66 *Sociedade com custo marginal zero*, São Paulo, M. Books do Brasil, 2016. É preciso apontar que dos três autores aqui analisados, Rifkin é quem apresenta argumentos menos consistentes. Como se buscará demonstrar, o autor dialoga em diversos pontos com aquilo que é descrito por Boyle e Benkler, mas por vezes seus argumentos são forçados, em uma busca por demonstrar que sua previsão de uma superação do capitalismo está correta. Na presente pesquisa buscou-se aproveitar esses pontos de diálogo, fazendo-se menção quando a exposição do autor foi obscura ou incoerente.

podem ser divididos em duas frentes que, conjuntas, fornecem os meios materiais necessários para a mencionada forma de produção.

De um lado, temos o desenvolvimento das redes, que possibilitam a congregação de milhares de indivíduos.⁶⁷ Nesse âmbito, destaca-se a Internet como um ambiente alegadamente livre, que permite o livre acesso e o espaço para desenvolvimento dos empreendimentos que aqui se faz referência.⁶⁸ É fato que esse caráter “livre” e democrático da internet vem sendo ameaçado por interesses privados.⁶⁹ Porém, o que interessa, neste momento, é o *locus* proporcionado pelas redes para o surgimento de iniciativas de cooperação e compartilhamento entre indivíduos ao redor do mundo.

Por outro lado, a progressiva diminuição de custos,⁷⁰ consequência das sucessivas inovações, estaria levando a uma maior distribuição dos *inputs* necessários ao processo produtivo. Nesse sentido, os custos de produção estariam, cada vez mais, dispersos entre os indivíduos de uma sociedade, diferentemente da realidade industrial. Nesta, em razão dos altos investimentos necessários, diversos empreendimentos só eram viáveis se realizados por grandes corporações ou pelo Estado.⁷¹ Com a dispersão do capital necessário, é possível o surgimento de uma alternativa, que é a chamada produção social ou *commons-based production*.

Tanto Benkler como Rifkin exploram a fundo esse argumento. Contudo, é preciso apontar para o fato de que o primeiro está se referindo somente à produção de informação (e por isso fala em “*networked information economy*” em oposição à “*industrial information economy*”), enquanto Rifkin procura generalizar o argumento para diversos setores (ainda que admita que em alguns, a forma centralizadora de capital, característica do capitalismo, permanecerá).

No setor da produção de informação, o que Benkler aponta é que a cada dia, mais e mais pessoas possuem os meios (um computador e uma conexão à

67 Boyle procura explorar justamente “*the way that networks can enable new collaborative methods of production*” (*The second enclosure movement and the construction of the public domain*, in *Law and Contemporary Problems* 66 (2003), pp. 33-74, p. 44); No caso de Benkler, o próprio título de seu livro já indica o peso desse aspecto em sua análise.

68 Rifkin atribui à Internet o surgimento da economia do compartilhamento, pois sua natureza equitativa e colaborativa “*permitiu a milhões de pessoas encontrar alguém para compartilhar coisas*”. (*Sociedade com custo marginal zero*, São Paulo, M. Books do Brasil, 2016, p. 271).

69 A batalha pela neutralidade da rede ilustra esse embate. Sobre o tema, vide Jeremy Rifkin, *Sociedade com custo marginal zero*, São Paulo, M. Books do Brasil, 2016, pp. 231 e ss.

70 A esse respeito ver as considerações de Rifkin sobre as curvas exponenciais, onde essa tendência é melhor detalhada: *Sociedade com custo marginal zero*, São Paulo, M. Books do Brasil, 2016, pp. 100 e ss.

71 “*When some larger-scale physical-capital requirement is a threshold requirement of effective action, however, we should not expect to see widespread reliance on decentralized sharing as a standard modality of production.*” (Yochai Benkler, *Sharing Nicely: On Shareable Goods and the Emergence of Sharing as a Modality of Economic Production*, in *Yale Law Journal* 114 (2004), pp. 273-358, p. 339).

internet, basicamente) para produzir um conteúdo informativo, cultural, e colocá-lo na internet.⁷²

Generalizando o argumento da dispersão dos *inputs*, Rifkin argumenta que o que ocorreu na indústria da música, do cinema, irá ocorrer em diversos outros setores da nossa economia. Todo o raciocínio do autor está baseado no conceito de Internet das Coisas (“IdC”)⁷³ que, segundo ele, constitui a infraestrutura da Era Colaborativa (apontada como a sucessora da Era Industrial). De modo simplificado, o fenômeno descrito pelo autor consiste em uma mudança das matrizes de comunicação, energética e de transportes que caracterizaram a Era Industrial e conformaram seu modo de produção.⁷⁴ Com a alteração dessas matrizes, que segundo ele passarão a ser altamente informatizadas e interconectadas por meio de sensores que produzem o chamado Big Data, haverá um enorme salto em produtividade com a redução dos custos marginais e o advento do que ele chama de economia do compartilhamento, em substituição ao capitalismo.

É nesse contexto que Rifkin denuncia o que ele denomina a contradição do capitalismo: a incessante busca pela inovação leva a um estado tecnológico no qual os custos marginais são próximos de zero, não havendo a produção por meio de mercados.⁷⁵ O advento de formas colaborativas de

72 Este aspecto é enfatizado em diversas passagens de seu livro. Ver, por exemplo: *The wealth of networks: how social production transforms markets and freedom*, New Haven/London, Yale University Press, 2006, p. 99 (em que o autor afirma que “*The core technologically contingent fact that enables social relations to become a salient modality of production in the networked information economy is that all the inputs necessary to effective productive activity are under the control of individual users*”). Em artigo anterior, Benkler foi ainda mais enfático sobre esse ponto: “*I suggest that the highly distributed capital structure of contemporary communications and computations systems is largely responsible for the increased salience of social sharing as a modality of economic production in those environments. By lowering the capital costs required for effective individual action, these technologies have allowed various provisioning problems to be structured in forms amenable to decentralized production based on social relation rather than through markets or hierarchies.*” (*Sharing Nicely: On Shareable Goods and the Emergence of Sharing as a Modality of Economic Production*, in *Yale Law Journal* 114 (2004), pp. 273-358, p. 278).

73 “*A IdC é composta pela Internet das Comunicações, Internet da Energia e Internet do Transporte, que funcionam juntas num sistema operacional único, encontrando continuamente maneiras de aumentar a eficiência termodinâmica e a produtividade para o gerenciamento de recursos, a produção e a distribuição de bens e serviços, e a reciclagem de lixo.*” (*Sociedade com custo marginal zero*, São Paulo, M. Books do Brasil, 2016, p. 29).

74 Rifkin descreve as matrizes da Era Industrial, apontando para o fato de que caracterizavam-se por serem de capital intensivo e, em razão disso, requeriam a integração vertical que possibilita ganhos de escala. Para detalhes ver: *Sociedade com custo marginal zero*, São Paulo, M. Books do Brasil, 2016, pp. 55-74.

75 “*Aqui novamente, estamos frente a frente com a contradição máxima no cerne do capitalismo. A força motriz do sistema é a maior produtividade, possibilitada por eficiências termodinâmicas crescentes. O processo é impiedoso conforme competidores correm para introduzir novas tecnologias mais produtivas, que diminuirão o custo de produção e o preço de seus produtos e serviços para atrair compradores. A corrida continua ganhando impulso até quando se está próximo da linha de chegada, onde a eficiência ótima é atingida e a produtividade é máxima. É nesta linha de chegada que o custo marginal de produzir cada unidade adicional é quase zero. Quando se cruza a linha de chegada, os bens e serviços se tornam praticamente grátis, os lucros minguam, não há negociação*”

produção em escala lateral implicará, segundo o autor, o declínio do sistema capitalista.⁷⁶

Pode-se dizer que a análise de Rifkin expande para outras áreas da produção econômica o raciocínio desenvolvido por Boyle e Benkler na produção de informação. O autor admite que a alteração de paradigma no que ele chama de Internet das Comunicações já é uma realidade, mas seria apenas o início de um fenômeno muito maior. Um dos pontos nodais de sua teoria, que diz respeito à aludida dispersão dos *inputs* e reflete também a sua maior abrangência com relação ao objeto descrito por Boyle e Benkler, é o enfoque dado à impressão 3D. Segundo o autor, a impressão 3D possibilita a passagem do mundo virtual do compartilhamento para o mundo material. Nesse sentido, haveria uma passagem “*from bits to atoms*”⁷⁷.⁷⁸

Estando os *inputs* do processo produtivo dispersos entre os indivíduos, torna-se factível uma produção descentralizada, não hierarquizada e que portanto não seria compatível com a lógica da propriedade. É justamente por esta razão que essa seria uma modalidade de produção baseada nos *commons* (no sentido mais amplo, conforme apontado no capítulo anterior).

O que se quer demonstrar aqui é a centralidade da tecnologia para esse modelo produtivo, pois possibilita a expansão de práticas comumente executadas pelos indivíduos, que passam a ter relevância econômica: “*the relative economic role of sharing changes with technology*”⁷⁹. A esse propósito, o que a tec-

de propriedades no mercado e o sistema capitalista morre.” (*Sociedade com custo marginal zero*, São Paulo, M. Books do Brasil, 2016, pp. 90-91). Uma forma de corrigir isso essa suposta “falha de mercado”, mantendo os incentivos para a produção em mercado, é a imposição de monopólios. Esse aspecto será discutido quando se tratar da expansão da propriedade intelectual, no item 4.1, abaixo.

76 *Sociedade com custo marginal zero*, São Paulo, M. Books do Brasil, 2016, pp. 271 (em que afirma que o modo de produção capitalista será a exceção e não a regra). Benkler, por outro lado, assevera que o crescimento da *commons-based production* não requer necessariamente o declínio das formas de produção baseadas no mercado, embora estas sejam afetadas pela interação entre as duas. (*The wealth of networks: how social production transforms markets and freedom*, New Haven/London, Yale University Press, 2006, p. 122).

77 A expressão é utilizada por Rifkin em entrevista sobre o próprio livro na Google, disponível em <https://www.youtube.com/watch?v=5-iDUcETjvo>, último acesso em 15.08.2016.

78 Ver, sobre a “democratização dos meios de produção”, possibilitada pela impressão 3D, *Sociedade com custo marginal zero*, São Paulo, M. Books do Brasil, 2016, p. 127. O autor descreve inclusive experimentos em que carros e casas têm sido feitos a partir de impressoras 3D, utilizando modelos compartilhados gratuitamente pela internet.

79 Yochai Benkler, *Sharing Nicely: On Shareable Goods and the Emergence of Sharing as a Modality of Economic Production*, in *Yale Law Journal* 114 (2004), pp. 273-358, p. 341. É preciso apontar, contudo, que o autor expressamente aponta que práticas de compartilhamento são inerentes à natureza humana. O que a tecnologia faz é potencializar o papel econômico de tais práticas. Se antes elas eram economicamente irrelevantes é porque o estágio tecnológico de então funcionava como uma barreira relegando-as à periferia do sistema econômico. É precisamente nesse ponto que seria possível observar os impactos dos atuais avanços tecnológicos.

nologia faz é possibilitar o compartilhamento da capacidade ociosa existente no mundo. Seja essa capacidade ociosa relativa a habilidades individuais, seja ela referente a bens materiais. Esse compartilhamento torna possível conceber a *commons-based production* como uma modalidade de produção alternativa.⁸⁰

3.2. O COMPARTILHAMENTO DA CAPACIDADE OCIOSA

O avanço tecnológico descrito acima possibilita que determinados comportamentos antes vistos como não econômicos tornem-se economicamente relevantes,⁸¹ fazendo surgir uma nova forma de organização da atividade econômica: a “*commons-based production*”, também denominada de produção social.

Muito embora os três autores aqui analisados trabalhem com esse conceito de uma produção descentralizada, Benkler é o que melhor oferece uma explicação minuciosa sobre a dinâmica econômica desse fenômeno, com algum diálogo com Boyle, como se buscará descrever. A centralidade da explicação está no aproveitamento de *capacidade ociosa*⁸² no âmbito dos sistemas sociais de produção.

Benkler engloba no conceito de “sistemas sociais de produção” (que equivale à *commons-based production*⁸³) tanto a “*peer production*” quanto o “*sharing of material goods*”.⁸⁴ O primeiro diz respeito principalmente a sistemas nos quais os usuários compartilham capacidades humanas, como conhecimento e infor-

80 Benkler coloca essas práticas que estão englobadas no conceito como possíveis substitutos para “*markets, firms, and bureaucracies*”. (Cf. *Sharing Nicely: On Shareable Goods and the Emergence of Sharing as a Modality of Economic Production*, in *Yale Law Journal* 114 (2004), pp. 273-358, p. 280).

81 “*Social behavior that traditionally was relegated to the peripheries of the economy has become central to the most advanced economies.*” (Yochai Benkler, *The wealth of networks: how social production transforms markets and freedom*, New Haven/London, Yale University Press, 2006, p. 56). Neste mesmo sentido, Boyle afirma que o novo modelo de produção não introduz uma ideia totalmente nova, apenas traz para o centro da produção econômica uma ideia antiga (*The second enclosure movement and the construction of the public domain*, in *Law and Contemporary Problems* 66 (2003), pp. 33-74, p. 47).

82 Ver Yochai, Benkler, *The wealth of networks: how social production transforms markets and freedom*, New Haven/London, Yale University Press, 2006, p. 100 (em que fala em “*excess capacity*”); Rifkin, por diversas vezes ressalta que o aumento da produtividade causado pela Internet das Coisas se dará muito em razão do aproveitamento da capacidade ociosa já existente no mundo. Ver, por exemplo, *Sociedade com custo marginal zero*, São Paulo, M. Books do Brasil, 2016, p. 264 (abordando a ociosidade média de um automóvel, clarificando-o como um ativo ineficiente).

83 Vide nota de rodapé n. 62, acima.

84 “*In both cases, given that much of what is shared is excess capacity from the perspective of the contributors, available to them after they have fulfilled some threshold level of their market-based consumption requirements, social-sharing systems are likely to tap in to social psychological motivations that Money cannot tap, and, indeed, that the presence of Money in a transaction framework could nullify.*” (*The wealth of networks: how social production transforms markets and freedom*, New Haven/London, Yale University Press, 2006, p. 116). Sobre as explicações econômicas para cada uma das modalidades de produção social vide pp. 99 e ss.

mação, sendo o exemplo clássico o *free software*, em que milhares de pessoas ao redor do mundo contribuem para a produção de um programa computacional, dedicando parte de seu tempo e seus conhecimentos em informática. Já o segundo, difere em um importante aspecto, pois o que é compartilhado neste caso são bens materiais que seriam classificados como privados, e o exemplo dado é o SETI@home, um supercomputador constituído por meio da reunião da capacidade ociosa de diversos computadores ao redor do mundo.⁸⁵

Tanto a “*peer production*” como o “*sharing of material goods*” são caracterizados por uma descentralização da produção e um suporte em relações e motivações sociais,⁸⁶ o que justificaria o seu agrupamento sob o conceito de *commons-based production*. Entretanto, em razão de seus diferentes objetos, cada um destes subtipos possui uma explicação econômica diversa.

Conforme acima relatado, a informação possui características que a individualizam, de modo que seu processo de produção fora de mercados tomou grandes proporções de maneira bastante rápida por meio das redes. Através de um sistema que não opera dentro das lógicas do mercado, a contribuição de diversos indivíduos não organizados hierarquicamente é capaz de produzir bens e serviços, configurando a chamada “*peer-production*”⁸⁷.

Boyle relata a existência de extenso debate em torno da busca do porquê esse sistema funciona, já que o comportamento aqui observado vai no sentido contrário daquele esperado do *homo economicus* (o indivíduo racional descrito pelo *mainstream* econômico), mas afirma que embora essas questões sejam divertidas de debater, são, em última instância, irrelevantes.⁸⁸ Segundo o autor, fato é que existem diferentes incentivos no mundo, e nem todos podem ser resumidos pela maximização do retorno financeiro. Em um cenário em que haja uma rede global, compartilhamento de informação, no qual os custos de có-

85 O projeto funciona com a colaboração de milhares de pessoas ao redor do mundo. Estas fazem o download de um programa que detecta quando o computador não está sendo usado e utiliza durante esse período a capacidade para processamento de dados. Sobre o SETI@Home ver Yochai Benkler, *The wealth of networks: how social production transforms markets and freedom*, New Haven/London, Yale University Press, 2006, p. 81; e Yochai Benkler, *Sharing Nicely: On Shareable Goods and the Emergence of Sharing as a Modality of Economic Production*, in *Yale Law Journal* 114 (2004), pp. 273-358 (onde o projeto é explicado em mais detalhes e são citados outros exemplos análogos).

86 Yochai Benkler, *The wealth of networks: how social production transforms markets and freedom*, New Haven/London, Yale University Press, 2006, p. 81.

87 “The term “*peer production*” characterizes a subset of commons-based production practices. It refers to production systems that depend on individual action that is self-selected and decentralized, rather than hierarchically assigned.” (Yochai Benkler, *The wealth of networks: how social production transforms markets and freedom*, New Haven/London, Yale University Press, 2006, p. 62).

88 *The second enclosure movement and the construction of the public domain*, in *Law and Contemporary Problems* 66 (2003), pp. 33-74, pp. 45-46 (em que cita também Benkler, tecendo elogios a sua explicação sobre o tema, e alinhando-se à sua posição).

pia são próximos a zero e o processo de criação é modular⁸⁹, não importa o porquê as pessoas contribuem. Presentes tais condições, haverá uma produção descentralizada “*without having to rely on the proprietary/exclusionary model*”⁹⁰.

Além do já citado exemplo do *free software*, Benkler relata também a experiência do NASA Clickworkers⁹¹, um experimento conduzido pela NASA em que eram disponibilizadas na internet imagens da superfície de Marte, e solicitado aos participantes que contribuíssem com a identificação de crateras. A princípio, esse seria um trabalho que deveria ser realizado por cientistas qualificados durante um longo tempo. Através do experimento online, qualquer um poderia fazer sua contribuição participando por poucos minutos, e o resultado mostrou-se surpreendente com pouca diferença entre a análise realizada por especialistas e aquela dos voluntários.

Outro celebrado exemplo de *peer-production* no âmbito da produção de informação é a Wikipédia, definida por Benkler como “*one of the most successful enterprises that has developed in the first five years of the twenty-first century*”⁹². Esse exemplo mostra claramente como mecanismos podem possibilitar também a organização de um sistema de reconhecimento/certificação por meio de um modelo de *peer production*,⁹³ rebatendo críticas de que a ausência de

- 89 Um processo de criação modular é caracterizado pelo fato de que é possível dividi-lo em partes diferentes, possibilitando a contribuição por diversos indivíduos com diferentes capacidades e diferentes motivações, sendo que estas partes podem ser posteriormente unificadas formando um produto inteiro. Essa definição é dada por Boyle em *The second enclosure movement and the construction of the public domain*, in *Law and Contemporary Problems* 66 (2003), pp. 33-74, pp. 46. Benkler também trabalha com o conceito de “modularity”, afirmando ser essa uma das características por detrás do sucesso dos processos de *peer-production* (*The wealth of networks: how social production transforms markets and freedom*, New Haven/London, Yale University Press, 2006, p. 100). É precisamente essa característica que permite convergir a contribuição de diversos indivíduos para tornar possível um projeto por meio de uma produção descentralizada: “*Creative labor in the context of peer production can be harnessed when a project is broken into discrete modules, whose granularity is varied and sufficiently fine grained to allow individuals with diverse motivations to engage in the effort at levels appropriate for their motivations but still provide stable contributions to the whole.*” (Yochai Benkler, *Sharing Nicely: On Shareable Goods and the Emergence of Sharing as a Modality of Economic Production*, in *Yale Law Journal* 114 (2004), pp. 273-358, p. 336).
- 90 James Boyle, *The second enclosure movement and the construction of the public domain*, in *Law and Contemporary Problems* 66 (2003), pp. 33-74, p. 46. Mais uma vez pode-se observar a contraposição desse novo sistema de produção, que é “*commons-based*”, ao sistema baseado na propriedade.
- 91 *The wealth of networks: how social production transforms markets and freedom*, New Haven/London, Yale University Press, 2006, p. 62. James Boyle também menciona brevemente esse experimento (ver nota de rodapé 59 em *The second enclosure movement and the construction of the public domain*, in *Law and Contemporary Problems* 66 (2003), pp. 33-74, p. 48).
- 92 *The wealth of networks: how social production transforms markets and freedom*, New Haven/London, Yale University Press, 2006, p. 70.
- 93 Benkler aborda o tema da produção de “*relevance/accreditation*” detalhadamente, trazendo outros exemplos em que mecanismos foram arquitetados para garantir a qualidade do produto oriundo de um processo de *peer production*. De forma simplificada, esses mecanismos

hierarquia e a possibilidade de participação de vários indivíduos resultaria em produtos de qualidade necessariamente inferior.

Portanto, vê-se que no caso da *peer production*, o que está sendo compartilhado é o tempo, a educação e o esforço dos indivíduos que participam do processo de criação. Tais elementos são agregados à informação existente – não protegida de algum modo e portanto passível de ser utilizada como *input* –, por meio de um processo descentralizado possibilitado pela tecnologia, que pode ou não ter algum requisito para a participação,⁹⁴ e cujos resultados também não serão apropriados pelo modelo de exclusão da propriedade.⁹⁵

Sobre esse modelo de produção descentralizada que se utiliza de bens imateriais é que se centrou a análise feita por Boyle. Mas como dito no início do presente capítulo, a teoria de Yochai Benkler é mais abrangente. E é justamente o fato de que ele descreve um novo subtipo de produção descentralizada, ao lado da *peer production*, que diferencia o objeto destes autores.

Este outro subtipo é descrito pelo autor como o *sharing of material goods*.⁹⁶ Diferentemente da *peer production*, o que é compartilhado como *input* neste caso são bens materiais privados, que são controlados pelos respectivos proprietários. A lógica de funcionamento aqui é outra, pois não se está tratando de bens não rivais e não excludentes, como a informação. O raciocínio aqui

podem ser descritos como formas de checar/confirmar a contribuição de um outro indivíduo, garantindo, no geral, a confiabilidade das informações. (ver *The wealth of networks: how social production transforms markets and freedom*, New Haven/London, Yale University Press, 2006, pp. 75 e ss). Vale ressaltar, mais uma vez, que Benkler está abordando a produção descentralizada de informação e conhecimento. O que o autor procura rebater aqui são críticas de que a *networked information economy* (que se contrapõe à *industrial information economy*) não seria um ambiente mais democrático, pois muito embora mais pessoas possam ser produtoras de informação, não há como atribuir créditos (certificar) a esses produtos, dando origem a um ambiente em que muitos falam e ninguém ouve.

94 Como visto no item 2.3, acima, existem diferentes tipos de commons, não sendo sinônimo de ausência de regulamentação.

95 A esse respeito, remete-se à discussão da licença GPL (*General Public License*) no âmbito da produção de software, que garante que o produto final, construído por meio da contribuição de diversos indivíduos, não será apropriado de modo a excluir os demais. O assunto é abordado abaixo, ao se tratar na relação da *commons-based production* com a propriedade intelectual (item 3.3.4).

96 Esta análise é desenvolvida principalmente em *Sharing Nicely: On Shareable Goods and the Emergence of Sharing as a Modality of Economic Production*, in *Yale Law Journal* 114 (2004), pp. 273-358. É retomada, de maneira mais concisa, em *The wealth of networks: how social production transforms markets and freedom*, New Haven/London, Yale University Press, 2006, pp. 81e ss. Muito embora em ambos os trabalhos Benkler desenvolva o mesmo raciocínio, aponta-se para a diferença dos objetos descritos. No artigo mencionado, o autor utiliza-se de dois principais exemplos: os *carpools* e o *distributed computing*. Já em seu livro, o autor reproduz grande parte do texto do artigo, mas deixa de lado a abordagem dos *carpools*. Essa diferença pode ser explicada em razão do objeto do livro, que é somente a produção descentralizada de informação.

desenvolvido é menos intuitivo, mas também centrado no compartilhamento de uma capacidade ociosa desses bens já existentes.

Benkler classifica tais bens privados capazes de servir como *inputs* de processos descentralizados como *shareable goods*, definidos como “*individually owned goods that have excess capacity and are available for sharing*”⁹⁷. Segundo o autor, estes bens são *lumpy*, isto é, são fornecidos em uma quantidade pré-definida de funcionalidade.⁹⁸ Um computador, por exemplo, é um bem *lumpy*, porque mesmo que o comprador queira usá-lo apenas para responder alguns poucos e-mails, fato é que as capacidades dos produtos disponíveis para venda são fixas, e não totalmente ajustáveis à demanda daquele que visa comprar.

Os bens *lumpy*, por sua vez, são classificados em *fine*, *mid*, ou *large-grained*.⁹⁹ O critério de classificação neste caso diz respeito à demanda dos compradores (a funcionalidade para a qual se pretende o bem) em comparação com o preço do bem. Um bem *large-grained* caracteriza-se por ser um bem de elevado custo, que fornece uma funcionalidade elevada, cujo uso só se torna viável com a agregação de demanda.¹⁰⁰ No outro extremo, os bens *fine-grained* podem ser adquiridos pelos consumidores na exata quantidade de funcionalidade requerida.¹⁰¹ Entre estes dois extremos encontram os bens *mid-grained*, que, segundo Benkler, “*are small enough for an individual to justify buying for her own use, given their price and her willingness and ability to pay for the functionality she plans to use.*”¹⁰² São, portanto, bens que não obstante ofereçam uma

97 Yochai Benkler, *Sharing Nicely: On Shareable Goods and the Emergence of Sharing as a Modality of Economic Production*, in *Yale Law Journal* 114 (2004), pp. 273-358, p. 297.

98 Benkler explica que “*lumpy goods*” são aqueles que “*can only be provisioned in certain discrete bundles that offer discontinuous amounts of functionality or capacity.*” (*Sharing Nicely: On Shareable Goods and the Emergence of Sharing as a Modality of Economic Production*, in *Yale Law Journal* 114 (2004), pp. 273-358, p. 297).

99 Essas categorias são descritas por Benkler em *Sharing Nicely: On Shareable Goods and the Emergence of Sharing as a Modality of Economic Production*, in *Yale Law Journal* 114 (2004), pp. 273-358, p. 297. Também em seu livro o autor retoma esta classificação para explicar o compartilhamento de bens materiais no âmbito da produção da informação (ver *The wealth of networks: how social production transforms markets and freedom*, New Haven/London, Yale University Press, 2006, p. 113).

100 “*A large-grained good is one that is so expensive that it can only be used by aggregating demand for it. Industrial capital equipment, like steam engines, is of this type.*” (*Sharing Nicely: On Shareable Goods and the Emergence of Sharing as a Modality of Economic Production*, in *Yale Law Journal* 114 (2004), pp. 273-358, p. 297).

101 Benkler fala, neste caso, em “granularidade” deste tipo de bem, sendo exemplos um *donut* ou uma xícara de café. (*Sharing Nicely: On Shareable Goods and the Emergence of Sharing as a Modality of Economic Production*, in *Yale Law Journal* 114 (2004), pp. 273-358, p. 297).

102 *Sharing Nicely: On Shareable Goods and the Emergence of Sharing as a Modality of Economic Production*, in *Yale Law Journal* 114 (2004), pp. 273-358, p. 297.

funcionalidade por unidade maior do que a necessidade do consumidor, possuem um preço que justifica a sua aquisição de forma individual.¹⁰³

São justamente estes últimos que formam o núcleo do conceito de “*shareable goods*”. Isto porque pelas suas características apontadas, estes bens possuem uma *capacidade ociosa*,¹⁰⁴ já que o uso pelo proprietário não absorve, no mais das vezes, o total de funcionalidade oferecida.

É esse o caso da grande maioria dos computadores pessoais. Não importa muito se o indivíduo vai usar o computador para checar e-mails e entrar no *Facebook*, ou se vai utilizá-lo mais intensamente também para o trabalho. As unidades oferecidas não variam significativamente em termos de funcionalidade. É por essa razão que muita capacidade de processamento dessas máquinas não é utilizada, havendo aí uma capacidade ociosa. O já mencionado supercomputador SETI@home funciona justamente com o aproveitamento desta capacidade ociosa. Por meio de um software que é instalado pelos voluntários em seus próprios computadores, a capacidade de processamento das máquinas é utilizada enquanto o proprietário não está fazendo o uso da mesma.

Também o fenômeno do *carpooling* pode ser explicado levando em consideração a capacidade não aproveitada pelos proprietários dos automóveis. Por exemplo, um indivíduo que se desloque do ponto A até o ponto B sozinho em automóvel, possui uma capacidade ociosa de 4 lugares em seu carro. É verdade que um sistema de “caronas” já existe muito antes de haver qualquer tecnologia que influísse de algum modo no aproveitamento desta capacidade ociosa,¹⁰⁵ mas é notório que utilização de mecanismos tecnológicos tem possibilitado o aumento da relevância econômica desta prática.¹⁰⁶ Exatamente no sentido pos-

103 Benkler adverte que essa classificação, por relacionar-se com o poder de compra dos indivíduos, depende da renda e sua distribuição em determinada sociedade. Como exemplo, o autor aponta que “*A PC is a shareable good in North America and Europe, but may be a large-grained capital good in an Indian or Brazilian village.*” (*Sharing Nicely: On Shareable Goods and the Emergence of Sharing as a Modality of Economic Production*, in *Yale Law Journal* 114 (2004), pp. 273-358, p. 303).

104 “*If enough individuals in society buy and use such mid-grained lumpy goods, that society will have a large amount of excess capacity “out there,” in the hands of individuals.*” (Yochai Benkler, *Sharing Nicely: On Shareable Goods and the Emergence of Sharing as a Modality of Economic Production*, in *Yale Law Journal* 114 (2004), pp. 273-358, p. 297).

105 E os exemplos de *carpooling* retratados por Benkler de fato não envolvem a utilização de qualquer tecnologia nesse sentido (ver *Sharing Nicely: On Shareable Goods and the Emergence of Sharing as a Modality of Economic Production*, in *Yale Law Journal* 114 (2004), pp. 273-358, pp. 281-289).

106 Faz-se referência, a título exemplificativo, ao site de caronas *BlaBlaCar*, que busca congregiar uma comunidade de condutores que “compartilham as suas viagens de carro, reduzindo as despesas” (ver <https://www.blablacar.com.br/sobre-nos>, último acesso em 04.09.2016). A startup chegou ao Brasil no final de 2015 com a promessa de acabar com os carros vazios (<http://exame.abril.com.br/tecnologia/noticias/blablacar-chega-ao-brasil-para-acabar-com->

tulado por Benkler, e mencionado no subitem anterior, de que a tecnologia não cria o compartilhamento, mas altera a relevância econômica da sua prática.¹⁰⁷

Neste ponto, há uma forte diálogo com a descrição de Rifkin sobre o que ele chama de Internet dos Transportes.¹⁰⁸ Segundo o autor, o atual sistema de transporte (as redes de logística) desperdiça diariamente uma quantidade enorme de produtividade, por não haver uma aproveitamento completo da capacidade.¹⁰⁹ Com o avanço tecnológico e a estrutura da Internet das Coisas, os dados produzidos poderiam elevar a produtividade otimizando a utilização dessa capacidade.

A eficiência do compartilhamento das capacidades ociosas pode ser explicada também por meio de uma análise dos custos de transação. Segundo Benkler, diante da existência de uma funcionalidade não utilizada de um bem, duas opções de abrem para o proprietário: a venda dessa capacidade ociosa (através dos chamados mercados secundários) ou o compartilhamento através de processos de produção social. Porque as transações através de mercado, para serem eficientes, exigem claras demarcações de direitos e deveres (o que Benkler denomina “*crispness*”¹¹⁰), em certas ocasiões, é economicamente mais interessante a utilização da capacidade ociosa em processos de produção social. Isto é, quando a capacidade ociosa está altamente disseminada (cada indivíduo detém poucas unidades), a compra através de mercado não é vantajosa, pois cada unidade implica um custo maior em razão das exigências de demarcação. Cada unidade a mais que precisar ser comprada, significará um incremento no preço final.¹¹¹ Para aquele que compra, a desvantagem é patente.

carros-vazios, último acesso em 04.09.2016). Essa plataforma será novamente abordada ao se tratar da economia do compartilhamento, no capítulo 5, abaixo.

107 “The relative economic role of sharing changes with technology”. (Yochai Benkler, *Sharing Nicely: On Shareable Goods and the Emergence of Sharing as a Modality of Economic Production*, in *Yale Law Journal* 114 (2004), pp. 273-358, p. 341).

108 A Internet dos Transportes é apontada como um dos 3 eixos da Internet das Coisas, ao lado da Internet da Comunicação e da Internet da Energia. (Cf. *Sociedade com custo marginal zero*, São Paulo, M. Books do Brasil, 2016, p. 252).

109 “No caso do transporte global, a situação é mais crítica, estima-se que sua eficiência seja inferior a 10%.” (Rifkin, *Sociedade com custo marginal zero*, São Paulo, M. Books do Brasil, 2016, p. 252 – sobre como a logística de transporte centralizada representa uma grande ineficiência.)

110 “The crispness is a functional requirement of the price system, which derives from the precision and formality of the medium of exchange – currency – and the ambition to provide refined representations of the comparative value of marginal decisions through denomination in the exchange medium that represents these incremental value differences.” (*Sharing Nicely: On Shareable Goods and the Emergence of Sharing as a Modality of Economic Production*, in *Yale Law Journal* 114 (2004), pp. 273-358, pp. 315-316).

111 “This pattern suggests that when slack capacity is located in small quanta distributed among many owners, it becomes increasingly more costly to harness that excess capacity through markets than through social Exchange systems.” (*Sharing Nicely: On Shareable Goods and the Emergence of Sharing as a Modality of Economic Production*, in *Yale Law Journal* 114 (2004), pp. 273-358, p. 317). O argumento completo é desenvolvido nas entre as pp. 315-317.

Para aquele que vende, receber um valor pequeno pode não servir de motivação, sendo algo que o indivíduo faria não pela recompensa financeira, mas por outras motivações psicológicas. É esse o domínio dos *shareable goods* como instrumentos de compartilhamento.

Tanto no caso do compartilhamento da capacidade de processamento de dados de computadores, quanto no caso do compartilhamento do espaço de meios de locomoção, temos bens materiais, classificados como “bens privados”, que possuem um proprietário individual,¹¹² sendo objeto de um processo de compartilhamento que tem como *output* um bem ou um serviço. Tem-se o compartilhamento da capacidade ociosa desses bens, possibilitado ou facilitado (no caso dos carros), por mecanismos tecnológicos que conectam indivíduos. Em ambos os casos a funcionalidade já existia: o computador seria comprado de qualquer forma, e o motorista faria o percurso de qualquer forma. Mas esses bens seriam utilizados de modo ineficiente, não utilizando sua total capacidade. A tecnologia atua então no aumento dessa eficiência.¹¹³

3.3. ATRIBUTOS DA PRODUÇÃO DESCENTRALIZADA

Do compartilhamento de capacidade ociosa, potencializado pelo avanço tecnológico, surge um novo modo de produção¹¹⁴, que passa a se tornar economicamente relevante. Esse novo modo de produção, em contraposição àquele característico da era industrial, é caracterizado pela descentralização e “horizontalização” da produção. Esta deixa de ser concentrada, verticalizada e hierarquizada. É justamente em decorrência dessas características é que o modelo de governança dos *commons*, como oposto àquele da propriedade, é mais condizente. A sua estrutura permite o aproveitamento de outras motivações, que não exclusivamente financeiras, e além disso, as características peculiares do modo de produção implicam em impactos em relações tradicionalmente marcadas pela hierarquia.

112 Faz-se a ressalva dos sistemas de clubes de automóveis que, muito embora também funcionem na lógica de aproveitamento de uma funcionalidade subutilizada, estruturam-se como clubes em que os membros são coproprietários dos automóveis, ou exista uma empresa que coordena de forma mais centralizada o compartilhamento desses ativos.

113 É justamente este o argumento de Rifkin a respeito do impacto da Internet das Coisas. Sua estrutura acarretará, segundo ele, o aumento da produtividade através do aumento da eficiência na utilização de recursos. (Cf. *Sociedade com custo marginal zero*, São Paulo, M. Books do Brasil, 2016, p. 93 – por exemplo).

114 “By “economic production,” I mean the provisioning of goods and services that people value.” (Yochai, Benkler, *Sharing Nicely: On Shareable Goods and the Emergence of Sharing as a Modality of Economic Production*, in *Yale Law Journal* 114 (2004), pp. 273-358, p. 331).

3.3.1. A HORIZONTALIZAÇÃO E O DIÁLOGO COM O COOPERATIVISMO

Ao abordar o conceito de *commons* acima, foi dito que o mesmo é utilizado como uma alternativa institucional à propriedade, por vezes sendo descrito como o antônimo do conceito de propriedade.¹¹⁵ Ora, esta, como instituto base de mercados, é caracterizada por uma alocação assimétrica do poder de decidir como um determinado recurso será utilizado.¹¹⁶ Essa assimetria é necessária ao funcionamento dos mercados.¹¹⁷ Em oposição, tem-se um aspecto relevante dos *commons*, nos quais não se tem uma única pessoa com o controle exclusivo sobre a destinação de um determinado recurso.¹¹⁸ Não há, no desenho institucional dos *commons*, essa assimetria na atribuição de poderes.

Em linha com esse desenho institucional, a congregação de diversos indivíduos através das redes é feita de modo horizontal, inexistindo uma hierarquia entre os indivíduos que contribuem na criação de um produto como o software livre, ou um serviço como um sistema de caronas. É por isso que denomina-se essa forma de produção “*commons-based*”¹¹⁹. Os indivíduos escolhem compartilhar parte de seu tempo e habilidades, ou um bem material cuja funcionalidade não está sendo absorvida totalmente pelo proprietário, contribuindo para um processo produtivo. Essa escolha, como já dito, pode estar amparada em diversos motivos. Independentemente daquele que leve uma pessoa a participar, não se estabelece uma hierarquia.

Fica evidente nesse ponto que o discurso da *commons-based production* dialoga em parte com a literatura sobre o cooperativismo.¹²⁰ De fato, atribui-

115 Vide subitem 2.2, acima.

116 Yochai Benkler, *The wealth of networks: how social production transforms markets and freedom*, New Haven/London, Yale University Press, 2006, pp. 60-61 (em que explica que “*That asymmetry permits the existence of “an owner” who can decide what to do, and with whom*”).

117 Yochai Benkler, *The wealth of networks: how social production transforms markets and freedom*, New Haven/London, Yale University Press, 2006, p. 161.

118 “*Instead, resources governed by commons may be used or disposed of by anyone among some (more or less well-defined) number of persons, under rules that may range from “anything goes” to quite crisply articulated formal rules that are effectively enforced.*” (Yochai Benkler, *The wealth of networks: how social production transforms markets and freedom*, New Haven/London, Yale University Press, 2006, p. 61). Essas diferenças sobre uma participação mais ou menos controlada refletem os diferentes tipos de *commons* existentes, conforme delineado no subitem 2.3, acima.

119 “*The term “commons-based” is intended to underscore that what is the characteristic of the cooperative enterprises I describe in this chapter is that they are not built around the asymmetric exclusion typical of property. Rather, the inputs and outputs of the process are shared, freely or conditionally, in as institutional form that leaves them equally available for all to use as they choose at their individual discretion.*” (Yochai Benkler, *The wealth of networks: how social production transforms markets and freedom*, New Haven/London, Yale University Press, 2006, p. 62).

120 Esse aspecto é expressamente apontado pelo Professor Alessandro Octaviani em sua análise sobre a obra de Yochai Benkler: “*A utopia de Benkler articula o liberalismo político e o cooperativismo, agora turbinado pelo acúmulo e compartilhamento de recursos que a rede mundial de computadores e as novas tecnologias propiciam.*” (*Recursos genéticos e desenvolvimento: os*

tos como a administração democrática (sem hierarquia) e a colaboração são colocados nas bases do movimento cooperativista.¹²¹ Talvez a diferença mais marcante entre as duas formas de organização seja o fato de que, em contraste ao pregado pelo movimento cooperativista, a *commons-based production* descrita por Boyle, Benkler e Rifkin não pressupõe que os participantes estabeleçam laços entre si. De fato, o tipo de cooperação possibilitada pelos mecanismos tecnológicos a que se faz referência não exige uma forte conexão entre os indivíduos que cooperam.¹²² O aparato tecnológico cria um ambiente organizacional em que é possível congregiar a contribuição de indivíduos que não se conhecem. Mecanismos de *feedback* e *peer reviews* auxiliam a criação de confiança entre desconhecidos, estimulando o compartilhamento.

Assim, o compartilhamento possibilitado pela *commons-based production* não consistiria em fenômenos isolados e periféricos ao sistema econômico, como alegadamente o é o fenômeno cooperativista.¹²³ Ao contrário, em um mundo interconectado pelas redes, no qual a informação e conhecimento são centrais ao processo produtivo, esse modo de produção desempenharia papel central, cuja importância aumentaria conforme mais se caminhasse em direção a modelos de inovação baseados em processamento e análise de dados, tornando-os candidatos ao “modelo distribuído”.¹²⁴

Nesse contexto, de um modelo horizontal e gestão por meio do desenho institucional dos *commons*, ganha importância o acesso em oposição à *titularidade* de bens, sejam eles imateriais ou materiais. Já que os recursos são geridos

desafios furtadiano e gramsciano, São Paulo, Saraiva, 2013, p. 51). Rifkin aponta que grande parte da produção econômica atual já se organiza na forma de cooperativas, e que essas terão uma proeminência ainda maior na era do compartilhamento (ver *Sociedade com custo marginal zero*, São Paulo, M. Books do Brasil, 2016, pp. 245 e ss).

- 121 Paul Singer, *Introdução à economia solidária*, 1ª ed., São Paulo, Fundação Perseu Abramo, 2002.
- 122 Benkler fala em “*loosely connected individuals*” e “*loosely affiliated groups*” para se referir aos que participam do processo de produção descentralizada por ele descrito. (ver, por exemplo, *The wealth of networks: how social production transforms markets and freedom*, New Haven/London, Yale University Press, 2006, p. 60).
- 123 Alegadamente porque, não obstante a narrativa mais recorrente faça parecer que a organização da atividade econômica por meio de cooperativas seja algo de menor relevância, fato é que uma parte significativa da produção mundial hoje já se dá por empreendimentos cooperativos. Rifkin afirma que mais de 1 bilhão de pessoas ao redor do mundo são membros de cooperativas, e traz outros números que impressionam, incluindo cooperativas norte-americanas, que segundo o autor, operam em quase todos os setores econômicos naquele país. Para um panorama geral do fenômeno cooperativo ver Jeremy Rifkin, *Sociedade com custo marginal zero*, São Paulo, M. Books do Brasil, 2016, pp. 245 e ss; Paul Singer, *Introdução à economia solidária*, 1ª ed., São Paulo, Fundação Perseu Abramo, 2002.
- 124 Boyle desenvolve o argumento ao enfrentar a questão sobre se o exemplo paradigmático do free and open source software poderia ser expandido (“*can it scale?*”). Ver *The second enclosure movement and the construction of the public domain*, in *Law and Contemporary Problems*, v. 66, n. 33, 2003, pp. 33-74, p. 48.

de forma não excludente, deixa de ser importante para um indivíduo ser titular de algum bem que lhe é necessário, desde que possa de algum modo ter acesso a isso. Esse acesso é que se busca garantir por meio dos *commons*.¹²⁵

3.3.2. INCENTIVOS NÃO ECONÔMICOS

Além de estabelecer relações horizontais, é característica dessa forma de produção que as motivações dos indivíduos que nela participam sejam diferentes daquela normalmente considerada racional pelo *mainstream* econômico: a maximização do retorno financeiro.

Conforme se buscou elucidar acima, um dos requisitos necessários para tornar possível a *commons-based production* é um processo de criação modular.¹²⁶ É justamente a capacidade de estruturar a solução de um problema dessa forma que permite que indivíduos com as mais variadas motivações contribuam, em conjunto, com a produção.¹²⁷

Boyle afirma que questionar quais seriam essas motivações, que seriam consideradas “irracionais”, é irrelevante.¹²⁸ Mas o importante é não ignorar o fato de que elas existem e condicionam o comportamento de indivíduos para além da maximização do retorno financeiro. Demonstrar a existência dessas motivações, desmitificando a crença de que os indivíduos agem sempre de maneira egoística foi um dos grandes méritos do trabalho de Elinor Ostrom, como brevemente delineado no início do presente trabalho.¹²⁹ E esse aspecto ganha relevância no contexto da *commons-based production*.

O que se quer delinear aqui é que nesse cenário, a cooperação entre aqueles que contribuem descentralizadamente com o processo produtivo se dá “wi-

125 Esse ponto dialoga com o discurso ambientalista que é associado com a produção descentralizada e, como se verá no capítulo 5 deste trabalho, também com a economia do compartilhamento. Ora, se é possível ter acesso a bens sem necessariamente adquiri-los, a suposição é de que aproveitamento mais eficientemente a capacidade destes bens, o consumo total seria inferior.

126 Ver subitem 3.2, acima.

127 Yochai Benkler, *The wealth of networks: how social production transforms markets and freedom*, New Haven/London, Yale University Press, 2006, pp. 105-106 (tratando das requisitos que tornam possível a emergência da *networked information economy*).

128 *The second enclosure movement and the construction of the public domain*, in *Law and Contemporary Problems* 66 (2003), pp. 33-74, p. 46.

129 A existência de motivações não econômicas para comportamentos econômicos, no entanto, remonta há uma literatura anterior. Benkler faz menção à literatura antropológica sobre a economia de oferta (*gift economy*). (para referências vide *Sharing Nicely: On Shareable Goods and the Emergence of Sharing as a Modality of Economic Production*, in *Yale Law Journal* 114 (2004), pp. 273-358, p. 279, nota de rodapé n. 6). James Boyle ao relatar a diversidade de motivações, questiona: “*Are the motivations those of the gift economy?*” (*The second enclosure movement and the construction of the public domain*, in *Law and Contemporary Problems* 66 (2003), pp. 33-74, p. 45).

*thout relying on market signals or managerial commands*¹³⁰. A contribuição não se dá em razão do pagamento de determinada quantidade de dinheiro aos participantes, ou porque a eles é determinado cooperar por seus superiores hierárquicos. Trata-se de uma modalidade de produção “*alongside price-based and firm-based market production and state-based production*”¹³¹.

Dinheiro pode ou não estar presente, mas quando presente não constitui a principal fonte de informação ou incentivo. É como no caso dos *carpools* em que os participantes dividem os custos com combustível.¹³² A atividade não tem como fim a busca por lucro financeiro.

Aliás, como discorre Benkler, envolver dinheiro pode ter um efeito negativo: o *crowding out effect*.¹³³ O autor descreve exemplos em que o envolvimento de dinheiro não aumenta a qualidade ou quantidade da atividade em questão, como a doação de sangue¹³⁴. Isto se daria em razão das diferentes motivações pessoais,¹³⁵ sendo que determinadas atividades os indivíduos preferem realizar não por uma retribuição em dinheiro, mas por outras formas de recompensa.

3.3.3. AS RELAÇÕES TRABALHADOR-EMPREGADOR E PRODUTOR-CONSUMIDOR

Estes atributos do novo modo de produção trariam impactos relevantes em relações que são, tradicionalmente, fortemente marcadas pela existência de

-
- 130 Yochai Benkler, *The wealth of networks: how social production transforms markets and freedom*, New Haven/London, Yale University Press, 2006, p. 60 (em que está tratando especificamente da *peer production*, mas volta a repetir a afirmação mais adiante, ao tratar do *sharing of material goods* – englobando, assim, as duas formas de *commons-based production*).
- 131 Yochai Benkler, *Sharing Nicely: On Shareable Goods and the Emergence of Sharing as a Modality of Economic Production*, in *Yale Law Journal* 114 (2004), pp. 273-358, p. 276.
- 132 Benkler cita o exemplo, enfatizando que o valor pago é pela divisão de custos, ao invés de funcionar como um preço (ver *Sharing Nicely: On Shareable Goods and the Emergence of Sharing as a Modality of Economic Production*, in *Yale Law Journal* 114 (2004), pp. 273-358, p. 282). Nesse mesmo sentido, o já mencionado site de caronas *BlaBlaCar* limita o valor que pode ser cobrado dos passageiros ao custo compartilhado da viagem (vide: <https://www.blablacar.pt/faq/pergunta/como-funciona-o-preco-e-o-metodo-de-pagamento>, último acesso em 08.09.2016).
- 133 “*Across many different settings, researchers have found substantial evidence that, under some circumstances, adding money for an activity previously undertaken without price compensation reduces, rather than increases, the level of activity.*” (*The wealth of networks: how social production transforms markets and freedom*, New Haven/London, Yale University Press, 2006, p. 94).
- 134 O autor cita estudo comparativo entre os sistemas de doação de sangue americano (que era monetariamente compensado) e britânico (inteiramente voluntário), que concluiu que o último tinha uma qualidade maior, menor desperdício e menores períodos de falta de estoque. (Cf. *Sharing Nicely: On Shareable Goods and the Emergence of Sharing as a Modality of Economic Production*, in *Yale Law Journal* 114 (2004), pp. 273-358, p. 322).
- 135 Benkler, citando o trabalho de psicólogos e economistas, divide as motivações em intrínsecas e extrínsecas, sendo que nas primeiras é possível observar o descrito “*crowding-out effect*” do dinheiro. (Ver *The wealth of networks: how social production transforms markets and freedom*, New Haven/London, Yale University Press, 2006, p. 95; O argumento é trabalhado mais extensamente em seu artigo anterior ao livro: *Sharing Nicely: On Shareable Goods and the Emergence of Sharing as a Modality of Economic Production*, in *Yale Law Journal* 114 (2004), pp. 273-358, pp. 321-328).

uma assimetria de posições (uma hierarquia), como a relação trabalhador-empregador ou aquela existente entre produtor e consumidor.¹³⁶

Benkler aponta que o surgimento de uma produção descentralizada atenua os limites impostos aos papéis de empregados e consumidores.¹³⁷ E esse novo ambiente institucional dá espaço a uma nova categoria na produção: os usuários, sendo estes indivíduos que por vezes atuam como consumidores e por vezes como produtores.¹³⁸

Esse aspecto é especialmente importante na análise de Benkler sobre o processo de produção de informação. A possibilidade conferida aos indivíduos de também influir no processo produtivo, deixando de lado um papel de consumidor altamente passivo, está no centro dos benefícios trazidos pela *networked information economy*.¹³⁹ Dentre estes, o autor aponta melhoras na participação política; criação de uma cultura mais crítica; emergência de indivíduos mais envolvidos com a comunidade.¹⁴⁰ Todos eles seriam decorrentes de uma esfera pública mais democrática: a *networked public sphere*.¹⁴¹

A respeito da relação de emprego, Rifkin é quem faz previsões bastante otimistas, postulando que na era do compartilhamento, o emprego convencional, do modo como o conhecemos hoje, não irá mais existir. A tecnologia irá substituir a força de trabalho, e os indivíduos participarão de processos produtivos descentralizados, sendo ao mesmo tempo produtores e consumidores. A esse respeito, Rifkin cita as previsões de Keynes sobre o avanço tecnológico

136 “O antigo paradigma de proprietários e trabalhadores, de vendedores e consumidores, está começando a ruir. Os consumidores estão se tornando seus próprios produtores, eliminando a distinção. Os prosumidores serão cada vez mais capazes de produzir, consumir e compartilhar seus próprios bens e serviços entre si a um custo marginal decrescente, criando novas maneiras de organizar a vida econômica em substituição ao modelo capitalista tradicional.” (Jeremy Rifkin, *Sociedade com custo marginal zero*, São Paulo, M. Books do Brasil, 2016, p. 160).

137 *The wealth of networks: how social production transforms markets and freedom*, New Haven/London, Yale University Press, 2006, p. 138.

138 Yochai Benkler, *The wealth of networks: how social production transforms markets and freedom*, New Haven/London, Yale University Press, 2006, p. 138 (explicado a nova categoria emergente dos *users*). Rifkin também aponta essa tendência e fala em “prosumidores” (na versão traduzida), que são aqueles que produzem, consomem e compartilham os próprios bens. (ver *Sociedade com custo marginal zero*, São Paulo, M. Books do Brasil, 2016, p. 160).

139 O autor contrapõe essa nova posição dos indivíduos como “usuários” ao papel a eles atribuído na “cultura da televisão” (altamente passivo). Esta passividade daqueles entendidos como consumidores, segundo Benkler, veio a se tornar um caráter central da *industrial information economy*. Ver, a esse respeito, *The wealth of networks: how social production transforms markets and freedom*, New Haven/London, Yale University Press, 2006, p. 135.

140 *The wealth of networks: how social production transforms markets and freedom*, New Haven/London, Yale University Press, 2006, p. 139.

141 Segundo o autor, na *networked public sphere* a estrutura institucional e os baixos custos de participação aumentam significativamente a capacidade de indivíduos, sozinhos ou em conjunto, serem participantes ativos. (*The wealth of networks: how social production transforms markets and freedom*, New Haven/London, Yale University Press, 2006, p. 212).

levando a sociedade um estágio no qual os indivíduos poderiam dedicar-se a outros propósitos que não econômicos.¹⁴²⁻¹⁴³

3.3.4. DESENVOLVIMENTO

Por fim, a *commons-based production*, por suas características e seu modo de gerir os *outputs* do processo produtivo, é apontada como forma de contribuir com o desenvolvimento econômico de países não desenvolvidos. Esse aspecto é especialmente explorado na produção de conhecimento e informação.

Benkler discorre sobre o potencial do que ele chama de *commons-based strategies* para influir no desenvolvimento de países não desenvolvidos. Segundo o autor, é importante não superestimar esse potencial, uma vez que muitos desses países enfrentam problemas em um nível muito básico, como fornecimento de água limpa, alfabetização de sua população, garantia de igualdade de direitos.¹⁴⁴ Mas, por outro lado, afirma que é importante reconhecer o papel central desempenhado pelo acesso ao conhecimento no processo de desenvolvimento.¹⁴⁵ Assim, a maneira pela qual a informação é produzida pode causar impactos significativos neste processo.¹⁴⁶

-
- 142 O autor menciona *essay* em que Keynes “vislumbra um futuro em que as máquinas produziram uma abundância de bens e serviços praticamente gratuitos, liberando a raça humana do trabalho pesado e do sofrimento” (*Sociedade com custo marginal zero*, São Paulo, M. Books do Brasil, 2016, pp. 19-20).
- 143 Rifkin menciona ainda que grande parte da força de trabalho migrará do mercado para os *commons* e cita diversos dados acerca do “setor sem fins lucrativos” afirmando que este já é, nos dias atuais, o setor onde os empregos mais crescem em muitas economias avançadas, e cita Holanda, Bélgica e Reino Unido como exemplos de países onde o setor absorve mais de 10% da força de trabalho. (*Sociedade com custo marginal zero*, São Paulo, M. Books do Brasil, 2016, pp. 308-309). Há que se fazer aqui uma ressalva ao argumento de Rifkin. A menção ao tamanho do “setor sem fins lucrativos” em diversos países é usada para demonstrar como grande parte da economia já se estrutura por meio de organizações que não buscam o lucro. Este aspecto é importante para a análise desenvolvida pelo autor, que se estrutura em torno do que ele chama de “contradição do capitalismo” (a busca por inovações estaria levando a sociedade com custo marginal zero, na qual a teoria econômica marginalista não se sustenta). Entretanto, o modo de produção alternativo, baseado nos commons, tal qual descrito neste trabalho é radicalmente diferente daquilo que se denomina “*nonprofit sector*” nos dias de hoje (no qual muitas vezes a estrutura verticalizada e hierarquizada está presente, diferindo das empresas capitalistas somente pelo fato de que não há distribuição de lucros).
- 144 Ele conscientemente adverte que “*the fancy Internet-based society will have little effect on the billions living in poverty or deprivation, either on the rich world, or, more urgently and deeply, in poor and middle-income economies.*” (*The wealth of networks: how social production transforms markets and freedom*, New Haven/London, Yale University Press, 2006, p. 301).
- 145 *The wealth of networks: how social production transforms markets and freedom*, New Haven/London, Yale University Press, 2006, p. 302. O autor trata especificamente desse potencial para influir no desenvolvimento em *Technology, Law, Freedom and Development*, in *The Indian Journal of Law and Technology* 1 (2005), pp.1-14, no qual coloca a *networked information economy* como instrumental ao desenvolvimento (p. 8).
- 146 *The wealth of networks: how social production transforms markets and freedom*, New Haven/London, Yale University Press, 2006, p. 310 (ressaltando, além da forma de produção, a importância do *framework* institucional usado para gerir informação e conhecimento já

As *commons-based strategies* caracterizam-se por gerir os *outputs* do processo de produção de informação como *commons*, ao invés de objetos de um direito de propriedade.¹⁴⁷ Desse modo, podem ser usadas justamente para aprimorar o acesso a informação e conhecimento, assim como a bens com alta tecnologia agregada.¹⁴⁸

Essas estratégias englobariam casos de *peer production* e também casos em que, embora não haja um processo produtivo claramente delineado, há um ambiente institucional onde diversos recursos são geridos não pelo modelo de exclusão da propriedade, mas como *commons*. Como exemplo do primeiro, menciona-se o software livre, e do segundo, o caso de publicações científicas disponibilizadas para livre acesso.¹⁴⁹

Em ambos os casos, o que se garante é o acesso. Seja acesso a bens com alta tecnologia agregada, como os softwares, sem a necessidade de remunerar o proprietário; seja acesso a informação e conhecimento, que podem servir de *inputs* ao processo de criação de nova informação (artigos científicos que embasam novas pesquisas), ou serem aplicados na prática (informações sobre a forma de plantar um determinado alimento, por exemplo).

A esse respeito, Benkler cita o Brasil como exemplo de uso do *free software* como uma maneira de estimular o desenvolvimento, criando a possibilidade de florescimento de uma setor de serviços de software,¹⁵⁰ promovendo a transferência de informação e produtos de alta tecnologia sem custo ou por um baixo valor.¹⁵¹

existentes – traçando assim um diálogo com o atual sistema internacional de proteção à propriedade intelectual).

147 “Some of these solutions are “commons-based”, in the sense that they rely on free access to existing information that is in the commons, and they facilitate further use and development of that information-embedded goods and tools by releasing their information outputs openly, and managing them as a commons, rather than as a property.” (Yochai Benkler, *The wealth of networks: how social production transforms markets and freedom*, New Haven/London, Yale University Press, 2006, p. 320).

148 *The wealth of networks: how social production transforms markets and freedom*, New Haven/London, Yale University Press, 2006, p. 316.

149 Os dois exemplos são apontados por Benkler: “Software and academic publication, then, offer the two most advanced examples of commons-based strategies employed in a sector whose outputs are important to development, in ways that improve access to basic information, knowledge, and information-embedded tools.” (*The wealth of networks: how social production transforms markets and freedom*, New Haven/London, Yale University Press, 2006, p. 328). Além desses, o autor menciona iniciativas no campo da inovação biológica, chamando a atenção em especial pra o projeto BIOS (Biological Innovation for an Open Society), que ele denomina “*The most ambitious effort to create a commons-based framework for biological innovation in this field*” (p. 432).

150 *The wealth of networks: how social production transforms markets and freedom*, New Haven/London, Yale University Press, 2006, p. 322 (abordando a iniciativa do governo brasileiro de utilizar free softwares nos próprios departamentos e em centros desenvolvidos para fornecer acesso à Internet à população carente).

151 “As a development strategy, then, utilization of free software achieves transfer of information-embedded goods for free or at low cost. It also transfers information about the nature of the product

A garantia de acesso a informação e conhecimento, proporcionada por um ambiente institucional gerido pelos *commons*, teria o condão de moderar as desvantagens de países não desenvolvidos que passam a integrar a economia global na era da informação.¹⁵² Seria uma forma alternativa de gerir o conhecimento e fomentar a inovação sem ter como base o sistema de propriedade intelectual existente, apontado como danoso aos países não desenvolvidos.¹⁵³

Países caracterizados na economia global pela dependência tecnológica¹⁵⁴, típico atributo dos países da periferia do sistema econômico global, poderiam então beneficiar-se dessas estratégias para a promoção do desenvolvimento, uma vez que, conforme apontado por Benkler, as *common-based strategies* podem ser implementadas sem alterações na legislação.¹⁵⁵

Trata-se de uma alternativa que não pressupõe a alteração da política de proteção à propriedade intelectual, marcada atualmente pela crença de que “*strong protection is good, and stronger protection is better*”¹⁵⁶. Ao contrário, muitas vezes essas estratégias utilizam-se dos próprios mecanismos jurídicos ofe-

and its operation – the source code. Finally, it enables transfer, at least potentially, of opportunities for learning by doing and of opportunities for participating in the global market. These would depend on knowledge of a free software platform that anyone is free to learn, rather than on access to financial capital or intellectual property inventories as preconditions to effective participation.” (Yochai Benkler, *The wealth of networks: how social production transforms markets and freedom*, New Haven/London, Yale University Press, 2006, p. 323).

152 Yochai Benkler, *Technology, Law, Freedom and Development*, in *The Indian Journal of Law and Technology* 1 (2005), pp.1-14, p. 12.

153 Benkler reconhece que “*Intellectual property is particularly harmful to net information importers. In our present world trade system, these are the poor and the middle-income nations.*” (*The wealth of networks: how social production transforms markets and freedom*, New Haven/London, Yale University Press, 2006, p. 317). A crítica será melhor abordada no capítulo seguinte, ao tratar-se do que James Boyle denomina o “segundo cercamento”.

154 Celso Furtado aponta a questão da dependência com relação à tecnologia como a mais relevante: “*Como a tecnologia é o recurso mais nobre (na prática substitui os demais sem por eles ser substituída) e aquele que é monopolizado pelos países centrais, pode-se afirmar que a dependência é primeiramente tecnológica. Reunir outros recursos de poder para neutralizar ainda que parcialmente o peso da dependência tecnológica – eis a essência do esforço que realizam os países periféricos para avançar pela via do desenvolvimento.*” (*Criatividade e Dependência na Civilização Industrial*, São Paulo, Companhia das Letras, 2008, p. 160).

155 *The wealth of networks: how social production transforms markets and freedom*, New Haven/London, Yale University Press, 2006, p. 320. Benkler aponta que as possibilidades geradas na *networked information economy* aumentam a autonomia de diversos entes para agir sem a dependência de uma mudança na legislação em nível nacional ou internacional.

156 *The wealth of networks: how social production transforms markets and freedom*, New Haven/London, Yale University Press, 2006, p. 318 (tratando sobre o pensamento dominante nas principais instituições responsáveis por delinear o sistema internacional de proteção à propriedade intelectual). Boyle explora mais extensamente esse pensamento e suas consequências no campo legislativo, particularmente nos EUA, que estariam levando ao que ele denomina de “segundo cercamento” (*The second enclosure movement and the construction of the public domain*, in *Law and Contemporary Problems* 66 (2003), pp. 33-74). Não se ignora que essa crença, muitas vezes fundamentada em teorias que justificam a concessão de monopólios temporários, está amparada em interesses econômicos dos países desenvolvidos, exportadores de tecnologia. O debate será aprofundado no capítulo seguinte.

recidos pelo sistema de proteção, para garantir a sustentabilidade. É o caso dos *free e open-source softwares* que, conforme esclarece Boyle, em sua maioria não constituem bens que integram o domínio público.¹⁵⁷ É que seu sucesso e sua sustentabilidade como modelo de produção assentam-se na chamada *General Public License*.¹⁵⁸

Essa licença, fundada em um direito de propriedade intelectual,¹⁵⁹ é o que permite que diversas pessoas contribuam com o projeto, sem a preocupação de que um dia alguém irá se apropriar individualmente do trabalho coletivo.¹⁶⁰ Isto porque o mecanismo jurídico utilizado por Richard Stallman, no início do projeto, deu origem a uma bola de neve, em que aqueles que utilizassem do material inicial como *input*, deveriam necessariamente tornar os *outputs* acessíveis a todos,¹⁶¹ sob pena de infringir o direito de propriedade intelectual inicialmente registrado.

Sem a alteração legislativa, seria a boa vontade dos países produtores de conhecimento que garantiria o acesso ao mesmo através das *commons-based strategies*.¹⁶² E Benkler argumenta que essa não seria uma preocupação de países não desenvolvidos, uma vez que essa dependência já é uma realidade para os mesmos.¹⁶³

157 *The second enclosure movement and the construction of the public domain*, in *Law and Contemporary Problems* 66 (2003), pp. 33-74, p. 65 (ao contrário do que dizem frequentemente muitos jornalistas).

158 Esse aspecto é ressaltado tanto por Boyle quanto por Benkler. O primeiro afirma que “*the thing that makes open-source software work is the General Public License.*” (*The second enclosure movement and the construction of the public domain*, in *Law and Contemporary Problems* 66 (2003), pp. 33-74, p. 65); e o segundo, ao abordar o movimento do *free software*, sustenta que “*This model of licensing is the most important institutional innovation of the free software movement. Its central instance is the GNU General Public License, or GPL.*” (*The wealth of networks: how social production transforms markets and freedom*, New Haven/London, Yale University Press, 2006, p. 63).

159 “*That license, in turn, rests on an intellectual property right, the copyrights held by the Free Software Foundation and other entities.*” (James Boyle, *The second enclosure movement and the construction of the public domain*, in *Law and Contemporary Problems* 66 (2003), pp. 33-74, p. 65).

160 Yochai Benkler, *The wealth of networks: how social production transforms markets and freedom*, New Haven/London, Yale University Press, 2006, p. 65 (ressaltando a confiança criada com esse efeito “viral” da licença, permitindo sua sustentabilidade no tempo).

161 Benkler explica que “*The legal jujitsu Stallman used – asserting his own copyright claims, but only to force all downstream users who wanted to rely on his contributions to make their own contributions available to everyone else – came to be known as “copyleft”, an ironic twist on copyright.*” (*The wealth of networks: how social production transforms markets and freedom*, New Haven/London, Yale University Press, 2006, p. 65).

162 É por isso que o Professor Alessandro Octaviani chama essa corrente de pensamento, na qual Benkler e Boyle se inserem, de o “*liberalismo mais generoso*” (vide *Recursos genéticos e desenvolvimento: os desafios furdadiano e gramsciano*, São Paulo, Saraiva, 2013, p. 50).

163 *The wealth of networks: how social production transforms markets and freedom*, New Haven/London, Yale University Press, 2006, p. 322 (tratando sobre a dependência, no âmbito de sistemas operacionais, de fornecedores estrangeiros).

Ou seja, a proposta de utilização das mencionadas estratégias para o desenvolvimento, por meio da promoção de acesso a informação, possui limitações que devem ser reconhecidas, principalmente quando abordadas no contexto de um país subdesenvolvido, como é o caso brasileiro. Não se vislumbra, nessas análises, uma preocupação com o alcance de autonomia e superação do subdesenvolvimento.

Por fim, menciona-se que Rifkin também acredita no potencial da nova forma de produção para influir no processo de distribuição de renda.¹⁶⁴ O autor mostra-se extremamente otimista ao narrar projetos que utilizam a impressão 3D como forma de garantir o acesso a ferramentas de produção, conferindo os meios para que os indivíduos de uma comunidade possam trabalhar em prol de seu desenvolvimento.¹⁶⁵

4. ENTRAVES E DESAFIOS JURÍDICOS

Embora em alguns setores a produção descentralizada descrita no capítulo anterior já seja a realidade (ao menos parcial), fato é que a sua concretização como fenômeno economicamente relevante sofre algumas ameaças.¹⁶⁶ Em especial, sua viabilidade pode ser comprometida com o avanço da proteção à propriedade intelectual ou, conforme denominação de Boyle, com o segundo cercamento.¹⁶⁷

Superados esses entraves que colocariam em cheque a factibilidade da *commons-based production*, vislumbra-se outra ordem de desafios para o mundo jurídico, que dizem respeito a determinados institutos, construídos com base em uma realidade material que pode ser alterada. Surgindo novas formas

164 O autor se mostra extremamente otimista, afirmando também o potencial para “*democratizar a economia global e criar uma sociedade mais ecologicamente sustentável*” (*Sociedade com custo marginal zero*, São Paulo, M. Books do Brasil, 2016, p. 13). Nesse sentido, Benkler também parece apostar na capacidade dos *commons* para criar um sistema social mais sustentável e justo. O autor, ao contrário de Rifkin, não argumenta pela supressão total de mercados, mas assevera que a ideia dos *commons* é um começo para entender “*how we make market societies without replicating the kinds of stresses we have seen and we know about the natural environment, the threats to (...) social environment.*” (Cf. *The idea of the commons and the future of capitalism*, apresentação realizada durante o Creative Commons Global Summit 2015, Seoul, Coreia do Sul, disponível em <https://www.youtube.com/watch?v=58s100KuAao>).

165 *Sociedade com custo marginal zero*, São Paulo: M. Books do Brasil, 2016, p. 126.

166 Rifkin alerta: “*Expectativas à parte, seria um erro acreditar que o modelo de bens comuns irá invariavelmente governar o próximo capítulo da jornada humana. Enquanto os colaborativistas estão em ascensão, os capitalistas estão divididos. As companhias globais de energia, os gigantes das comunicações e a indústria do entretenimento (...) estão entrincheirados na Segunda Revolução Industrial e contam com o suporte do paradigma existente e da narrativa política para respaldá-los.*” (*Sociedade com custo marginal zero*, São Paulo, M. Books do Brasil, 2016, p. 223).

167 *The second enclosure movement and the construction of the public domain*, in *Law and Contemporary Problems* 66 (2003), pp. 33-74.

de interação no âmbito econômico, faz-se necessária uma ponderação de forma a raciocinar em que pontos essas mudanças devem ser refletidas no ordenamento jurídico.

4.1. O AVANÇO DA PROTEÇÃO AOS BENS IMATERIAIS: UM SEGUNDO CERCAMENTO?

Como adiantado, todas essas mudanças e impactos, descritos como extremamente benéficos, podem, contudo, não se concretizar. Os interesses daqueles que controlaram a era industrial podem por em cheque o potencial revolucionário de uma forma de produção descentralizada, se traduzidos em políticas e formas de regulação que favoreçam sua modalidade de produção.¹⁶⁸

Dada a relevância do conhecimento e informação para a *commons-based production*,¹⁶⁹ um dos setores em que se pode observar essa batalha sendo travada é aquele da proteção à propriedade intelectual.¹⁷⁰⁻¹⁷¹ Está em jogo, aqui, o ambiente institucional que poderá favorecer ou prejudicar o estabelecimento da *commons-based production* como forma economicamente relevante de fornecimento de bens e serviços.¹⁷²

De fato, conforme já mencionado, há uma crença de que com o avanço tecnológico possibilitando cada vez mais a cópia e o compartilhamento a cus-

168 No campo da produção de informação, Benkler afirma que *"To some of the incumbents of the industrial information economy, the pressure from social production is experienced as pure threat. It is the clash between these incumbents and the new practices that was most widely reported in the media in the first five years of the twenty-first century, and that has driven much of policy making, legislation, and litigation in this area."* (*The wealth of networks: how social production transforms markets and freedom*, New Haven/London, Yale University Press, 2006, p. 126). Rifkin também descreve essa incerteza quanto ao futuro, em razão dos embates de interesses: *"A questão é se, por um lado, os prosumidores acostumados ao acesso aberto e à colaboração entre pares encontrarão um modelo de financiamento capaz de otimizar o potencial da nova infraestrutura para alcançar uma sociedade de custo marginal zero. Ou se, por outro lado, os interesses corporativos casados com um antigo modelo capitalista usarão a proteção da propriedade intelectual, políticas regulatórias e outras legislações para usar a infraestrutura de seu maneira, mantendo o lucro e os preços muito acima do custo."* (*Sociedade com custo marginal zero*, São Paulo, M. Books do Brasil, 2016, p. 165).

169 Ver item 3.1, acima (tratando da centralidade da tecnologia para essa nova forma de produção).

170 Yochai Benkler, *The wealth of networks: how social production transforms markets and freedom*, New Haven/London, Yale University Press, 2006, p. 302 (em que afirma que as oportunidades surgidas com a *networked information economy* muitas vezes vão de encontro com o política de proteção à propriedade intelectual dos EUA e da União Europeia). O diálogo aqui é mais forte com a produção descentralizada de informação, e por isso o assunto é abordando em mais profundidade por Benkler e Boyle (lembrando as diferentes abrangências das teorias dos autores analisados no presente trabalho).

171 Mas é importante lembrar que em outros campos também surgem entraves, como a mencionada batalha pela neutralidade de rede.

172 Conforme afirma Benkler, *"During periods of perturbation, more of the ways in which society organizes itself are up for grabs; more can be renegotiated, as the various other components of human stability adjust to the changes."* (*The wealth of networks: how social production transforms markets and freedom*, New Haven/London, Yale University Press, 2006, p. 27).

tos próximos de zero, haveria uma necessidade de, em contrapartida, reforçar os direitos de propriedade intelectual.¹⁷³ Essa seria a saída para manter o incentivo à produção de informação, possibilitando que aquele que cria capte o retorno financeiro de seu investimento por meio da exclusividade garantida pelo sistema.¹⁷⁴ A concessão de monopólios temporários, seria uma forma de corrigir a falha de mercado que surge onde o custo marginal de produção é igual a zero.¹⁷⁵ Sem tais incentivos, não haveria a produção de informação e conhecimento, centrais ao crescimento e desenvolvimento econômico.

Tal raciocínio consiste no importe da lógica do Consenso de Washington para o âmbito da produção da informação, acarretando em um discurso que legitima a expansão do âmbito de tutela da propriedade imaterial.¹⁷⁶ É justamente nessa expansão que consiste o fenômeno denominado por Boyle de “o segundo cercamento”, em analogia ao processo de cercamento de terras comuns ocorridos na Inglaterra pré revolução industrial.¹⁷⁷

Segundo Boyle, “*the commons of facts and ideas are being enclosed*”¹⁷⁸. Os limites da propriedade imaterial estão sendo expandidos, desvirtuando sua racionalidade de proteção de um arcabouço do domínio público, de onde poder-se-ia colher os *inputs* necessários a novos processos produtivos.¹⁷⁹

-
- 173 Boyle bem resume essa convicção: “*As coping costs approach zero asymptotically, intellectual property rights must approach perfect control.*” (*The second enclosure movement and the construction of the public domain*, in *Law and Contemporary Problems* 66 (2003), pp. 33-74, p. 42). Vide nota de rodapé n. 48, acima, para o exemplo ilustrativo citado pelo autor.
- 174 O incentivo à inovação é o principal fundamento do sistema de propriedade intelectual nos dias de hoje (tratando especificamente sobre o direito industrial e a evolução histórica de seu fundamento econômico, vide Calixto Salomão Filho, *Direito Industrial, direito concorrencial e interesse público*, in *Teoria crítico-estruturalista do direito comercial*, 1ª ed., São Paulo, Marcial Pons, 2015, pp. 136-152). O incentivo à inovação justificaria, do ponto de vista do interesse público, a exclusividade concedida ao titular do direito de propriedade intelectual.
- 175 Esse debate é trazido por Rifkin ao comentar acerca da contradição do capitalismo. Segundo o autor, a única forma de manter a produção em mercado quando o custo marginal de produção é próximo de zero é por meio da instituição de monopólio legais, permitindo a comercialização acima do custo marginal. Vide *Sociedade com custo marginal zero*, São Paulo, M. Books do Brasil, 2016, pp. 20-22 (trazendo debate entre Lawrence Summers e J. Bradford DeLong sobre o tema).
- 176 “*Indeed, the post-Cold War “Washington Consensus” is evoked to claim history teaches the only way one gets growth and efficiency is through markets; property rights, surely, are the sine qua non of markets.*” (James Boyle, *The second enclosure movement and the construction of the public domain*, in *Law and Contemporary Problems* 66 (2003), pp. 33-74, p. 41).
- 177 Segundo o autor, outros também estabeleceram a analogia entre aquele fenômeno e o que se observa hoje no campo dos bens imateriais. (ver nota de rodapé n. 12 em *The second enclosure movement and the construction of the public domain*, in *Law and Contemporary Problems* 66 (2003), pp. 33-74, p. 37).
- 178 *The second enclosure movement and the construction of the public domain*, in *Law and Contemporary Problems* 66 (2003), pp. 33-74, p. 39.
- 179 “*It may sound paradoxical, but in a very real sense protection of the commons was one of the fundamental goals of intellectual property law.*” (James Boyle, *The second enclosure movement and the construction of the public domain*, in *Law and Contemporary Problems* 66 (2003), pp. 33-74, p. 40).

A progressiva expansão é exemplificada com diversos atos normativos norte-americanos,¹⁸⁰ mas é importante frisar que o fenômeno se dá em escala global, ainda que com intensidades diversas. O próprio acordo TRIPS (*Agreement on Trade-Related Aspect of Intellectual Property Rights*), que estabeleceu no âmbito da Organização Mundial do Comércio um standard mínimo de proteção à propriedade intelectual, compõe essa estratégia de “reescrever o ordenamento da propriedade intelectual”¹⁸¹, sob a justificativa de promoção da inovação e do desenvolvimento econômico.

Nos últimos anos, entretanto, ante a ausência de dados empíricos que comprovem essa função dos direitos de propriedade intelectual, essa narrativa tem sofrido muitas críticas,¹⁸² deixando cada vez mais expostos os interesses que estão por detrás dessas políticas de reforço da disciplina.

Boyle junta-se ao coro de críticas, alertando para os perigos do segundo cercamento: 1) a “proprietarização” é um círculo vicioso; 2) para criar as condições de discriminação por meio de preços, as características mais atrativas da internet – como seu caráter distribuído e anônimo – são vistas como entraves ao invés de atributos; e 3) os argumentos a favor desse novo cercamento dependem de uma aceitação acrítica da ortodoxia neoliberal.¹⁸³

Como já mencionado, a *commons-based production* não necessariamente pressupõe uma alteração legislativa no campo da disciplina da propriedade intelectual. Mencionou-se, inclusive, o caso do *free software*, cujo processo de de-

180 “The Database Protection Bills and Directives, which extend intellectual property rights to the layer of facts; the efflorescence of software patents; the UCITA-led validation of shrinkwrap licenses that bind third parties; the Digital Millenium Copyright Act’s anti-circumvention provisions” (James Boyle, *The second enclosure movement and the construction of the public domain*, in *Law and Contemporary Problems*, v. 66, n. 33, 2003, pp. 33-74, p. 48).

181 Alessandro Octaviani, *Recursos genéticos e desenvolvimento: os desafios furtadiano e gramsciano*, São Paulo, Saraiva, 2013, p. 47.

182 Vide, por exemplo, Francesco Laforgia; Fabio Montobbio; Luis Orsenigo, *IPR and technological development in pharmaceuticals. Who is patenting what in Brazil after TRIPS*, in Neil Weinstock Netanel, *The development agenda. Global intellectual property and developing countries*, Oxford, Oxford University Press, 2009. pp. 293-317 (tratando especificamente da indústria farmacêutica, afirmam que a relação entre patentes e inovação é menos direta do que usualmente afirmado); Mark Lemley, *Faith-based intellectual property*, in *UCLA Law Review* 62 (2015), pp.1328-1346 (apontando que a ausência de dados empíricos sobre a efetividade do sistema de proteção à propriedade intelectual como instrumento de incentivo à inovação tem levado seus defensores a uma defesa baseada na fé). No mesmo tom de crítica, o Professor Calixto Salomão Filho, tratando sobre a extensão dos objetos patenteáveis, defende uma regulação setorial, afirmando que seria justificável a concessão de patentes apenas nos setores nos quais haja grandes desafios tecnológicos a serem superados. (Cf. *Novo estruturalismo jurídico: uma alternativa para o direito?*, in *Teoria crítico-estruturalista do direito comercial*, 1ª ed., São Paulo, Marcial Pons, 2015, pp. 253-266).

183 Cada um desses pontos é desenvolvido, ainda que brevemente, em *The second enclosure movement and the construction of the public domain*, in *Law and Contemporary Problems* 66 (2003), pp. 33-74, pp. 50-51.

envolvimento se assenta em um direito de propriedade intelectual. Contudo, o que se quer aqui demonstrar é que a capacidade de expansão desse modelo, para além de iniciativas como a de Richard Stallman no campo do software, pode ser comprometida pelo progressivo cercamento dos “*commons of the mind*”.¹⁸⁴

O que se questiona não é a existência de um sistema de proteção à propriedade intelectual em si,¹⁸⁵ mas sua progressiva expansão, sob a justificativa de que esta seria a única forma de promover a inovação em uma ambiente onde os custos de cópia e compartilhamento encolhem cada vez mais, em virtude de avanços tecnológicos. É a volta da discussão sobre a tragédia dos comuns, dessa vez no campo dos bens imateriais.

A expansão dos objetos passíveis de serem protegidos via a tutela jurídica da propriedade intelectual afeta, especialmente, a produção da informação.¹⁸⁶ Conforme já abordado, uma das peculiaridades do processo de produção da informação é o fato de que esta é, ao mesmo tempo, *input* e *output* do processo produtivo. À medida que cada vez mais esses *inputs* passem a ser objetos de direito de propriedade intelectual, mais obstáculos se impõe a uma produção descentralizada de informação.

Assim, diante da possibilidade de emergência desse novo modelo de produção, que traria consigo benefícios em diversos campos, por que fechar as portas desde já?¹⁸⁷ Se já existem dúvidas a respeito da eficácia desse modelo

184 Boyle, ao tratar da expansão do objeto tutelável por meio de direitos de propriedade intelectual nos EUA, reitera que “*the point of these developments is not that they make the peer-to-peer model difficult, but that in many cases they rule it out altogether.*” (*The second enclosure movement and the construction of the public domain*, in *Law and Contemporary Problems* 66 (2003), pp. 33-74, p. 48).

185 Ao contrário, Boyle afirma que sua própria utopia tem, ao lado de um sistema de produção descentralizada, um regime de propriedade intelectual conciso, porém, forte. (*The second enclosure movement and the construction of the public domain*, in *Law and Contemporary Problems* 66 (2003), pp. 33-74, p. 48). Reforça-se, novamente, a ideia de que um sistema ideal de propriedade intelectual serve justamente para a proteção do domínio público (vide nota de rodapé n. 179, acima)

186 Mas não é só no campo dos bens imateriais que uma expansão da propriedade intelectual pode afetar. Podem ser apontados reflexos indiretos mesmo quando se tratar do compartilhamento de bens materiais, pois, como visto, este é potencializado por meio do emprego de plataformas digitais, que por sua vez assentam-se em direitos de propriedade intelectual. Além disso, no âmbito da produção via impressão 3D, apesar de tratar-se de bens materiais, o processo é totalmente dependente dos modelos de fabricação (códigos de programação) disponibilizados online. Um progressivo cercamento desse material pode significar um menor aplicação da impressão 3D como forma de produção. Sobre a impressão 3D, vide Jeremy Rifkin, *Sociedade com custo marginal zero*, São Paulo, M. Books do Brasil, 2016, pp. 117 e ss; Yochai Benkler também aborda o assunto em entrevista concedida ao Alexander von Humboldt Institute for Internet and Society, disponível em <https://www.youtube.com/watch?v=7UAx5WVcFFA>, último acesso em 14.09.16 (em que discorre brevemente sobre o que pode acontecer com a fabricação descentralizada de bens materiais por meio da impressão 3D).

187 O questionamento é feito por Boyle, admitindo que o âmbito de aplicação e a sustentabilidade dessa produção descentralizada são incertos, mas afirmando que não há porque inviabilizá-la desde já com a progressiva expansão da propriedade intelectual, principalmente tendo

no aumento da produtividade de terras,¹⁸⁸ não deveria haver ainda mais ponderações no campo dos bens imateriais, dada as peculiaridades de seu processo produtivo?

Segundo Benkler, estamos vivendo um momento de transformação tecnológica, econômica e organizacional. Nessas circunstâncias, as escolhas políticas e institucionais feitas podem determinar o caminho que as coisas vão tomar.¹⁸⁹ Se é possível vislumbrar aspectos positivos nas modalidades de produção social, é preciso estar atento para que as condições necessárias para que elas se efetivem.

4.2. A DISCIPLINA JURÍDICA DA ATIVIDADE ECONÔMICA

Se superados os entraves existentes para o florescimento da *commons-based production*, dentre os quais está a expansão do sistema de propriedade intelectual, conforme acima se discorreu, outros desafios surgem para o sistema jurídico, no âmbito da regulação da atividade econômica¹⁹⁰.

É que nesse domínio, os institutos jurídicos, fundamentais à organização econômica,¹⁹¹ como *propriedade, empresa, consumidores e empregados*, foram elaborados tendo em vista uma realidade material. Se concretizado o fenômeno sobre o qual se discorreu nos capítulos precedentes, essa realidade material pode vir a sofrer mudanças que causarão verdadeira ruptura, devendo gerar reflexos no ordenamento jurídico.

Conforme aludido previamente, os atributos da *commons-based production* impactam diretamente relações fortemente marcadas pela existência de uma hierarquia, como aquela do trabalhador-empregador e produtor-consu-

em vista as crescentes críticas ao sistema de PI como instrumento de incentivo à inovação e crescimento. (*The second enclosure movement and the construction of the public domain*, in *Law and Contemporary Problems* 66 (2003), pp. 33-74, p. 49).

188 Tratando do primeiro cercamento, Boyle assevera que “while earlier scholarship extolled enclosure’s beneficial effects, some more recent empirical work has indicated that it had few, if any, effects in increasing agricultural production.” (*The second enclosure movement and the construction of the public domain*, in *Law and Contemporary Problems* 66 (2003), pp. 33-74, p. 36).

189 “How we shall live in this new environment will in some significant measure depend on policy choices that we make over the next decade or so.” (*The wealth of networks: how social production transforms markets and freedom*, New Haven/London, Yale University Press, 2006, p. 27.)

190 É importante ressaltar que essa regulação não se limita às fronteiras do chamado direito comercial. As divisões entre os ramos do direito, embora úteis para fins didáticos, não são observadas em sua aplicação social. Diversos institutos, das diferentes áreas jurídicas, compõe a chamada Ordem Pública Econômica, correspondente à organização pelo Estado sobre a atividade econômica. Para um panorama geral sobre o tema, vide Alessandro Octaviani, *Tutela jurídica da confiança econômica no direito brasileiro*. Parecer – versão pública. 2015.

191 A conceituação é feita por Alessandro Octaviani e Márcio de Oliveira Júnior ao tratar de institutos “como a propriedade, o contrato, a empresa, os consumidores, os trabalhadores” (*Remédios estruturais em casos de cartéis: análise funcional e fundamentos econômicos para a sua aplicação*, in Vinícius Marques de Carvalho (org.), *A Lei 12.529/2011 e a nova política de defesa da concorrência*, São Paulo, Singular, 2015, pp. 321-338, p. 322).

midor,¹⁹² em razão de uma horizontalização das relações. Em tal cenário, os institutos que atualmente instrumentalizam a tutela jurídica dessas relações deverão ser repensados.

Ora, é senso comum que, na maioria dos casos, o consumidor e o trabalhador são as partes hipossuficientes de tais relações. É por isso que o ordenamento jurídico é estruturado (ou ao menos deveria ser) a fins de equalizar a situação e amparar “o mais fraco”.¹⁹³ Trata-se de reconhecimento da situação material, traduzido para dentro do ordenamento por meio dos instrumentos jurídicos.

Em um cenário, ainda que hipotético, em que a mencionada hierarquia não exista, como o descrito acima, não faria sentido a aplicação dos mesmos institutos. É por essa razão que Rifkin fala no fim do emprego¹⁹⁴, e Benkler trata da nova categoria dos “usuários”¹⁹⁵.

O mesmo pode-se dizer do instituto da propriedade. Com a ênfase que ganha o *acesso*, no âmbito da *commons-based production*, a questão da *titularidade* perde proeminência. Assim, torna-se importante uma regulação que leve em conta a separação das diferentes faculdades inseridas dentro do direito de propriedade pleno.¹⁹⁶⁻¹⁹⁷

Contudo, um tratamento diverso só se justifica em face a uma realidade de fato distinta. É preciso que haja efetivamente a alteração de paradigmas a justificar uma nova forma de regulação da atividade econômica.

192 Vide, a esse respeito, o item 3.3.3, acima.

193 Diversos instrumentos são empregados nesse intuito. Menciona-se a título exemplificativo, a possibilidade inversão do ônus da prova no direito do consumidor (art. 6º, VIII, Código de Defesa do Consumidor).

194 *Sociedade com custo marginal zero*, São Paulo, M. Books do Brasil, 2016, p.147.

195 “We are seeing the emergence of the user as a new category of relationship to information production and exchange. Users are individuals who are sometimes consumers and sometimes producers.” (Cf. *The wealth of networks: how social production transforms markets and freedom*, New Haven/London, Yale University Press, 2006, p. 138).

196 É para esse ponto que Elinor Ostrom chama atenção ao tratar dos “*bundle of rights rather than a single right*”. Os estudos de casos desenvolvidos durante a pesquisa empírica sobre os Common-Pool Resources auxiliaram na identificação de 5 diversos “direitos de propriedade”: “(1) *Access – the right to enter a specified property*, (2) *Withdrawal – the right to harvest specific products from a resource*, (3) *Management – the right to transform the resource and regulate internal use patterns*, (4) *Exclusion – the right to decide who will have access withdrawal, or management rights*, and (5) *Alienation – the right to lease or sell any of the four rights*.” (Cf. *Beyond Markets and States: polycentric governance of complex economic systems*, Prize Lecture, 2009, disponível em http://www.nobelprize.org/nobel_prizes/economic-sciences/laureates/2009/ostrom_lecture.pdf).

197 É verdade que, conforme abordado no capítulo 2 deste trabalho, o conceito de *commons* do qual se valem os autores analisados é visto como contraposto àquele de propriedade. Logo seria mais preciso falar em uma regulação jurídica desse desenho institucional, ao invés de se aventar um “fatiamento” do direito de propriedade. Lembrando, contudo, que existem diferentes tipos de *commons*, para àqueles que consistiram no objeto de estudo de Elinor Ostrom a melhor regulamentação desse feixe de direitos seria suficiente (vide nota de rodapé n. 56, acima).

Nesse sentido, recentemente o discurso acima vem sendo usado para afirmar a existência de um “vácuo regulatório” a respeito de determinadas práticas econômicas, conjuntamente denominadas de economia do compartilhamento (*sharing economy*). Entretanto, tais práticas de fato consistem em uma alteração de paradigma? É o que se busca analisar no capítulo que se segue.

5. A ECONOMIA DO COMPARTILHAMENTO (*SHARING ECONOMY*): UMA BREVE REFLEXÃO

Nos últimos anos observou-se o surgimento uma forma de organização da atividade econômica, fortemente estruturada em plataformas online, que tem sido chamada de economia do compartilhamento (*sharing economy*). São exemplos dos mais variados setores, que surgem e tornam-se gigantes em pouco tempo, como é o caso do *Uber* (no setor de transporte individual de passageiros) e do *Airbnb* (no setor de acomodações).¹⁹⁸

A emergência desses negócios tem causado perturbação no sistema jurídico. Argumentando que se tratam de novas formas de organização, os participantes da economia do compartilhamento clamam por novas regulamentações, alegando que as existentes nos respectivos setores não devem lhe ser aplicadas.¹⁹⁹

Mas será que de fato esses novos negócios representam efetivas rupturas com o paradigma existente, no mesmo sentido que a *commons-based production*, conforme analisado nos capítulos precedentes; ou trata-se apenas de mais uma forma de exploração da atividade econômica baseada em mercados, buscando se esquivar da regulamentação já posta?²⁰⁰

198 “The size and scale of Uber, Airbnb and several other firms now rival, or even surpass, those of some of the world’s largest businesses in transportation, hospitality and other sectors.” (Cf. *Uber, Airbnb and consequences of the sharing economy: Research roundup*, Shorenstein Center on Media, Politics and Public Policy, Harvard Kennedy School, disponível em <http://journalistsresource.org/studies/economics/business/airbnb-lyft-uber-bike-share-sharing-economy-research-roundup>, último acesso em 14.09.2016). Keally McBride, professora da Universidade de São Francisco, explica o rápido crescimento desses negócios: “What they are doing is they are capturing assets that are already in existence. (...) Airbnb as a company does only a very small part of what a chain of hotels would do.” (Cf. entrevista em *The Sharing Economy*, áudio documental produzido pelo projeto Economics for Transition, Schumacher College, disponível em <http://www.economicsfortransition.org/#lupstream-documentaries/odz8y8>).

199 O caso da regulamentação do *Uber* (Decreto 56.981 de 10 de Maio de 2016, disponível em http://www3.prefeitura.sp.gov.br/cadlem/secretarias/negocios_juridicos/cadlem/integra.asp?alt=11052016D%20569810000) na cidade de São Paulo pode ser citado como exemplo. A esse propósito, em áudio-documentário produzido pelo projeto Economics for Transition, afirma-se que o rápido crescimento e o apelo aos usuários das plataformas é uma estratégia para exigir novas regulamentações que sejam mais favoráveis. Afinal, depois que atingem um certo tamanho, torna-se mais difícil combatê-los. (Cf. *The Sharing Economy*, Schumacher College, disponível em <http://www.economicsfortransition.org/#lupstream-documentaries/odz8y8>).

200 Yochai Benkler, em breve discurso sobre o tema no Fórum Econômico Mundial, põe a questão da seguinte forma: “2014 was the year of the sharing economy, or the “uberification” of all services.

Em razão dos limites do presente trabalho, será apresentada apenas uma breve reflexão sobre a economia do compartilhamento, com vistas a contribuir para um raciocínio futuro a respeito de sua regulamentação. Toda a análise acima desenvolvida sobre a *commons-based production* será utilizada como subsídio para essa reflexão.²⁰¹

5.1. CONCEITO

Os termos “economia do compartilhamento” ou “economia compartilhada” (traduzidos do inglês “*sharing economy*”) não expressam um conceito unívoco.²⁰² Não há atualmente um consenso sobre a definição do fenômeno a que aqui se faz referência.²⁰³ E diversas são as nomenclaturas utilizadas: “*collaborative economy*”, “*gig economy*”, “*peer economy*”, “*renting economy*”, “*on-demand economy*”.²⁰⁴

Em realidade, os modelos de negócio classificados como componentes desse fenômeno são muito variados e estão presentes nos mais diversos setores da economia, o que dificulta o processo de conceituação.²⁰⁵ Mas o que

And we talk about insurances and regulatory issues, but the critical issue is the destabilization of the firm and the fine division of labor and how it reorganizes potentially the entire services sector. And the critical question around that is this: will it allow embedding economic production in the same solidarity trust models that we saw with the emergence of Wikipedia or will the externalization of risk on to the people formerly known as employees create severe disruption?” (Challenges of the Shared Economy, disponível em <https://www.youtube.com/watch?v=mBF-GFDaCpE>, último acesso em 15.09.2016). Também Juliet Schor indaga: “Will the sector evolve in line with its stated progressive, green, and utopian goals, or will it devolve into business as usual?” (Debating the Sharing Economy, Outubro/2014, disponível em <http://www.greattransition.org/publication/debating-the-sharing-economy>, último acesso em 15.09.2016).

201 Isso porque, como se buscava elucidar, o diálogo entre os dois campos (a *commons-based production* e a economia do compartilhamento) é bastante intenso, e o discurso feito pelos defensores da economia do compartilhamento se apoia fortemente nos argumentos apresentados acima a respeito da *commons-based production*.

202 Cf. Rachel Botsman, *The Sharing Economy Lacks a Shared Definition*, Fast Company, 21 de novembro de 2013, disponível em www.fastcoexist.com/3022028/the-sharing-economy-lacks-a-shared-definition, último acesso em 29.06.2016.

203 Sobre esse aspecto, assim como a evolução do conceito – passando por livros precursores da análise do fenômeno como *What is mine is yours* (Rachel Bostman; Roo Rogers) e *The Mesh* (Lisa Gansky) – vide Arun Sundararajan, *The sharing economy: the end of employment and the rise of crowd-based capitalism*, Cambridge, The MIT Press, 2016, pp. 26 e ss. O autor afirma que prefere utilizar os termos “*sharing economy*” e “*crowd-based capitalism*”.

204 A lista é fornecida por Arun Sundararajan, citando estudo que mostra que os termos “*on-demand economy*” e “*gig economy*” tem ganhado popularidade. (Cf. *The sharing economy: the end of employment and the rise of crowd-based capitalism*, Cambridge, The MIT Press, 2016, pp. 27-28). É interessante apontar que a escolha do termo normalmente reflete a posição daquele que discorre sobre o assunto. Por exemplo, Yochai Benkler, ao tratar do fenômeno, utiliza-se do termo “*on-demand economy*”, no intuito de afastar o objeto do discurso do compartilhamento que está atrelado à *commons-based production*. (Cf. *Challenges of the Shared Economy*, disponível em <https://www.youtube.com/watch?v=mBF-GFDaCpE>, último acesso em 15.09.2016).

205 Um vasto número de exemplos são citados por Rifkin em *Sociedade com custo marginal zero*, São Paulo, M. Books do Brasil, 2016, pp. 270 e ss. É preciso contudo fazer uma ressalva a respeito do autor. Embora a obra citada estabeleça um diálogo com James Boyle e Yochai Benkler, conforme se procurou demonstrar nos capítulos precedentes, fato é que ao expandir o argumento daqueles autores, Rifkin peca no rigor metodológico, incluindo no cenário que

guardam em comum é a dependência de plataformas digitais²⁰⁶ e o discurso pró-sustentabilidade, exaltando questões como o colaborativismo, o empreendedorismo, o anti-consumismo, a conexão entre as pessoas.

Juliet Schor²⁰⁷, em razão dessa grande diversidade, divide os componentes da economia do compartilhamento em quatro grandes categorias, de acordo com a funcionalidade das plataformas: 1) recirculação de bens; 2) aumento da utilização de ativos duráveis; 3) troca de serviços; e 4) compartilhamento de ativos produtivos.

A primeira e a terceira categorias mencionadas acima não parecem trazer muita dificuldade a respeito de sua natureza. No primeiro caso, de circulação de bens, o que se tem é o estabelecimento de um segundo mercado (*second markets*), no sentido definido por Benkler, como forma de aproveitamento da capacidade ociosa por meio de sua venda.²⁰⁸ Já no terceiro caso, o que se tem é efetivamente a disponibilização de mão de obra de acordo com a demanda. Exemplo maior dessa categoria é a plataforma *TaskRabbit*, na qual é possível contratar pessoas para realizar serviços como lavar roupas, fazer compras e pagar contas.²⁰⁹

Já com relação às outras duas categorias, o discurso acerca do compartilhamento de bens, no sentido abordado nos capítulos anteriores, pode ser observado mais intensamente.²¹⁰ E, por essa razão, há uma tendência a con-

ele prevê como superação do capitalismo diversas práticas que compõe a “*sharing economy*” e não necessariamente possam ser classificadas como “*commons-based production*”, conforme se buscará demonstrar neste capítulo.

206 “The term generally refers to online platforms that allow people to acquire or access good and services from individuals outside of traditional business or corporations.” (*The Sharing Economy*, áudio documentário produzido pelo projeto Economics for Transition, Schumacher College, disponível em <http://www.economicsfortransition.org/#!upstream-documentaries/od2y8>).

207 *Debating the Sharing Economy*, Outubro/2014, disponível em <http://www.greattransition.org/publication/debating-the-sharing-economy>, último acesso em 15.09.2016. Neste mesmo artigo, a autora afirma que não há uma regra nítida para determinar quem está dentro e quem está fora da economia do compartilhamento: “When I posed these questions to a few sharing innovators, they were pragmatic, rather than analytical: self-definition by the platforms and the press defines who is in and who is out.”

208 O assunto foi brevemente abordado no item 3.2, acima. A respeito das possibilidades para aproveitamento da capacidade ociosa de um bem e os respectivos custos de transação, vide Yochai Benkler, *Sharing Nicely: On Shareable Goods and the Emergence of Sharing as a Modality of Economic Production*, in *Yale Law Journal* 114 (2004), pp. 273-358, pp. 315-317.

209 A plataforma *TaskRabbit* conecta pessoas dispostas a realizar uma tarefa a pessoas dispostas a pagar pela realização da mesma (Cf. <https://www.taskrabbit.com/how-it-works>, último acesso em 19.09.2016).

210 É por essa razão que a análise que segue irá focar especialmente nestas categorias. Em especial, serão tratados os casos em que os ativos compartilhados pertencem aos próprios usuários das plataformas, dialogando com o conceito de “*shareable goods*”, apresentado anteriormente. Diferem-se assim dos casos em que uma empresa ou um ente governamental disponibiliza ativos para compartilhamento. Exemplo deste é o Bike Sampa – compartilhamento de bicicletas na cidade de São Paulo apoiado pelo Banco Itaú (cf. <http://www.mobilicidade.com>).

siderar as plataformas que supostamente se encaixam nestas categorias como modelos de negócio benéficos de antemão.²¹¹ E as próprias plataformas atuam para corroborar com essa imagem, em um fenômeno vem sendo denominado de *sharewashing*.

5.2. SHAREWASHING

O *sharewashing* consiste no marketing que fazem diversas empresas para exaltar aspectos de seu negócio que tocam o tema do compartilhamento. É o atual *greenwashing*.²¹² Ser parte da economia do compartilhamento tornou-se algo vantajoso, porque aprendemos desde cedo que compartilhar é bom, é positivo.

Os críticos a essa prática denunciam a errônea utilização do termo “*sharing*” pela economia do compartilhamento, pois a grande maioria de seus componentes não estaria de fato compartilhando, no sentido elaborado pela literatura precedente sobre compartilhamento.²¹³ Benkler se insere neste grupo, recusando-se a chamar o fenômeno de “*sharing economy*”, e preferindo o termo “*on-demand economy*”.²¹⁴

Sob a fachada do compartilhamento, diversas plataformas estariam desrespeitando regulações existentes, exteriorizando os riscos do negócio, e não

br/bikesampa.asp, último acesso em 19.09.2016). O recorte no objeto se dá tanto pelos limites do trabalho, quanto pela afinidade com o discurso da *commons-based production*, reproduzido nos capítulos anteriores. Sobre plataformas governamentais de compartilhamento, vide *Debating the Sharing Economy*, Outubro/2014, disponível em <http://www.greattransition.org/publication/debating-the-sharing-economy>, último acesso em 15.09.2016 (em que a autora fala como tais plataformas podem funcionar como bens públicos).

211 Supostamente porque há casos que embora a alegação seja de que se trata de compartilhamento da capacidade ociosa de um bem, o que se observa efetivamente é a prestação de um serviço (que deveria se submeter às regulações existentes) por meio da plataforma em questão. Abaixo busca-se demonstrar ser esse o caso do *Uber* e do *Airbnb*.

212 “*Un modello così seducente che molte aziende tentano di spacciarsi per tali: prima facevano “greenwashing”, dandosi spruzzate di verde e sostenibilità, oggi molte fanno “sharewashing”.* (Valeria Palermi, *Dove porta la fine della proprietà*, 14 de agosto de 2015, disponível em http://m.espresso.repubblica.it/attualita/2015/08/12/news/dove-porta-la-fine-della-proprietà-1.225133?refresh_ce, último acesso em 20.09.2016).

213 Arun Sundararajan ao dizer que, não obstante todas as críticas, opta por utilizar-se do termo “*sharing economy*”, admite a possível crítica: “*So I am quite sure that some readers may object to my definition, and perhaps feel that it is biased towards the capitalist side of the phenomenon, and further, that it misuses the term “sharing” in describing what is often commercial exchange.*” (*The sharing economy: the end of employment and the rise of crowd-based capitalism*, Cambridge, The MIT Press, 2016, p. 27).

214 Falando sobre a economia do compartilhamento e a suposta ligação com o movimento da *commons-based production*, Benkler afirma: “*This is not sharing, this is extraction. And one of the things we need to insist on is that sharing is sharing, and contingent work under extractive conditions is contingent work under extractive conditions. And don’t use us to legitimate you.*” (*The idea of the commons and the future of capitalism*, apresentação realizada durante o Creative Commons Global Summit 2015, Seoul, Coréia do Sul, disponível em <https://www.youtube.com/watch?v=58s100KuAao>).

fornecendo a devida garantia aos seus consumidores.²¹⁵ E o comportamento é legitimado pelo discurso do compartilhamento, atrelado à *commons-based production*, em particular ao *sharing of material goods*.²¹⁶⁻²¹⁷

5.3. ALTERAÇÃO DE PARADIGMA?

De fato, a importância da tecnologia para a economia do compartilhamento é inquestionável, e nesse ponto se aproxima dos pressupostos colocados para a *commons-based production*.²¹⁸ Também alguns reflexos desses negócios, como a ênfase no acesso a bens,²¹⁹ os aproximam daquilo que foi retratado nos capítulos precedentes. Mas será que de fato os negócios que compõem a atual economia do compartilhamento podem ser relacionados com tudo o que se disse a respeito da *commons-based production*, consistindo efetivamente em uma forma alternativa de produção econômica? Será que a economia do compartilhamento representa a ruptura de paradigmas anteriormente mencionada, com diversas características positivas, a justificar uma regulação mais branda (afinal, seriam pessoas horizontalmente interligadas compartilhando bens e contribuindo para um consumo mais consciente)?

A hipótese aqui colocada é de que existem práticas muito diversas sendo englobadas dentro do “conceito guarda-chuva” da economia do compartilhamento (ou qualquer outra denominação que se prefira dar ao fenômeno). Existem exemplos de práticas que podem ser explicadas como partes da *com-*

215 Juliet Schor, *Debating the Sharing Economy*, Outubro/2014, disponível em <http://www.greattransition.org/publication/debating-the-sharing-economy>, último acesso em 15.09.2016.

216 Sobre os subtipos da *commons-based production* e sua dinâmica econômica, vide item 3.2, acima.

217 De fato, o fenômeno da economia do compartilhamento é colocado por Arun Sundararajan como continuação dos modelos de *peer-production* de informação, descritos por Benkler e Boyle: “Thinking of it one way, the crowd has moved from simply providing ideas (*open innovation*) to providing actual services (*crowd-based capitalism*).” (*The sharing economy: the end of employment and the rise of crowd-based capitalism*, Cambridge, The MIT Press, 2016, p. 77). O autor usa indistintamente os termos “*sharing economy*” e “*crowd-based capitalism*” – como expressamente afirma na p. 26 de seu livro. O artigo de Benkler que melhor descreve o *sharing of material goods* (*Sharing Nicely: On Shareable Goods and the Emergence of Sharing as a Modality of Economic Production*, in *Yale Law Journal* 114 (2004), pp. 273-358), extensamente citado nos capítulos antecedentes, é utilizado como referência pelo Professor Arun para descrever a *sharing economy* (vide pp. 30-31).

218 Vide item 3.1, acima, sobre a centralidade da tecnologia na nova modalidade de produção.

219 Esse ponto é reforçado diversas vezes por Rifkin quando trata das características da economia do compartilhamento. Vide, por exemplo, *Sociedade com custo marginal zero*, São Paulo, M. Books do Brasil, 2016, p. 34, em que afirma que “a posse está se tornando menos importante que o acesso”. Reforça-se, mais uma vez, a advertência a respeito da obra de Rifkin. Apesar do diálogo com Boyle e Benkler sobre a *commons-based production*, é possível perceber que o autor adota a atual “*sharing economy*” como evolução do fenômeno, sem nenhuma ressalva ou crítica aos modelos existentes.

mons-based production, e outras que não.²²⁰ Estas últimas nada mais são do que os tradicionais modelos de mercado, de grandes corporações, que se valem da carga positiva do termo “compartilhamento” para clamar por regulações mais brandas sobre suas atividades.

Para ilustrar esse raciocínio, será feita uma breve análise de alguns dos exemplos mais proeminentes da economia do compartilhamento, em confronto com as características que individualizam a *commons-based production*, conforme delineado no item 3.3 do presente trabalho.²²¹

Tomemos então dois exemplos do setor de transportes (*Uber*²²² e *BlaBlacar*²²³) e dois do setor de acomodação (*Airbnb*²²⁴ e *Couchsurfing*²²⁵).

-
- 220 Essa divisão hipotética coincide parcialmente com aquela feita por Juliet Schor entre plataformas que buscam o lucro e aquelas que não. Segundo a autora, “*The most successful platforms – Airbnb and Uber, valued at \$10 and \$18 billion respectively – have strong backing from venture capitalists and are highly integrated into existing economic interests.*” (*Debating the Sharing Economy*, Outubro/2014, disponível em <http://www.greattransition.org/publication/debating-the-sharing-economy>, último acesso em 15.09.2016). Mas não é o só fato da plataforma visar lucros que determina a sua natureza. É crucial saber de onde esses lucros serão extraídos e a quem serão direcionados. É nesse ponto que negócios como o *Uber* e o *BlaBlacar* se diferenciam, conforme se buscará demonstrar.
- 221 Conforme dito anteriormente, o número de componentes da economia do compartilhamento é bastante extenso. Não seria viável, até pelas limitações do presente trabalho, analisar cada um deles. Assim, optou-se por dois setores em que plataformas online têm causado grande discussão por seus impactos no mercado e pelos desafios regulatórios trazidos. O intuito não é alcançar nenhum diagnóstico definitivo a respeito da economia do compartilhamento, mas apenas demonstrar a coexistência de fenômenos substancialmente diversos dentro de um mesmo conceito.
- 222 *Uber* é uma plataforma de transporte de passageiros que conecta condutores a indivíduos buscando o transporte individual de passageiros. Qualquer pessoa pode se cadastrar para atuar como condutor, sendo pago de acordo com as corridas que fizer, não havendo a imposição de horas mínimas de trabalho. A plataforma retém uma porcentagem do valor pago pelos usuários. (cf. <https://www.uber.com/?exp=hp-c>, último acesso em 15.09.2016).
- 223 *BlaBlaCar*, conforme já mencionado (vide nota de rodapé n. 106), consiste em uma plataforma que conecta condutores de carro e indivíduos que farão também o mesmo trajeto e precisam de carona. O essencial, para fins deste trabalho, é saber que a própria plataforma impõe uma limitação no valor que pode ser cobrado de cada passageiro, visando evitar lucros do condutor, o que provoca a seleção daqueles condutores que fariam o percurso de qualquer forma.
- 224 *Airbnb* é uma plataforma que congrega indivíduos buscando e indivíduos oferecendo acomodação (podem ser oferecidos cômodos em um imóvel ou o imóvel inteiro), sendo que a operação é paga e a plataforma fica com uma porcentagem do valor conseguido por aquele que disponibilizou a acomodação (cf. <https://www.airbnb.com.br/about/about-us>, último acesso em 15.09.2016). Mas, “*In contrast with the social motivations of a Couchsurfing host, Airbnb hosts typically join the platform because they are hoping to rent out for a profit.*” (Arun Sundararajan, *The sharing economy: the end of employment and the rise of crowd-based capitalism*, Cambridge: The MIT Press, 2016, pp. 39-40).
- 225 *Couchsurfing* é uma plataforma na qual as pessoas se associam para buscar acomodações por um curto espaço de tempo. Conforme o próprio nome explica, os membros oferecem o sofá de casa para quem esteja interessado. Não há cobrança de qualquer valor entre os usuários, nem verificação se alguém está oferecendo ou utilizando mais estadias por meio da rede de usuários. (cf. <https://www.couchsurfing.com/#how-it-works>, último acesso em 15.09.2016). Há uma verdadeira cultura entre os membros, que prezam por conhecer novas pessoas e fazer vários amigos, ao invés de simplesmente conseguir um lugar para dormir.(Cf. Arun

5.3.1. VERDADEIRA HORIZONTALIZAÇÃO?

No cenário da *commons-based production*, foi visto que a descentralização da produção implica também em uma horizontalização. Não há uma distribuição desigual do poder de controlar, sendo por isso o desenho institucional dos *commons*, ao invés daquele da propriedade, o que melhor se encaixa.

É fato que há uma descentralização também no âmbito da economia do compartilhamento.²²⁶ Afinal, qualquer indivíduo dotado dos ativos necessários pode associar-se às plataformas e participar da atividade em questão. Entretanto, nesse cenário, nem sempre a descentralização implica em horizontalização.

De um lado, temos o *Uber* e o *Airbnb*, que exercem um controle sobre as atividades de forma central e hierarquizada. O sistema de pagamento ilustra esse ponto: em ambos os casos o pagamento é feito à companhia responsável pela plataforma, e depois repassado ao proprietário da acomodação ou motorista do veículo (descontada a porcentagem estabelecida).²²⁷⁻²²⁸ Por outro lado, o *BlaBlaCar* e o *Couchsurfing* funcionam de fato apenas como intermediadores, que conectam os interessados. No caso do *Couchsurfing*, não há dinheiro envolvido, e eventuais outras formas de retribuição ficam por conta do arbítrio dos usuários. No caso do *BlaBlaCar*, o pagamento é feito diretamente ao condutor do veículo.²²⁹

5.3.2. A MOTIVAÇÃO: A FUNÇÃO DO DINHEIRO

Conforme visto anteriormente, uma das características que particularizam a *commons-based production*, e a tornam uma modalidade alternativa de produção, é a mobilização de motivações não econômicas. Mesmo quando o dinheiro está presente, não consiste na principal fonte de informação.

Ora, definitivamente não é esse o caso daqueles que se associam ao *Uber*. Os motoristas veem a plataforma justamente como uma forma de complemen-

Sundararajan, *The sharing economy: the end of employment and the rise of crowd-based capitalism*, Cambridge, The MIT Press, 2016, pp. 38-39).

226 Vide nota de rodapé n. 210, sobre os recortes feitos para a presente análise.

227 Vide os termos de uso do *Airbnb* (disponível em https://www.airbnb.com.br/users/tos_confirm?redirect_params%5Baction%5D=new&redirect_params%5Bcontroller%5D=rooms&redirect_params%5Bfrom_nav%5D=1&redirect_params%5Blink%5D=1, último acesso em 19.09.2016), disciplinando o pagamento do Hóspede, o repasse ao Anfitrião, e políticas de reembolso.

228 A plataforma *Uber*, contudo, prevê que “O pagamento do Preço feito dessa maneira será considerado pagamento feito diretamente por você ao Prestador Terceiro.” (cf. Termos de Uso, disponível em <https://www.uber.com/legal/terms/br/>, último acesso em 20.09.2016).

229 O site da plataforma *BlaBlaCar* orienta aos passageiros a levarem o “valor da participação” trocado para ser entregue ao condutor (Cf. <https://www.blablacar.com.br/como-funciona-viagens-compartilhadas>, último acesso em 19.09.2016).

tação da renda, sendo que muitos tem se associado após perderem seus empregos formais.²³⁰ Ou seja, a sobrevivência de muitos dos motoristas depende dos rendimentos provenientes da plataforma.

O caso do *Airbnb* é um pouco mais complexo, pois é possível encontrar dois cenários dentre aqueles que listam suas propriedades na plataforma: os que visam uma renda extra com um cômodo não utilizado na casa em que moram, e os que alugam imóveis inteiros (às vezes mais de um imóvel por pessoa), utilizando a plataforma como verdadeiro instrumento de lucro.²³¹ Pode-se afirmar que no primeiro caso, outras motivações, como o convívio com os hóspedes, estariam presentes ao lado da possibilidade de capitalizar um espaço que não estava sendo utilizado.

No caso do *Couchsurfing*, como já mencionado, não há o pagamento em dinheiro pela acomodação. E existe uma cultura entre os usuários de troca de experiências, sendo a plataforma vista como um meio de fazer amizades.²³²

Por fim, com relação ao *BlaBlaCar*, em razão da limitação do valor que pode ser cobrado dos passageiros,²³³ o condutor que participa não visa o lucro com a atividade. Há de fato, uma redução dos custos da viagem, que pas-

230 Em reportagem sobre o tema, o cansaço desses motoristas, que chegam a trabalhar 14 horas por dia, é retratado (*Motoristas 'exaustos' do aplicativo Uber assustam passageiros em SP*, Folha de São Paulo, 18 de setembro de 2016, disponível em <http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2016/09/1814456-motoristas-exaustos-do-aplicativo-uber-assustam-passageiros-em-sp.shtml>, último acesso em 19.09.2016).

231 A diferença é relatada no áudio-documentário *The Sharing Economy*, produzido pelo projeto Economics for Transition, Schumacher College, disponível em <http://www.economicsfortransition.org/#!upstream-documentaries/odzy8>. Segundo a pesquisa, todo o marketing do *Airbnb* foca nos primeiros casos, apelando para aqueles em que o aluguel de um quarto ajuda pessoas da terceira-idade a complementar a renda, deixando de lado aquilo que representa o grosso de seus rendimentos: a listagem de imóveis inteiros. Foi essa a estratégia utilizada na enorme campanha realizada pela plataforma contra a *Proposition F*, uma iniciativa que procurava regulamentar o aluguel de curta duração na cidade de São Francisco, nos EUA. O objetivo era oferecer uma resposta ao problema do aumento do custo dos aluguéis para a população em geral, uma vez que muitos imóveis estavam sendo desocupados para poderem ser listados em plataformas como o *Airbnb*. A proposta acabou sendo rejeitada (cf. *San Francisco voters reject proposition to restrict Airbnb rentals*, The Guardian, 4 de novembro de 2015, disponível em <https://www.theguardian.com/us-news/2015/nov/04/san-francisco-voters-reject-proposition-f-restrict-airbnb-rentals>, último acesso em 19.09.2016).

232 Essa é a visão da CEO da plataforma, Jennifer Billock, que em conversa retratada no livro do Professor Arun, afirma que “If you ask people why they use Couchsurfing, they’ll tell you they use it to meet people or to make new friends. They will generally secondarily say that they use it to find a place to stay”. (Cf. *The sharing economy: the end of employment and the rise of crowd-based capitalism*, Cambridge, The MIT Press, 2016, p. 39).

233 Os limites são estabelecidos levando em consideração a distância da viagem e o número de passageiros que o condutor pretende levar. O intuito é limitar o valor cobrado ao gasto que o condutor terá com a viagem. Mais detalhes sobre o limite de valores podem ser conferidos em: <https://www.blablacar.pt/faq/pergunta/como-funciona-o-preco-e-o-metodo-de-pagamento>, último acesso em 19.09.2016.

sam a ser compartilhados, mas o objetivo final não é realizar a atividade como fonte de renda.²³⁴

5.3.3. RELAÇÕES ENTRE PRODUTOR-CONSUMIDOR E EMPREGADOR-TRABALHADOR

A horizontalização, característica da *commons-based production*, causaria impactos em relações que tradicionalmente são marcadas pela hierarquia, como é o caso das relações entre consumidores e produtores, e entre empregadores e trabalhadores. Uma nova categoria surgiria: a dos usuários. E o emprego como conhecemos hoje deixaria de existir.

No âmbito da economia do compartilhamento, o discurso é bastante semelhante. O foco é a possibilidade de ter horário flexíveis e se tornar um empregador. Mas será essa a realidade?²³⁵

Em um cenário em que há hierarquia e dependência financeira por parte daqueles que participam das plataformas, não parece ser viável falar em fim dos empregos e tratar os associados como meros usuários do serviço. É por isso que recentemente observa-se uma mobilização de motoristas do Uber para se unir e dialogar com os gestores da plataforma.²³⁶

Também a respeito da configuração da relação de consumidor, o *Airbnb* tem enfrentado tensões quanto à responsabilidade por danos sofridos pelos hóspedes que se utilizam da plataforma, procurando externalizar esses riscos, atribuindo-os aos anfitriões.²³⁷

5.3.4. DESENVOLVIMENTO

Por fim, foi elencada como um dos atributos da *commons-based production* a possibilidade de contribuir com o desenvolvimento econômico de nações não

234 Tanto no caso do *BlaBlaCar* como do *Couchsurfing*, pode-se questionar como é obtida a renda das plataformas, já que não retêm qualquer valor de seus usuários. Apesar de relevante, pois envolve a questão da venda de dados, essa questão não entra nos limites da breve análise que aqui se faz.

235 "Or behind this illusion of entrepreneurship is this an example of companies trying to take advantage of insecure workers who, because they are considered contractors instead of employees, are not guaranteed a minimum wage, health care, sickness benefits and are prohibited from unionizing?" (*The Sharing Economy*, áudio-documentário produzido pelo projeto Economics for Transition, Schumacher College, disponível em <http://www.economicsfortransition.org/#!upstream-documentaries/od2y8>).

236 *Uber recognizes New York drivers groups, short of a union*, The New York Times, 10 de maio de 2016, disponível em http://www.nytimes.com/2016/05/11/technology/uber-agrees-to-union-deal-in-new-york.html?_r=0, último acesso em 20.09.2016.

237 *A liability risk for Airbnb hosts*, The New York Times, 6 de dezembro de 2014, disponível em <http://www.nytimes.com/2014/12/06/your-money/airbnb-offers-homeowner-liability-coverage-but-hosts-still-have-risks.html>, último acesso em 20.09.2016.

desenvolvidas. Isso se daria por meio da facilitação do acesso à informação e ao conhecimento, possibilitada pela gestão dos *outputs* dos processos produtivos por meio dos *commons*.

Nesse sentido, é preciso lembrar que existem diferenças no compartilhamento de bens imateriais e bens materiais.²³⁸ E no âmbito da economia do compartilhamento, o que alegadamente se está compartilhando são bens materiais,²³⁹ o que diminui o possível impacto no desenvolvimento econômico (que depende principalmente do acesso à informação).²⁴⁰

Nesse contexto, defende-se que a questão deve ser vista de outro ângulo. Nos casos como *Uber*, em que muitos indivíduos tem utilizado a plataforma como fonte de renda, há o risco de que haja uma exploração da mão de obra, sem garantias mínimas a esses trabalhadores, submetendo-os a condições de trabalho extorsivas. Ora, num país subdesenvolvido, no qual a mão de obra é abundante e a desigualdade social existente é notável,²⁴¹ estão presentes os principais elementos para o sucesso de plataformas como o *Uber*.²⁴² Corre-se o risco de que haja uma exploração do subdesenvolvimento, ao invés de promoção do desenvolvimento.

238 Toda a dinâmica econômica de um e de outro foi pormenorizada ao tratar-se dos subtipos da *commons-based production*. Vide item 3.2, acima.

239 Pode-se ponderar que tanto no caso do *Uber*, como nos casos em que as acomodações listadas no *Airbnb* são imóveis inteiros, não haveria o compartilhamento da capacidade ociosa no sentido desenvolvido no item 3.2 deste trabalho. Remontando ao conceito de *shareable good* é possível compreender que em tais casos não há uma funcionalidade subutilizada do bem que então pode ser compartilhada sem visar o lucro. Poder-se-ia argumentar que o carro do motorista do *Uber* possui uma capacidade ociosa, mas em realidade aquele indivíduo não faria o trajeto escolhido pelo passageiro de qualquer forma. É patente a diferença quando comparamos com o sistema de funcionamento do *BlaBlaCar*, no qual o condutor faria a viagem de qualquer modo, e utiliza a plataforma para preencher os assentos que ficariam vazios (ainda que o faça como forma de diminuição dos gastos). O mesmo pode ser dito a respeito das listagens de imóveis inteiros, quando comparadas às listagens de um quarto que está em desuso, ou ao oferecimento do sofá de casa a um usuário do *Couchsurfing*. Esse ponto é determinante quando se analisa as motivações dos participantes: quando se compartilha a capacidade ociosa, não há uma preocupação primária com o retorno financeiro (vide citação de Benkler na nota de rodapé n. 84).

240 Por outro lado, o compartilhamento de bens materiais pode ter um impacto ecológico mais profundo. Mas esse também é um argumento que não tem sido comprovado na prática. Juliet Schor afirma, por exemplo, que “*For the majority, carsharing, by expanding access to cars, increased emissions.*” (*Debating the Sharing Economy*, Outubro/2014, disponível em <http://www.greattransition.org/publication/debating-the-sharing-economy>, último acesso em 15.09.2016).

241 Uma breve sistematização das teorias cepalinas sobre o subdesenvolvimento e suas características pode ser encontrada em Octávio Rodríguez, *O pensamento da Cepal: síntese e crítica*, in *Revista Novos Estudos Cebrap* 16 (1986), pp. 8-28.

242 “*It’s the extreme inequalities of wealth around the globe that have both created the need for the sharing economy and also the context in which the sharing economy thrives.*” (Keally McBride em *The Sharing Economy*, áudio-documentário produzido pelo projeto Economics for Transition, Schumacher College, disponível em <http://www.economicsfortransition.org/#!upstream-documentaries/od2y8>).

É preciso atentar-se para os possíveis prejuízos desses novos negócios,²⁴³ especialmente se considerado que os lucros obtidos (com a retenção de parte da remuneração) são remetidos para as companhias que controlam as plataformas, localizadas em países desenvolvidos.

O caso do *Airbnb* também traz preocupações, se considerarmos a tendência já existente de expulsar as pessoas de baixa renda das áreas centrais das grandes cidades, empurrando-as para suas periferias, como ocorre em São Paulo, e a potencialidade de agravamento desse problema por meio das plataformas de aluguel de acomodação de curta duração.²⁴⁴

5.4. A VERDADEIRA ECONOMIA DO COMPARTILHAMENTO

Todas as considerações acima ilustram a heterogeneidade dos modelos componentes da economia do compartilhamento. Alguns se assemelham mais ao que foi visto precedentemente sobre a *commons-based production*, outros divergem fundamentalmente.

A esse respeito, o Professor Arun Sundararajan coloca a diversidade para dentro do conceito de *sharing economy* ao descrevê-lo como um espectro que varia entre atividades sem nenhum interesse econômico (que são associadas à *gift economy*²⁴⁵) e atividades puramente comerciais.²⁴⁶ Segundo o autor, “*It is neither the exclusive domain of altruistic givers nor full-steam-ahead capitalists*”.²⁴⁷

243 Que podem, ao invés de promover uma melhor distribuição de renda, conforme vislumbrado com a *commons-based production*, ser instrumento de uma altíssima concentração de renda. É o que diz a Professora Keally McBride a respeito do Uber, que denomina “*the greatest wealth concentration model I’ve seen*” (cf. *The Sharing Economy*, áudio-documentário produzido pelo projeto Economics for Transition, Schumacher College, disponível em <http://www.economicsfortransition.org/#!upstream-documentaries/od2y8>).

244 É justamente esse o efeito dos alugueis realizados pelo *Airbnb* na cidade de São Francisco. Milhares de moradores foram despejados de suas residências, para que os respectivos proprietários pudessem listar os imóveis na plataforma, que garantia um retorno financeiro maior. A proposta de regulação dos alugueis de curta temporada, denominada *Proposition F*, visou dar uma resposta ao problema, propondo que as listagens se restringissem aos casos de cômodos em desuso dentro de uma residência. A *Proposition F* foi duramente combatida por uma campanha milionária do *Airbnb* e acabou sendo rejeitada. Os detalhes são narrados em *The Sharing Economy*, áudio-documentário produzido pelo projeto Economics for Transition, Schumacher College, disponível em <http://www.economicsfortransition.org/#!upstream-documentaries/od2y8>.

245 A literatura da *gift economy* também é utilizada por Benkler (vide nota de rodapé n. 6 em *Sharing Nicely: On Shareable Goods and the Emergence of Sharing as a Modality of Economic Production*, in *Yale Law Journal* 114 (2004), pp. 273-358, p. 279).

246 “*I have found that is useful to view the new economic activity as existing on a continuum between gift economies and market economies, with some cases at both ends of the spectrum, and many more in between.*” (*The sharing economy: the end of employment and the rise of crowd-based capitalism*, Cambridge, The MIT Press, 2016, p. 38). O autor reconhece que o Uber “*is very much a market economy*”, e por outra lado, o *Blablacar* tem “*some gift economy*”. (vide p. 44).

247 *The sharing economy: the end of employment and the rise of crowd-based capitalism*, Cambridge, The MIT Press, 2016, p. 44.

Contudo, tratar coisas fundamentalmente diversas como se fossem uma só pode ter consequências. É preciso ter em conta essas diferenças na hora se de pensar o melhor modo de regular cada uma dessas plataformas. É verdade que por vezes não é simples, havendo exemplos que se encontram no meio do espectro. Mas é preciso estar atento, sob pena de se deixar enganar apenas porque um determinado modelo de negócio se apoia em plataformas online.²⁴⁸

Tal heterogeneidade já foi percebida pelos críticos da economia do compartilhamento, que defendem a criação de uma “*true sharing economy*”²⁴⁹. Nesse sentido, volta-se ao diálogo com o cooperativismo, como forma de proporcionar um verdadeiro compartilhamento dos ganhos com aqueles que participam e realizam as atividades.²⁵⁰

Segundo Janelle Orsi, “*Shared ownership and control are critical if we are to get real about the “sharing” part of the so-called “sharing economy”*”²⁵¹. A autora aponta três exemplos que poderiam de colocar plataformas online, como o Airbnb, nos *commons*²⁵². Basicamente, o que se propõe é o compartilhamento dos benefícios, evitando que haja uma privatização dos *outputs* por companhias

248 Nesse sentido, é de extrema validade a lembrança trazida por Schor: “*technologies are only as good as the political and social context in which they are employed*”. (*Debating the Sharing Economy*, Outubro/2014, disponível em <http://www.greattransition.org/publication/debating-the-sharing-economy>).

249 “*One of the political answers (...) is called the solidary economy or, like some people call it, the true sharing economy. While the sharing economy is based on individual ownership, individual risk, and large corporate benefit; solidary initiatives are based on shared ownership, shared benefits as well as shared risks. This economy includes worker cooperatives, housing cooperatives, community gardens, food coops and renewable energy coops. This economy also, just like the sharing economy, emerged out of economic crisis. Although notions of this economy date back further the contemporary concept of the solidary economy can be traced to Latin America in the 1980s, when neoliberal economic policies caused significant economic dislocation and communities had to innovate and work together in order to find new ways to cope.*” (*The Sharing Economy*, áudio documentário produzido pelo projeto Economics for Transition, Schumacher College, disponível em <http://www.economicfortransition.org/#!upstream-documentaries/odzy8>).

250 A aposta é nas “*platform coops*”, socializando as plataformas que hoje encontram-se sob o modelo proprietário, e retirando justamente essa hierarquia hoje existente entre donos e os que prestam serviços às plataformas. (Cf. *How Platform Coops Can Beat Death Stars Like Uber to Create a Real Sharing Economy*, Shareable, 3 de novembro de 2015, disponível em <http://www.shareable.net/blog/how-platform-coops-can-beat-death-stars-like-uber-to-create-a-real-sharing-economy>, último acesso em 20.09.2016). Exemplos de “*platform coops*” podem ser encontrados em *11 Platform Cooperatives Creating a Real Sharing Economy*, Shareable, 18 de maio de 2016, disponível em <http://www.shareable.net/blog/11-platform-cooperatives-creating-a-real-sharing-economy>, último acesso em 20.09.2016).

251 *Three ways to put tech platforms into the commons*, junho/2015, disponível em <https://blog.p2pfoundation.net/three-ways-to-put-tech-platforms-into-the-commons/2015/06/03>, último acesso em 20.09.2016.

252 O conceito utilizado é aquele de David Bollier: “*A commons arises whenever a group of people decides to collectively manage a resource with a special regard for equitable access and long-term stewardship.*” (*Three ways to put tech platforms into the commons*, junho/2015, disponível em <https://blog.p2pfoundation.net/three-ways-to-put-tech-platforms-into-the-commons/2015/06/03>, último acesso em 20.09.2016).

que controlam as plataformas, criando alternativas autogeridas ou intermediadas por entes sem fins lucrativos.

Duas ordens de desafios se colocam diante da atual economia do compartilhamento. Em primeiro lugar, é preciso identificar os modelos que realmente representam uma ruptura com o paradigma existente, no sentido colocado pela *commons-based production*. Só assim uma regulação efetiva poderá ser pensada. Em segundo lugar, cabe àqueles que acreditam na potencialidade de novos modelos, repensar as estruturas, como forma de concretizá-los.

6. CONCLUSÃO

Após a reconstrução do raciocínio sobre a produção social (*commons-based production*), fica nítido que o discurso dominante de que o centro da atividade econômica é o mercado e tudo mais está relegado às periferias, nem sempre é verdadeiro. O advento de novas tecnologias tem possibilitado justamente trazer práticas comuns, realizadas por motivações sociais, para o centro da dinâmica econômica.

A discussão sobre os *commons* é recolocada, dessa vez não em comunidades distantes e periféricas que desmentem o mito sobre o tragédia dos bens comuns da terra, mas no centro da atual economia da informação.

Como reação, é possível observar um movimento para afirmar mais uma vez que a ação coletiva não é viável, não se sustenta. Mais uma vez uma suposição acerca da natureza humana (de que são seres puramente egoístas e racionais) é utilizada para justificar um cercamento, dessa vez no âmbito dos bens imateriais.

A consciência do que está em jogo e dos interesses de ambos os lados é fundamental para discutir-se as estruturas que conformarão os modelos de produção do amanhã.

É verdade que é preciso ser realista a respeito das teorias colocadas por Benkler, Boyle e Rifkin, sob pena de se deixar cair na chamada ideologia do progresso. Questiona-se qual é a real extensão daquilo que descrevem, em quais setores econômicos de fato é possível observar uma dispersão dos *inputs* de processos produtivos. Mas ainda que essa circunscrição seja pequena, a discussão sobre qual o potencial de expansão e quais os interesses que pretendem freá-la se mostra relevante, especialmente quando se tem em conta que muito de seu discurso vem sendo apropriado por um fenômeno econômico em expansão nos dias de hoje.

Com a análise dos atributos da *commons-based production* foi possível coletar subsídios para uma reflexão sobre a atual economia do compartilhamento. A heterogeneidade dos modelos de negócios englobados neste conceito mostra-se particularmente perigosa em um momento que começam a surgir desafios para o mundo jurídico. Mais uma vez, é preciso questionar o que se entende por “compartilhar” nesses negócios, assim como se constituem verdadeiramente um novo paradigma de organização da atividade econômica.

A futura regulação da economia do compartilhamento deverá levar em conta as verdadeiras estruturas por detrás das plataformas digitais, sob pena de se regular uma coisa pelo o que ela não é.

BIBLIOGRAFIA

- AIRBNB, Termos de uso, disponível em https://www.airbnb.com.br/users/tos_confirm?redirect_params%5Baction%5D=new&redirect_params%5Bcontroller%5D=rooms&redirect_params%5Bfrom_nav%5D=1&redirect_params%5Blink%5D=1,
- BENKLER, Yochai. *Sharing Nicely: On Shareable Goods and the Emergence of Sharing as a Modality of Economic Production*, in *Yale Law Journal* 114 (2004), pp. 273-358.
- BENKLER, Yochai. *Technology, Law, Freedom and Development*, in *The Indian Journal of Law and Technology* 1 (2005), pp.1-14.
- BENKLER, Yochai. *The wealth of networks: how social production transforms markets and freedom*, New Haven/London, Yale University Press, 2006.
- BENKLER, Yochai, entrevista concedida ao Alexander von Humboldt Institute for Internet and Society, disponível em <https://www.youtube.com/watch?v=7UAx5WVcFFA>.
- BENKLER, Yochai. *The idea of the commons and the future of capitalism*, apresentação realizada durante o Creative Commons Global Summit 2015, Seoul, Coreia do Sul, disponível em <https://www.youtube.com/watch?v=58s100KuAa0>.
- BENKLER, Yochai. *Challenges of the Shared Economy*, Fórum Econômico Mundial, disponível em <https://www.youtube.com/watch?v=mBF-GFDaCpE>.
- BIKESAMPA, <http://www.mobilicidade.com.br/bikesampa.asp>.
- BLABLACAR, Termos e condições, disponível em <https://www.blblacar.com.br/sobre-nos/termos-e-condicoes>.
- BOTSMAN, Rachel. *The Sharing Economy Lacks a Shared Definition*, Fast Company, 21 de novembro de 2013, disponível em www.fastcoexist.com/3022028/the-sharing-economy-lacks-a-shared-definition.
- BOYLE, James. *The second enclosure movement and the construction of the public domain*, in *Law and Contemporary Problems* 66 (2003), pp. 33-74.
- COUCHSURFING, Como funciona?, disponível em <https://www.couchsurfing.com/#how-it-works>,
- ECONOMICS FOR TRANSITION, *The Sharing Economy*, Schumacher College, áudio documental, disponível em <http://www.economicsfortransition.org/#!upstream-documentaries/od2y8>.
- EXAME, *BlaBlaCar chega ao Brasil para acabar com carros vazios*, 30 de novembro de 2015, disponível em <http://exame.abril.com.br/tecnologia/noticias/blblacar-chega-ao-brasil-para-acabar-com-carros-vazios>.

- FOLHA DE SÃO PAULO, *Motoristas 'exaustos' do aplicativo Uber assustam passageiros em SP*, 18 de setembro de 2016, disponível em <http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2016/09/1814456-motoristas-exaustos-do-aplicativo-uber-assustam-passageiros-em-sp.shtml>,
- FURTADO, Celso. *Criatividade e dependência na civilização industrial*, São Paulo, Companhia das Letras, 2008.
- HARDIN, Garrett. *The tragedy of the commons*, in *Science* 162 (1968), pp. 1243-1248, disponível em <http://science.sciencemag.org/content/162/3859/1243.full>.
- HESS, Charlotte; OSTROM, Elinor. *Ideas, Artifacts, Facilities, and Content: Information as a Common-Pool Resource*, in *Law and Contemporary Problems* 66 (2003), pp. 111-145.
- HESS, Charlotte; OSTROM, Elinor (editors), *Understanding knowledge as a commons: from theory to practice*, London/Cambridge, The MIT Press, 2007.
- LAFORGIA, Francesco; MONTOBBO, Fabio; ORSENIGO, Luis. *IPR and technological development in pharmaceuticals. Who is patenting what in Brazil after TRIPS*, in NETANEL, Neil Weinstock. *The development agenda. Global intellectual property and developing countries*, Oxford, Oxford University Press, 2009. pp. 293-317.
- LEMLEY, Mark. *Faith-based intellectual property*, in *UCLA Law Review* 62 (2015), pp. 1328-1346.
- MAZZUCATO, Mariana. *O estado empreendedor: desmascarando o mito do setor público vs. setor privado*, 1ª ed., São Paulo, Portfolio-Penguin, 2014.
- OCTAVIANI, Alessandro. *Recursos genéticos e desenvolvimento: os desafios furtadiano e gramsciano*, São Paulo, Saraiva, 2013.
- OCTAVIANI, Alessandro; OLIVEIRA JÚNIOR, Márcio. *Remédios estruturais em casos de cartéis: análise funcional e fundamentos econômicos para a sua aplicação*, in CARVALHO, Vinícius Marques de (org.). *A Lei 12.529/2011 e a nova política de defesa da concorrência*, São Paulo, Singular, 2015, pp. 321-338.
- OCTAVIANI, Alessandro. *Tutela jurídica da confiança econômica no direito brasileiro*. Parecer – versão pública. 2015.
- ORSI, Janelle. *Three ways to put tech platforms into the commons*, junho/2015, disponível em <https://blog.p2pfoundation.net/three-ways-to-put-tech-platforms-into-the-commons/2015/06/03>.
- OSTROM, Elinor. *Governing the Commons – The Evolution of Institutions for Collective Action*, Canto Classics edition, Cambridge, Cambridge University Press, 2015.
- OSTROM, Elinor. *Beyond Markets and States: polycentric governance of complex economic systems*, Prize Lecture, 2009, disponível em http://www.nobelprize.org/nobel_prizes/economic-sciences/laureates/2009/ostrom_lecture.pdf
- OSTROM, Elinor et al., *The Future of the Commons – Beyond Market Failure and Government Regulation*, Londres, Institute of Economic Affairs, 2012.
- PALERMI, Valeria. *Dove porta la fine della proprietà*, L'Espresso, 14 de agosto de 2015, disponível em http://m.espresso.repubblica.it/attualita/2015/08/12/news/dove-porta-la-fine-della-proprietà-1.225133?refresh_ce
- RIFKIN, Jeremy. *Sociedade com custo marginal zero*, São Paulo, M. Books do Brasil, 2016.
- RIFKIN, Jeremy. *The zero marginal cost society*, palestra na Google, disponível em <https://www.youtube.com/watch?v=5-iDUcETjvo>.
- RODRIGUEZ, Octávio. *O pensamento da Cepal: síntese e crítica*, in *Revista Novos Estudos* Cebrap 16 (1986), pp. 8-28.
- SALOMÃO FILHO, Calixto. *Teoria crítico-estruturalista do direito comercial*, 1ª ed., São Paulo, Marcial Pons, 2015.

- SAMUELSON, Paul. *The pure theory of public expenditure*, in *Review of Economics and Statistics* 36 (1954), pp.387-389.
- SCHOR, Juliet. *Debating the Sharing Economy*, Outubro/2014, disponível em <http://www.gre-atransition.org/publication/debating-the-sharing-economy>.
- SHORENSTEIN CENTER on Media, Politics and Public Policy. *Uber, Airbnb and consequences of the sharing economy: Research roundup*, Harvard Kennedy School, disponível em <http://journalistsresource.org/studies/economics/business/airbnb-lyft-uber-bike-share-sharing-economy-research-roundup>.
- SHAREABLE, *How Platform Coops Can Beat Death Stars Like Uber to Create a Real Sharing Economy*, 3 de novembro de 2015, disponível em <http://www.shareable.net/blog/how-platform-coops-can-beat-death-stars-like-uber-to-create-a-real-sharing-economy>.
- SHAREABLE, *11 Platform Cooperatives Creating a Real Sharing Economy*, 18 de maio de 2016, disponível em <http://www.shareable.net/blog/11-platform-cooperatives-creating-a-real-sharing-economy>.
- SINGER, Paul. *Introdução à economia solidária*, 1ª ed., São Paulo, Editora Fundação Perseu Abramo, 2002.
- SUNDARARAJAN, Arun. *The sharing economy: the end of employment and the rise of crowd-based capitalism*, Cambridge, The MIT Press, 2016.
- SZMRECSÁNYI, Tamás. *A Henrancha Schumpeteriana*, in PELAEZ, Victor; SZMRECSÁNYI, Tamás (orgs.). *Economia da Inovação Tecnológica*, São Paulo, Editora Hucitec: Ordem dos Economistas do Brasil, 2006, pp. 112-134.
- TASRABBIT, How it Works, disponível em <https://www.taskrabbitt.com/how-it-works>.
- THE GUARDIAN, *San Francisco voters reject proposition to restrict Airbnb rentals*, 4 de novembro de 2015, disponível em <https://www.theguardian.com/us-news/2015/nov/04/san-francisco-voters-reject-proposition-f-restrict-airbnb-rentals>.
- THE NEW YORK TIMES, *Uber recognizes New York drivers groups, short of a union*, 10 de maio de 2016, disponível em http://www.nytimes.com/2016/05/11/technology/uber-agrees-to-union-deal-in-new-york.html?_r=0.
- THE NEW YORK TIMES, *A liability risk for Airbnb hosts*, 6 de dezembro de 2014, disponível em <http://www.nytimes.com/2014/12/06/your-money/airbnb-offers-homeowner-liability-coverage-but-hosts-still-have-risks.html>,
- UBER, Termos de Uso, disponível em <https://www.uber.com/legal/terms/br/>.

A VOLUNTARIEDADE DA COLABORAÇÃO PREMIADA: INFLUÊNCIA DA ATUAÇÃO ESTATAL SOBRE A VONTADE DO COLABORADOR COM A JUSTIÇA

LEONARDO DANTAS COSTA

ORIENTADOR:
PROFESSOR ASSOCIADO MAURÍCIO ZANOIDE DE MORAES

NOTA DE INÍCIO

A tese a seguir foi publicada em 2017 pela Editora Juruá, sob o título “Delação Premiada: a atuação do Estado e a relevância da voluntariedade do colaborador com a justiça”. Em razão disso, disponibiliza-se a seguir apenas a Introdução do trabalho, que poderá ser encontrado no sítio eletrônico da editora e de outras livrarias.

INTRODUÇÃO

No dia 17 de outubro de 2013, entrava em vigor a Lei 12.850/2013 que, revogando a Lei 9.304/1995, buscou melhor disciplinar um tema que, por si só, é grande desafio das ciências criminais em todo o mundo: o combate à criminalidade organizada. A recente Lei brasileira, em observância à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (Convenção de Palermo), procurou, a um só tempo, definir o que se entende por organização criminosa (art. 1º, §1º¹) e dispor sobre técnicas especiais de investigações utilizadas na deflagração dessa forma de criminalidade.

Dentre tais técnicas, introduziu-se formalmente ao ordenamento jurídico brasileiro² a possibilidade de realização de um acordo entre acusação e defesa com finalidade de cooperação efetiva do imputado com as investiga-

1 Art. 1º, §1º, da Lei 12.850/2013: *Considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional.*

2 É bom dizer que o acordo formalmente realizado entre acusação e defesa fora previsto pela Lei 10.402/2002, antiga Lei de Drogas, cuja vigência, entretanto, foi curtíssima, sendo revogada pela Lei 11.343/2006, que não manteve tal previsão.

ções, em troca de benefícios premiaiais; a esse acordo, deu-se o nome de colaboração premiada³.

A nomenclatura adotada pela Lei remonta ao gênero do qual este instituto é espécie, qual seja, a colaboração processual. Também integra este gênero a delação premiada que, muito embora seja recorrentemente utilizada como expressão sinônima da colaboração, não consiste propriamente no acordo entre partes, e sim na concessão do benefício diretamente pelo juízo. Registre-se que a delação premiada já vinha consagrada na legislação pátria desde a Lei 8.072/1990 (Lei dos Crimes Hediondos)⁴.

O fato é que, logo após o advento da Lei das Organizações Criminosas, em março de 2014, teve início a Operação Lava Jato, consistente na investigação de diversos e complexos esquemas de corrupção e lavagem de dinheiro envolvendo tanto a administração pública como o setor privado do Brasil⁵. A operação, que até o momento do término desta obra ainda perdura, desenvolveu-se de forma vultosa e teve como viga mestra de todo o aparato investigatório os acordos de colaboração premiada firmados entre as autoridades estatais (Autoridade Policial ou Ministério Público) e imputados⁶. A cultura da colaboração premiada expandiu-se na opinião pública, tornando-se tema diário na mídia.

Apesar do sucesso do ponto de vista investigativo, o uso da colaboração premiada esbarrou em uma das questões mais sensíveis envolvendo o combate à criminalidade organizada (e o processo penal em si): o equilíbrio entre eficiência e garantismo. Isso muito se deve a certa deficiência da Lei 12.850/2013 que, em verdade, não disciplina de forma exaustiva a colaboração premiada e,

3 A Lei 12.850/2013 inovou na adoção de um termo até então inexistente na comunidade jurídica. Mariana Lauand, autora de dissertação de mestrado cujo tema foi a colaboração processual no direito brasileiro, em 2008, delimitou com bastante precisão que colaboração processual se trata de um gênero, do qual são espécies diversas formas de cooperação com a Justiça, até mesmo a confissão. Dentre estas formas de cooperação, está o acordo firmado entre acusação e imputado, ao qual dá-se o nome de colaboração processual *stricto sensu*. [Cf. LAUAND, Mariana de Souza Lima. **O valor probatório da colaboração processual**. 2008. Dissertação (Mestrado) – Programa Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008, p. 43-67].

4 *Id. Ibid.*, p. 43-67.

5 Para um breve histórico sobre a Operação Lava Jato, conferir: ENTENDA o caso. Operação Lava Jato. **MPF Combate à corrupção**. Disponível em: <http://lavajato.mpf.mp.br/entenda-o-caso>. Acesso em: 12 set. 2016.

6 Em 07 de abril de 2016, já eram cinquenta acordos firmados no âmbito da lava jato: LAVA jato já teve 50 delações premiadas; 6 foram aceitas pelo STF. **Uol**, 16.03.2016. Disponível em: <http://noticias.uol.com.br/politica/listas/lava-jato-ja-teve-50-delacoes-premiadas-6-foram-aceitas-pelo-stf.htm>. Acesso em: 12 set. 2016.

destarte, é incapaz de suprir as exigências nascidas dos direitos fundamentais garantidos a qualquer pessoa humana vítima de uma persecução penal⁷.

Por certo que analisar todas as deficiências da Lei e suas consequências práticas seria escopo demasiadamente amplo e ousado para as pretensões aqui apresentadas⁸. Escolheu-se, por isso, um tema mais particular, fruto de grande polêmica no curso das investigações da Lava Jato, correspondente à gênese de todo acordo: a voluntariedade da colaboração premiada⁹.

Nesta obra procura-se entender em que consiste a voluntariedade, analisando-a de forma mais profunda e relacionada ao seu objeto de proteção, qual seja, a vontade, livre e consciente, do ser humano. A partir daí, chega-se ao seu objetivo fulcral: analisar de que forma a atuação investigativa estatal e a utilização de medidas cautelares podem se configurar como lesões à voluntariedade da colaboração premiada e quais as consequências jurídicas disso.

Tal questão aparece como um debate recorrente na comunidade jurídica, haja a vista que se tem suscitado imensa polêmica acerca de acordos de colaboração premiada envolvendo imputados presos cautelarmente¹⁰. Tanto é verdade que tramita, no Senado Federal, proposta de alteração legislativa vi-

7 LOPES JUNIOR, Aury; ROSA, Alexandre Morais da. Com delação premiada e pena negociada, direito penal também é lavado a jato. **Consultor Jurídico**, 24 jul. 2015. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2015-jul-24/limite-penal-delacao-premiada-direito-penal-tambem-lavado-jato>>, Acesso em 12 set. 2016.

8 Com imensa maestria, os professores Aury Lopes Jr. e Alexandre Morais da Rosa suscitam algumas questões relevantíssimas que poderiam ser, sem dúvida alguma, ponto de partida para repensar todo o instituto e a forma como vem sendo adotado pelo Direito Brasileiro: LOPES JUNIOR, Aury; ROSA, Alexandre Morais da. Delação premiada: com a faca, o queijo e o dinheiro nas mãos. **Consultor Jurídico**, 25 mar. 2016. Disponível em < <http://www.conjur.com.br/2016-mar-25/limite-penal-delacao-premiada-faca-queijo-dinheiro-maos>>, Acesso em 12 set. 2016.

9 A voluntariedade é requisito previsto em lei para homologação judicial do acordo de colaboração premiada. Confira-se o art. 4º, §7º, da Lei 12.850/2013: *Realizado o acordo na forma do § 6º, o respectivo termo, acompanhado das declarações do colaborador e de cópia da investigação, será remetido ao juiz para homologação, o qual deverá verificar sua regularidade, legalidade e voluntariedade, podendo para este fim, sigilosamente, ouvir o colaborador, na presença de seu defensor.* (grifo nosso)

10 Aguarda-se o momento oportuno para levantar as diversas opiniões de juristas sobre o assunto, porém, entendemos ser este um momento oportuno para ilustrar a explanação com reportagens que abordam justamente a problemática envolvendo a voluntariedade, colaboração premiada e liberdade. Em reportagem publicada na Folha de São Paulo, em 18 de julho de 2016, aponta-se a relação entre as negociações de um possível acordo de colaboração premiada e a desistência de impetração de *habeas corpus* tendente a questionar a legalidade da prisão cautelar do pretendo colaborador que, à época, durava mais de um ano. MEGALE, Bela; CARVALHO, Mario Cesar. Por delação, defesa de Odebrecht desiste de pedido de liberdade. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 18 jul. 2016. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/poder/2016/07/1792686-po-delacao-defesa-de-marcelo-odebrecht-desiste-de-pedido-de-liberdade.shtml>, Acesso em 12 set. 2016. Já em outra notícia, publicada pelo Portal de Notícias G1, em 21 de junho de 2016, informava-se a formalização de acordo de colaboração premiada com imediata soltura da colaboradora: DOLEIRA Nelma Kodama fecha acordo de delação premiada e deixa a prisão. **Portal de Notícias G1**, 21 jun. 2016. Disponível em <http://g1.globo>.

sando a condicionar os acordos de colaboração premiada à liberdade do colaborador (Projeto de Lei 4.372/2016)¹¹.

Diante disso, constitui-se como núcleo do objetivo proposto analisar se, de fato, medidas cautelares pessoais, como as prisões cautelares, suscitam violações à voluntariedade da colaboração premiada.

A fim de cumprir com tal finalidade, estrutura-se a pesquisa em três capítulos distintos.

O primeiro consiste em uma análise alóctone da colaboração processual¹², isto é, a partir da utilização em diferentes países, posto que o instituto não é originário do direito brasileiro.

Essencialmente, a análise estrangeira inicia-se com o direito italiano, em que o *pentitismo*¹³ teve ampla aplicação no combate ao crime organizado e igual aceitação pela opinião pública; realidade semelhante à atualmente vivida no Brasil – tamanha foi a consagração da delação premiada na Itália que se tornou a inspiração da legislação premial brasileira, nos anos 1990.

Após, analisa-se o sistema de imunidades da cultura de *common law*, o qual, à semelhança da colaboração premiada, consiste em acordo diretamente realizado entre acusação e imputado. Interessante notar as peculiaridades do processo penal, decorrentes do diferente sistema jurídico adotado, em que se confere ampla liberdade ao representante do Ministério Público para negociar, chegando a ponto de, até mesmo, abrir mão da ação penal.

Tanto na Itália como Estados Unidos da América e Inglaterra serão os países de maior aprofundamento, uma vez que são aqueles que desenvolveram melhor a colaboração processual. Ainda assim, elegeram-se mais dois países de *civil law*, Alemanha e Argentina, para enriquecimento da pesquisa. A primeira, em razão da peculiaridade de a colaboração processual não ter se constituído como uma forte engrenagem das investigações criminais; a segunda,

com/bom-dia-brasil/noticia/2016/06/doleira-nelma-kodama-fecha-acordo-de-delacao-premiada-e-deixa-prisao.html. Acesso em 12 set. 2016.

11 Neste projeto, pretende-se acrescentar ao art. 3º da Lei 12.850/2013 (que dispõe sobre as técnicas especiais de investigação) que somente será homologada aquela em que o imputado encontrar-se em liberdade. Confira-se a redação do pretendido novo art. 3º: *No caso do inc. I, somente será considerada para fins de homologação judicial a colaboração premiada se o acusado ou indiciado estiver respondendo em liberdade ao processo ou investigação instaurados em seu desfavor*. O projeto de lei está disponível na íntegra, em CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Projeto de lei**. Disponível e: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1433188&filename=PL+4372/2016>. Acesso em 12 set. 2016.

12 Referimo-nos, aqui, à colaboração processual tendo em vista que em alguns países, como na Itália, o desenvolvimento da delação premiada é muito mais notável.

13 Nome dado à delação premiada na Itália, advindo do termo *pentito*, que significa arrependido.

por tratar-se de país da América Latina em cujas leis adotou-se a delação premiada¹⁴ de forma bastante semelhante ao Brasil.

Em todos os países selecionados, procura-se avaliar de que forma a vontade do colaborador é considerada para fins do acordo de colaboração premiada, a fim de se compreender melhor a estrutura e, principalmente, as práticas adotadas pelos respectivos sistemas processuais.

No segundo capítulo, volta-se a atenção ao direito interno. Num primeiro momento, expõe-se a evolução histórica da legislação atinente à colaboração processual no Brasil, destacando as diferenças existentes entre a delação premiada e a colaboração premiada. Num segundo momento, avalia-se o instituto da colaboração premiada em si, definindo sua natureza jurídica, avaliando seu procedimento legal, sujeitos e objeto do acordo de colaboração. Duas observações devem ser feitas a esse respeito: a primeira é que toda a análise procura ser feita à luz das garantias do Processo Penal Constitucional; a segunda é que este capítulo estará voltado ao tema central da obra, expondo, na medida do possível, de que maneira os tópicos abordados se relacionam à vontade livre do colaborador.

Por fim, o terceiro capítulo refere-se à voluntariedade em si. Num primeiro momento, almeja-se definir “vontade”, a fim de se compreender o objeto de proteção sobre o qual recai as reflexões a seguir. Após, faz-se uma breve avaliação da evolução desta proteção à vontade do colaborador com a Justiça no direito brasileiro, tomando-se como base a legislação colacionada na primeira parte do capítulo anterior até chegar à Lei 12.850/2013. Nesta evolução, diferencia-se espontaneidade e voluntariedade para, finalmente, definir em que consiste o ato voluntário.

É neste ponto que se chega à questão central aqui abordada. A partir da caracterização do ato voluntário, avalia-se de que forma a atuação estatal pode se configurar uma interferência lesiva à vontade e, por fim, quais as consequências jurídicas da colaboração em que a voluntariedade for viciada. Para tanto, adianta-se, é imprescindível trazer ao tema a perspectiva da teoria dos jogos no processo penal, desenvolvida com brilhantismo por Alexandre Morais da Rosa¹⁵. É também na última parte deste capítulo que se propõe uma reforma da Lei 12.850/2013 visando à garantia de maior efetividade da proteção da vontade efetiva do colaborador com a Justiça.

Por fim, destina-se o capítulo final às conclusões procurando responder de forma satisfatória as questões aqui já suscitadas.

14 Aqui, de fato, a delação premiada, no sentido de cooperação diretamente feita ao juízo.

15 ROSA, Alexandre Morais da. **Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2014, p. 1-45.

O ETNOCENTRISMO COMO OBSTÁCULO EPISTEMOLÓGICO DA TEORIA PURA DO DIREITO

LUIZ FERNANDO SCHAEFER ANDRADE

ORIENTADOR:
PROFESSOR DOUTOR ORLANDO VILLAS BOAS FILHO

NOTA DE INÍCIO

O presente texto consiste na versão integral, sob novo título e revisada, da tese de láurea que defendi, em 2016, na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Uma versão resumida do trabalho foi publicada, sob o título original, no volume 112 da Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Cf. ANDRADE L. F. S. A universalização do primado da norma: o obstáculo epistemológico etnocêntrico da teoria pura do direito. Revista Da Faculdade De Direito, Universidade De São Paulo, v. 112, 2018, p. 737-772. Disponível em: <https://doi.org/10.11606/issn.2318-8235.v112i0p737-772>.

INTRODUÇÃO

O tema do presente trabalho insere-se, em linhas gerais, nos quadros da tensão entre as perspectivas monistas da teoria do direito e outras que, como a antropológica, sustentam uma noção de pluralismo jurídico. O que suscita esta empreitada é a indagação, à qual se pretende responder com esteio na antropologia jurídica, acerca da suposta universalidade de certas categorias mobilizadas pelos teóricos do direito ocidentais. Porém, sem pretender analisar uma sucessão interminável de propostas teóricas e autores que aí se enquadram, a presente abordagem apresenta limites mais estreitos. Mais precisamente, seu objeto consiste em tratar da suposta universalidade das categorias mobilizadas pela teoria pura do direito de Hans Kelsen, a partir de uma análise de seus pressupostos teóricos feita à luz do enfoque antropológico. Mediante o desenvolvimento de aportes da antropologia jurídica, será possível identificar na obra paradigmática de Kelsen uma concepção de objetividade que merece ser relativizada, sob o risco de implicar a naturalização de um obstáculo epistemológico: a universalização do primado da norma.

O fato de o contexto acadêmico brasileiro apresentar ínfimo interesse pela antropologia jurídica poderia constituir, então, circunstância suficien-

te para justificar a opção por esse tipo de abordagem. A eleição desse enfoque decorre, contudo, de uma razão muito mais profunda: o potencial heurístico da disciplina para observar uma contextura social como a brasileira, francamente subutilizado, poderia facilmente renovar debates clássicos no campo das ciências sociais e do próprio direito.¹ Nesse campo, a disciplina é capaz de acusar e desconstruir uma série de projeções, feitas pelos juristas, de categorias que expressam a experiência particular do Ocidente a outros contextos sociais, que delas não compartilham.

A universalização do primado da norma constitui, como projeção desse tipo, pormenor de um tema muito mais abrangente, tratado por diferentes disciplinas, que é o do pluralismo jurídico. Pelas três razões básicas a seguir, a perspectiva de Pierre Clastres, embora centrada no campo da antropologia política, será um dos principais referenciais teóricos eleitos para a incursão no tema do pluralismo jurídico. Todas elas convergem – é preciso reconhecer desde logo – para um mesmo ponto, o qual se ajusta à questão tematizada neste livro: a capacidade de aquele antropólogo questionar profundamente o alcance de uma série de categorias comumente empregadas pelas ciências sociais.

A primeira razão é o fato de a obra de Clastres ter haurido seu lastro empírico em descrições etnográficas de grupos autóctones sul-americanos, não sendo, portanto, completamente estranha ao contexto social brasileiro, no qual, a despeito da intensa diversidade cultural, a teoria pura do direito não deixa de ser bastante influente.

A segunda delas é que, embora não tenha tomado o direito como objeto de seu pensamento, há uma afinidade de enfoque e de resultados entre a obra de Clastres e a de autores que analisaram o direito sob a perspectiva antropológica, como Norbert Rouland, Étienne Le Roy e Christoph Eberhard. Entretanto, a afinidade entre tais perspectivas não se esgota em observações genéricas a respeito do etnocentrismo. Muitos são os paralelos que podem ser considerados entre: (a) a recusa geral ao etnocentrismo; (b) a recusa metodológica de definir *a priori* o campo circunscrito à análise antropológica, seja o do direito ou o da política; (c) o culto ao “um” pela metafísica ocidental, apontado por Clastres, e a monolatria da sociedade ocidental, afirmada por Étienne Le Roy; (d) a associação entre essas visões monólatras de mundo e as representações tipicamente ocidentais dos fenômenos jurídico e político; (d) como

1 Cf. VILLAS BÔAS FILHO, O. Juridicidade: uma abordagem crítica à monolatria jurídica enquanto obstáculo epistemológico. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 109, 2014, p. 282-283.

resultado das premissas metodológicas anteriores, o conceito de poder político proposto por Clastres e o conceito de juridicidade proposto por Le Roy.

Como se não bastasse, as observações de Sérgio Cardoso evidenciam que o procedimento metodológico de Clastres, opondo-se ao arcaísmo que do mesmo modo figurou nas investigações econômicas e históricas,² também pode ser aplicado a outros domínios sociais, entre os quais é possível apontar o do direito. Dada a escassa difusão, no âmbito brasileiro, do debate do pluralismo jurídico pelo ângulo antropológico, e da quase inexistência de obras essenciais sobre o tema disponíveis em nosso idioma, a obra de Clastres, em razão daquelas afinidades, pode figurar como uma primeira via de acesso a esse tipo de discussão, além de fornecer aportes importantes para a discussão do direito.

A aproximação desses variados autores de forma alguma desconsidera a complexidade e a sofisticação de seus pensamentos e os distanciamentos que existem entre eles. É forçoso admitir, como já tem feito a tradição francófona, que o debate pode ser mais bem referido sob a alcunha de “pluralismos jurídicos”, no plural, para desde logo advertir que nunca existiu um consenso nesse terreno. Em meio a essas dissonâncias, em vez de tomar posição nesse intrincado debate, o percurso proposto será o de identificar seus traços diacríticos comuns, os quais, de uma maneira geral, são vocacionados à desconstrução de certas representações acriticamente naturalizadas pela teoria do direito ocidental. Para esses propósitos, será extremamente valiosa a obra de Norbert Rouland porque, apesar de ele se posicionar em meio a esse debate, é um autor que se consagrou pelo seu trabalho de difusão da antropologia jurídica, sobretudo no que diz respeito ao tema do pluralismo jurídico, e porque a sua obra recorrentemente faz contrapontos críticos às representações comuns dos juristas e, portanto, conquanto de uma maneira generalista, à teoria do direito.³

Em terceiro lugar, a própria circunstância de a obra de Clastres ter como horizonte mais imediato de considerações o campo político, e não propriamente o jurídico, é extremamente proveitoso para, mediante a alusão às afinidades com a discussão do pluralismo jurídico, desmitificar os etnocentrismos sobre a política que estão umbilicalmente associados aos etnocentrismos sobre o direito. Para dar conta deles, basta aludir ao senso comum do jurista, que

2 Cf. CARDOSO, S. Copérnico no orbe da antropologia política: o projeto crítico de Pierre Clastres. *Novos Estudos Cebrap*, São Paulo, n. 41, mar. 1995, p. 134.

3 A sua obra *Nos confins do direito* realiza uma difusão do tema do pluralismo jurídico a fim de problematizar o senso comum dos juristas, razão pela qual está pulverizada de reservas às representações deles sobre o fenômeno jurídico. A mais contundente e paradigmática de todas se concentra no capítulo conclusivo da obra, intitulado, de maneira claramente sugestiva, “A tumba de Kelsen”. Cf. ROULAND, N. *Nos Confins do Direito*. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 403 e ss.

recorrentemente considera o direito como redutível a normas jurídicas postas pela decisão estatal. Conforme veremos adiante, não só a regulação jurídica é comumente tida pelo senso comum ocidental como extensível à sua dimensão normativa e estatal, mas também a principal característica do etnocentrismo denunciado por Clastres no campo da antropologia política é a associação do poder político ao Estado.

Dessa maneira, o texto procurará desenvolver os aportes que as propostas metodológicas de Clastres, aqui balizadas pelas suas afinidades com a discussão do pluralismo jurídico, podem oferecer à discussão sobre o direito e, em particular, a teoria pura do direito de Hans Kelsen.

O etnocentrismo é bastante sensível nas descrições internas do direito, as quais tendem a universalizar a experiência particular e concreta da juridicidade ocidental.⁴ A teoria do direito, porque atravessada por uma série de etnocentrismos, tende à identificação do direito com apenas *uma* das suas formas sociais de expressão: como regulamentação estatal e normativa. Com efeito, ao descrever o fundamento de validade do direito em termos exclusivamente normativos, certas teorias tendem a negar validade à juridicidade de outros contextos sociais – no que consiste evidente expressão do monismo jurídico. Embora não seja razoável sustentar um engajamento dos teóricos em um projeto de Estado aculturador, essa atitude resulta em problemas epistemológicos que acusam um ponto cego da teoria.

No entanto, o objetivo deste texto não poderia consistir numa abordagem dos etnocentrismos da *teoria geral do direito*, nesses termos amplos. Como não há uma proposta de teoria do direito que tenha exclusividade na descrição do sistema jurídico ocidental, mas muitas delas que concorrem entre si e influenciam a prática dogmática de maneira tópica e heterogênea, ora prevalecendo uma ora prevalecendo outra dependendo do tema específico em questão, a alternativa aqui acolhida é a de eleger uma perspectiva teórica para ser abordada. O primeiro motivo para a escolha da teoria pura do direito de Hans Kelsen, embora seja o mais trivial, não é menos importante: trata-se do fato de esta não ser apenas uma obra sobre teoria do direito, mas o de conter a pretensão de fundar uma teoria *geral* do direito. Além disso, a teoria pura do direito provavelmente figura como a obra que melhor representa o etnocentrismo e a tendência à aculturação presentes na teoria do direito.

Desde o século XX, a obra de Hans Kelsen teve uma recepção muito significativa no contexto brasileiro.⁵ Embora sua teoria tenha sido alvo de uma série de críticas, nem sempre consequentes, a fundamentação normativa da validade do direito, núcleo da teoria pura do direito, sobretudo em sua perspectiva dinâmica, ainda figura no horizonte da teoria geral do direito, da dogmática jurídica e da prática cotidiana do direito. Uma crítica à teoria pura do direito implica, portanto, uma crítica ao modo preponderante pelo qual o direito é enfocado diariamente pelo jurista brasileiro em seu ofício. Para uma descrição externa do direito, como a antropológica, essa não é uma circunstância de somenos importância. Pelo contrário: na medida em que se considera a relação entre o plano das estruturas e o das semânticas sociais – entre estas o positivismo que inspira Kelsen –, é possível constatar que a preponderância de aspectos kelsenianos na descrição do direito tem um papel de certo modo constitutivo sobre a experiência jurídica brasileira e sobre a sua relação com outras formas de regulação social. Contudo, sem poder realizar uma abordagem ampla do contexto jurídico brasileiro, o presente texto permanecerá circunscrito ao objetivo mais preciso de analisar a teoria kelseniana à luz do enfoque antropológico. Dessa maneira, embora não reivindique essa pretensão, as considerações e conclusões aqui feitas podem contribuir de alguma forma para a compreensão do direito brasileiro.

O segundo motivo para a eleição de uma obra específica no campo da teoria do direito, como a de Kelsen, decorre da escassez de trabalhos que abordam teorias específicas a respeito do direito mediante aportes da antropologia jurídica. É comum encontrar na literatura antropológica estrangeira observações muito importantes sobre os limites epistemológicos do pensamento jurídico ocidental, as quais, contudo, no mais das vezes encontram-se em elevadíssimo grau de abstração. Assim, mediante a delimitação do objeto à obra de Kelsen, será possível avaliar como o enfoque antropológico se comporta quando confrontado de maneira mais pormenorizada com uma teoria jurídica em particular.

Ademais, é preciso salientar que, ao eleger a teoria pura do direito como objeto de análise, este texto focará o que Gabriel Nogueira Dias designa como

5 E pelo mundo todo, como lembra Gabriel Nogueira Dias: “considerando o fato de que suas obras principais, predominantemente escritas em alemão, restam atualmente traduzidas em mais de vinte idiomas e em países dos cinco continentes; de Kelsen ter sido considerado por outros teóricos do direito como ‘unquestionably the most stimulating writer on analytical jurisprudence of our day’, ‘o jurista do século XX’ por excelência e verdadeiro merecedor de um ‘Nobelpreis’ [...] não deveria haver no meio jurídico qualquer necessidade de maiores explicações ou justificativas sobre as razões de se escrever sobre algum aspecto da obra de Hans Kelsen”. DIAS, G. N. *Positivismo jurídico e a teoria geral do direito*: na obra de Hans Kelsen. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 13.

a fase clássica (1920-1961) da obra de Hans Kelsen.⁶ Por um lado, essa escolha será proveitosa, pois se trata da fase mais influente entre os juristas – observação especialmente interessante, porquanto a crítica conclusiva deste texto é endereçada, principalmente, ao modo pelo qual eles enfocam o direito mediante a teoria construída nessa fase. Por outro lado, a importância dessa fase também decorre de ser a mais criticada tanto pelos juristas quanto pelos antropólogos.⁷ Enfim, as considerações aqui feitas terão como fio condutor a segunda edição do livro *Teoria pura do direito*, provavelmente a obra sistemática mais completa de Kelsen, e a qual não foi substituída, mas apenas continuada e ajustada pelos trabalhos posteriores do autor.⁸

Dessa maneira, a principal pretensão será a de avaliar os limites da teoria pura do direito, com o propósito de explicitar como seus pressupostos de objetividade implicam a universalização do primado da norma como mecanismo de regulação social, e como isso consistiria em um obstáculo epistemológico para quem se vale dessa teoria. Nesse sentido, pode-se dizer que o objetivo da tese será o de mobilizar aportes antropológicos para sustentar o caráter situado dos pressupostos da teoria do direito de Kelsen, responsável por deficiências na realização de sua função de disciplina zetética analítica aplicada.⁹

A propósito, é importante ressaltar que a perspectiva antropológica, externa ao direito, possui um perfil de abordagem bastante diferente do que pertence à teoria do direito. Essa disciplina, ainda que com uma vertente zetética, procura conhecer o direito e atribuir instrumentalidade a seus pressupostos últimos e condicionantes, o que a torna mobilizável para os propósitos da decidibilidade de conflitos, dos quais, em última instância, ocupar-se-á diretamente a dogmática jurídica.¹⁰ Assim, o presente trabalho procurará mobilizar aportes da abordagem antropológica para explicitar as limitações que, sob essa pers-

6 De acordo com Gabriel Nogueira Dias, trata-se da fase compreendida entre 1920 e 1961, marcada, sobretudo, pela concepção quadripartida de validade jurídica. Cf. DIAS, G. N. *Positivismo jurídico e a teoria geral do direito*: na obra de Hans Kelsen, p. 234 e ss.

7 A crítica de Norbert Roulard a Hans Kelsen, que será retomada adiante, embora seja um tanto lacônica quanto a aspectos essenciais da Teoria Pura do Direito, parece levar em consideração apenas a concepção de validade de sua fase clássica. No mais, confirmando que esta é a fase diretamente visada pela sua crítica, Roulard menciona que a concepção de Kelsen, por ele criticada, inspirou a Constituição francesa de 1958, data que coincide, portanto, com o referido período de sua produção intelectual (1920-1961). Cf. ROULAND, N. *Nos confins do direito*, p. 403.

8 Cf. DIAS, G. N. *Positivismo jurídico e a teoria geral do direito*: na obra de Hans Kelsen, p. 278 e 292.

9 A respeito de conceito de investigação zetética analítica aplicada, ver: FERRAZ JUNIOR, Terceiro Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*: técnica, decisão, dominação. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 23.

10 Cf. FERRAZ JÚNIOR, T.S. *Introdução ao Estudo do Direito*. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 22-23 e 63-65.

pectiva, estão presentes na teoria pura do direito. Enfatizar isso é importante, pois, como sustenta Étienne Le Roy, a sua abordagem diatópica e interdisciplinar, no entanto, não deve incorrer nos “perigosos hibridismos metodológicos”, sobretudo entre os campos das ciências sociais e da dogmática jurídica.¹¹

O primeiro capítulo propõe-se a reconstruir a argumentação nuclear da teoria pura do direito, a fim de mapear em quais pontos da teoria e com qual relevância o conceito de norma jurídica se insere. A exposição do pensamento de Hans Kelsen também será aproveitada para desenvolver, de maneira sucinta, como a aplicação do programa metodológico positivista à sua teoria buscou lidar com a pressão por uma autonomização do direito que, pelo ângulo sociológico, é atribuída à modernização experimentada pela sociedade ocidental. Uma das principais consequências desse processo, na esfera do direito, consistiu na progressiva inadequação da semântica jusnaturalista para descrever o direito moderno. A pluralidade característica da modernidade tornaria impossível a descrição do direito em termos globais, a partir de uma perspectiva única que pudesse ter supremacia sobre as demais. Kelsen não passou ao largo dessas circunstâncias, as quais, à luz de sua tese acerca da relativização de valores, estão sempre no horizonte de suas preocupações.

No segundo capítulo, serão desenvolvidos os aportes da antropologia jurídica que serão empregados para a análise da teoria pura do direito. Será realizada uma incursão pelos principais aspectos do debate francófono sobre o tema do pluralismo jurídico, os quais serão selecionados tendo como fio condutor as afinidades deste com o pensamento de Pierre Clastres, tanto em sua proposta de uma revolução copernicana na antropologia política quanto em sua tese da sociedade contra o Estado. Assim, será enfatizado como a aceção do etnocentrismo como obstáculo epistemológico é desenvolvida, de maneira mais pormenorizada, em termos de rejeição a definições *a priori* do campo de análise; associação entre as visões monólatras de mundo e as representações tipicamente ocidentais dos fenômenos jurídico e político; procedimentos metodológicos tendentes a uma abordagem diatópica; e conceitos de poder político e juridicidade descentrados da experiência particular do Ocidente moderno. Por fim, será enfatizada a afinidade entre o pluralismo jurídico e a perspectiva da transmodernidade, como contraponto à afinidade da teoria pura do direito com o contexto moderno.

No terceiro capítulo, o enraizamento da teoria pura do direito às especificidades modernas do contexto Ocidental será o ponto de partida que con-

11 LE ROY, É. O lugar da juridicidade na mediação. *Meritum*, Belo Horizonte, v.7, n.2, jul.-dez. 2012, p. 292.

trastará com o argumento central deste texto. Trata-se das limitações da teoria para a descrição de formas de regulação social presentes em contextos sociais não modernos, e mesmo para descrever adequadamente os elementos não modernos ou “pré-modernos” dentro de uma sociedade qualificável como transmoderna. Se, por um lado, a centralidade da norma – subtraída de qualquer conteúdo apriorístico – será responsável pelo significativo sucesso da teoria ao lidar com os problemas característicos do Ocidente moderno, por outro lado, a pressuposição *a priori* desse conceito será um inevitável obstáculo epistemológico à abordagem de outros contextos sociais, nos quais as formas normativas de regulação social são menos expressivas. Será defendida a tese de que tal etnocentrismo, embora coerente com o programa metodológico que guia a teoria, tende a uma representação muito limitada do “fenômeno jurídico”, incapaz de dialogar com o pluralismo constitutivo da sociedade contemporânea.

1. DIREITO E MODERNIDADE NA TEORIA PURA DO DIREITO

1.1. O PROGRAMA METODOLÓGICO POSITIVISTA

Entre os diversos escritos produzidos por Hans Kelsen, a *Teoria pura do direito*, publicada em 1934 e reeditada em 1960, provavelmente constitui sua obra mais sistemática e influente no meio jurídico.¹² No entanto, construir uma teoria pura do direito é um projeto que animou grande parte de sua produção teórica, especialmente entre 1920 e 1961. Nesse período, baseando-se em um irrenunciável programa metodológico positivista, o autor edificou uma teoria geral do direito em que a dinâmica jurídica adquire importância central, bem como, em meio a ela, a de norma jurídica como esquema de interpretação de fatos e o que permite atribuir sentido objetivo de “dever-ser” a um ato de vontade.¹³

Seus pressupostos metodológicos, já consolidados em trabalhos anteriores, são apresentados de maneira paradigmática no prefácio à primeira edição da *Teoria pura do direito*. Nesse texto, Kelsen manifesta a pretensão de produzir uma teoria “purificada de toda a ideologia política e de todos os elemen-

12 Cf. DIAS, G. N. *Positivismo jurídico e a teoria geral do direito*: na obra de Hans Kelsen. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 278.

13 Nesse sentido, para Kelsen: “Law is – according to the Pure Theory of Law – by its very nature a definite type of *norm*”. KELSEN, H. On the pure theory of law. *Israel Law Review*, [Jerusalem], v. 1, n. 1, jan. 1966, p. 1.

tos de ciência natural”.¹⁴ Por um lado, isso significa um conhecimento que não confunde o direito com os fatos do plano do “ser”, nem, por outro, com o “dever-ser” moral. Com as duas ressalvas, Kelsen pretende se distanciar, respectivamente, do juspositivismo e do jusnaturalismo até então difundidos.¹⁵

Em linhas muito gerais, pode-se considerar que o jusnaturalismo consiste em uma perspectiva dualista, que sustenta a assimetria entre dois planos: de um lado, o direito positivo, e de outro, superior a este, o direito natural, consistente em valores conhecidos por meio da intuição, percepção ou razão.¹⁶ Por seu turno, o positivismo, como será explicitado adiante, é uma perspectiva essencialmente monista, pois compreende o direito como normas positivadas, isto é, estabelecidas por atos decisórios humanos, excluindo-se dele o plano da moralidade. Considerando-se um positivista, Kelsen rejeitará as teorias pretensamente positivistas que introduziam o método causal na ciência do direito. Desenvolver uma teoria do direito rigorosamente orientada pelo positivismo constituirá, então, o grande propósito que animará sua longa trajetória intelectual.¹⁷

A “pureza” teórica, esclarece ele posteriormente, consiste numa pretensão exclusivamente descritiva do seu objeto, o direito positivo, excluindo tudo o que não lhe pertença, e evitando, assim, “um sincretismo metodológico que obscurece a essência da ciência jurídica e dilui os limites que lhe são impostos pela natureza do seu objeto”.¹⁸ Dessa maneira, ele pretende responder à questão do que o direito é enquanto “dever-ser” positivado, e não do que ele em si deveria ser.

Para compreender por que Kelsen postula uma objetividade em termos de neutralidade axiológica, é preciso compreender o seu diagnóstico das teorias do direito natural.¹⁹ Para o autor, não há uma moral absoluta, como elas pressupõem, mas uma multiplicidade de sistemas morais antagônicos e con-

14 KELSEN, H. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 8ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. XI.

15 Cf. Idem, *ibidem*, p. XI-XVIII; DIAS, G. N. *Positivismo jurídico e a teoria geral do direito*: na obra de Hans Kelsen, p. 134.

16 Cf. DIAS, G. N. *Positivismo jurídico e a teoria geral do direito*: na obra de Hans Kelsen, p. 34-39.

17 Para uma análise do modo pelo qual a longa produção teórica de Hans Kelsen procura se ajustar ao seu programa metodológico positivista: Cf. DIAS, G. N. *Positivismo jurídico e a teoria geral do direito*: na obra de Hans Kelsen.

18 KELSEN, H. *Teoria pura do direito*, p. 1-2.

19 Por dois motivos, a exposição aqui será limitada às críticas embutidas na *Teoria pura do direito*. Em primeiro lugar, porque esta obra consiste no objeto deste trabalho. Mas há uma razão mais importante: segundo Gabriel Nogueira Dias, o fato de as críticas de Kelsen ao jusnaturalismo expressarem, por dedução *a contrario*, um projeto juspositivista que é constante em toda a sua vida teórica. DIAS, G. N. *Positivismo jurídico e a teoria geral do direito*: na obra de Hans Kelsen, p. 131-132.

correntes entre si.²⁰ Pressupor uma moral absoluta implicaria a adesão a um sistema moral em particular, escolha que seria arbitrária porque não há um critério objetivo que permita indicar um deles e ao mesmo tempo excluir todos os demais. A teoria pura do direito contém, assim, uma tese no sentido da relativização de valores. No entanto, para o autor, isso não impede que o direito seja moralmente avaliado como bom ou mau, ou como justo ou injusto – não significa, em outras palavras, que “o conceito de Direito não caiba no conceito de bom”.²¹ Apenas significa que esse tipo de avaliação é sempre relativo a *um* sistema moral em particular, porquanto há uma multiplicidade de sistemas morais concorrentes e antagônicos.²² O juízo de valor sobre o direito é sempre relativo, e não absoluto, porque o critério de avaliação em si é relativo.²³ Por essas razões, Kelsen considera que a ciência do direito, ao pretender descrever seu objeto de maneira objetiva, deve renunciar à pretensão de justificá-lo moralmente.²⁴

Nesse sentido, Gabriel Nogueira Dias sistematiza o programa metodológico positivista de Hans Kelsen, dividindo-o analiticamente em quatro teses, sem desconsiderar as sobreposições e conexões existentes entre elas:²⁵

- 1) Quanto ao objeto da ciência do direito, “*todo direito é positivo e exclusivamente positivo, secundum non datur*” (tese da positividade);
- 2) Quanto a seu enfoque, a relativização de valores²⁶ (tese da relativização de valores), bem como:

20 KELSEN, H. *Teoria pura do direito*, p. 72-74; _____. What is the pure theory of law? *Tulane Law Review*, New Orleans, v. 34, 1960, p. 273.

21 KELSEN, H. *Teoria pura do direito*, p. 75.

22 KELSEN, H. *Teoria pura do direito*, p. 75-77

23 KELSEN, H. *Teoria pura do direito*, p. 76.

24 KELSEN, H. *Teoria pura do direito*, p. 76-78.

25 DIAS, G. N. *Positivismo jurídico e a teoria geral do direito*: na obra de Hans Kelsen, p. 142.

26 Gabriel Nogueira Dias chama essa tese kelseniana de “primado do relativismo” e enfatiza que este apenas pode ser tomado como sinônimo de “ceticismo” se isto significar um “ceticismo epistemológico” e não um “ceticismo ontológico”. Enquanto este último designaria a negação da existência de valores absolutos, o primeiro se limitaria, de forma muito mais modesta, à negação da possibilidade de conhecê-los. Idem, *ibidem*, p. 145-147. Corroborando essa interpretação, Kelsen afirma: “[...] the Pure Theory of Law insists on a clear distinction between the concepts of law and justice. It does not deny – as it is sometimes misunderstood – the existence of justice; it only – as a science – refuses to recognize an *absolute* justice which is supposed to exist only according to a religious belief in the justice of God; the Pure Theory of Law considers justice as a *relative* value, different according to different value systems.” KELSEN, H. *On the pure theory of law*, p. 3-4. Talvez a confusão possa ser desfeita ao se entender Kelsen não como um “relativista” naquele primeiro sentido, mas – o que é diferente – como um relativizador da universalidade que comumente fora atribuída a certos valores. Quem não nega existência de valores absolutos pode, contudo, duvidar da possibilidade de conhecê-los e, neste caso, mantendo a coerência, duvidar de quem afirme tê-los efetivamente conhecido (e, dessa forma, empreender uma relativização desse tipo afirmação). Portanto, para evitar

- 3) “*A distinção entre ‘ser’ e ‘dever-ser’ como modos de conhecimento*” (tese da distinção entre fato e norma); e
- 4) “*A tese da pureza como garantia da objetividade de uma ciência do direito autônoma*” (tese da pureza).

A primeira tese conteria a afirmação da origem empírica do direito como “dever-ser” positivado, ou seja, como normas que pressupõem determinado fato do mundo empírico: decisão ou ato de vontade humano. O direito apresenta, assim, uma “origem empiricamente apreensível”, pois toda norma jurídica pressuporia um ato de vontade que a positiva.²⁷

De qualquer maneira, Kelsen assevera que a norma não é determinada causalmente pelo ato de vontade – tese que ele rejeita explicitamente nas concepções juspositivistas anteriores a sua obra.²⁸ Nesta, o ato de vontade figura não como causa, mas como condição necessária da norma jurídica.²⁹ Segundo Gabriel Nogueira Dias, Kelsen manifesta esse condicionamento com a seguinte expressão, que merece ser enfatizada aqui: “não há imperativo sem imperador”.³⁰ Ademais, essa tese fornece alternativa que evita uma fundamentação moral do direito, baseada na doutrina do direito natural.³¹

Adotando a segunda tese, Kelsen rejeita a possibilidade de conhecer cientificamente valores que sejam absolutos; o problema da moralidade de uma conduta coloca-se, portanto, como relativo à perspectiva assumida, que, em meio a tantas outras, é essencialmente subjetiva.³² Com isso, afirma-se a tese da separabilidade entre direito e moral, de modo que a validade do direito positivo independa de uma fundamentação moral.

A terceira tese consiste na clássica distinção entre fato e norma, da qual se desdobram a tese da distinção entre causalidade e imputação, a tese da distinção entre ciência causal e ciência normativa e a tese da ausência de implicação e bi-implicação entre proposições causais e proposições normativas.³³ É importante constatar a dificuldade de conciliar a terceira com a primeira tese,

confusões, este trabalho optou por descrever a posição de Kelsen acerca dos valores como “relativização” em lugar de qualificá-la como exemplo de “relativismo”.

27 DIAS, G. N. *Positivismo jurídico e a teoria geral do direito*: na obra de Hans Kelsen, p. 143.

28 DIAS, G. N. *Positivismo jurídico e a teoria geral do direito*: na obra de Hans Kelsen, p. 144.

29 DIAS, G. N. *Positivismo jurídico e a teoria geral do direito*: na obra de Hans Kelsen, p. 144.

30 “Kein Imperativ ohne Imperator”. KELSEN, H. *Allgemeine Theorie der Normen*, unver. Neud. Der Aufl. Von 1979, Wien, 1990, p. 3, 23, 187 apud DIAS, G. N. *Positivismo jurídico e a teoria geral do direito*: na obra de Hans Kelsen, p. 144.

31 DIAS, G. N. *Positivismo jurídico e a teoria geral do direito*: na obra de Hans Kelsen, p. 145.

32 Nesse sentido, ver: BOBBIO, N. *Teoria geral do direito*. Tradução de Denise Agnostinetti. 3ª ed. Martins Fontes: 2010, p. 51.

33 KELSEN, H. *Teoria pura do direito*, p. 6, 84-87 e 100-102.

isto é, compatibilizar a rígida separação entre “ser” e “dever-ser” com a tese de que não existiriam normas sem atos de vontade.³⁴ Ao formular a dinâmica jurídica, Kelsen procurará justamente lidar com a questão da relação entre facticidade e validade³⁵ sem escamotear a distinção entre ambas, o que se tornará um dos problemas nucleares enfrentados pela sua teoria.

Por fim, a quarta tese consiste em uma concepção de objetividade que requer tanto a neutralidade axiológica quanto a recusa ao sincretismo com a metodologia das ciências causais.³⁶ Como seu corolário imediato, surge a tese de que a teoria do direito requer uma pretensão exclusivamente descritiva de seu objeto.³⁷

1.2. A DINÂMICA JURÍDICA NA TEORIA PURA DO DIREITO

A partir desses pressupostos, cumpre realizar uma breve reconstrução do caminho teórico atravessado por Kelsen para construir uma teoria do direito rigorosamente compatível com seu programa metodológico. Trata-se de um percurso intrincado e espinhoso, como bem observou Dias,³⁸ pois a todo o momento Kelsen se vê confrontado com uma série de dilemas gerados pelas exigências de suas bases positivistas.

Em razão dessa concepção de objetividade teórica, que sustenta a tese da separabilidade entre direito e moral, Kelsen percebeu que o direito não poderia ter seu fundamento de validade obtido a partir de um princípio ou modelo estático,³⁹ segundo o qual a conduta determinada por uma norma é devida por força de seu conteúdo ser deduzido de uma norma mais geral.⁴⁰ O fundamento de validade de uma norma jurídica não pode, portanto, ser aferido pelo seu conteúdo, pois em última análise isso pressuporia uma norma superior imedia-

34 DIAS, G. N. *Positivismo jurídico e a teoria geral do direito*: na obra de Hans Kelsen, p. 151.

35 O termo “validade” apresenta diferentes significados durante a fase clássica do pensamento de Kelsen, todos eles desdobrados do caráter deontológico do direito em oposição aos fatos do mundo da natureza. Nesse sentido, Gabriel Nogueira Dias identifica quatro diferentes concepções concomitantes da validade de uma norma: a) validade como existência normativa; b) validade como norma jurídica não-contraditória, ou seja, dotada de sentido; c) validade como obrigatoriedade fundamentada (na norma fundamental); d) validade como pertinência híbrida (ao ordenamento, pela norma em questão ter sido produzida mediante ato de vontade conforme a norma positiva imediatamente superior e, em última análise, a norma fundamental pressuposta). DIAS, G. N. *Positivismo jurídico e a teoria geral do direito*: na obra de Hans Kelsen, p. 260 e ss.

36 DIAS, G. N. *Positivismo jurídico e a teoria geral do direito*: na obra de Hans Kelsen, p. 155-159. Cf. KELSEN, H. *What is the pure theory of law?*, p. 272.

37 “Only the legal authority can *prescribe*; legal science can only *describe* what the legal authority prescribes” – afirma Kelsen. KELSEN, H. *What is the pure theory of law?*, p. 271.

38 Cf. DIAS, G. N. *Positivismo jurídico e a teoria geral do direito*: na obra de Hans Kelsen, p. 215 e ss.

39 A tradução portuguesa da *Teoria pura do direito* menciona um “princípio estático”, enquanto Gabriel Nogueira Dias, aludindo ao mesmo, refere-se a um “modelo estático”. Portanto, as duas expressões serão tomadas aqui como sinônimas. Cf. DIAS, G. N. *Positivismo jurídico e a teoria geral do direito*: na obra de Hans Kelsen, p. 237; KELSEN, H. *Teoria pura do direito*, p. 217.

40 Sobre os conceitos de princípio dinâmico e princípio estático, ver: KELSEN, H. *Teoria pura do direito*, p. 217-221.

tamente evidente, de cujo conteúdo todas as normas jurídicas do ordenamento pudessem ser deduzidas – raciocínio que só seria possível se uma perspectiva moral em particular fosse assumida em primeiro lugar.⁴¹ Não por acaso, esse modelo ou princípio estático foi perfilhado justamente pelos defensores da teoria do direito natural.⁴²

No entanto, se a objetividade não pode ser comprometida pela fundamentação do direito em uma perspectiva moral controversa, esses pressupostos criam a necessidade de uma ancoragem firme para o direito, de modo que não seja ele um objeto delimitado arbitrariamente. Por outro lado, se essa ancoragem deve considerar em alguma medida a realidade fática (isto é, o direito que é observado e aplicado de fato) para evitar que a escolha seja totalmente arbitrária, ela não pode resultar em um sincretismo com o método causal das ciências naturais.⁴³

O problema é ainda mais urgente no contexto histórico da monarquia austro-húngara, vivido por Kelsen e descrito por Dias, em que, em um curto período de tempo – de 1860 a 1867 –, foram criados quatro textos constitucionais consecutivos, todos invocando para si a irrevogabilidade e a inviolabilidade, enquanto apenas o último deles seria o efetivamente obedecido e aplicado na sociedade austríaca no começo do século XX.⁴⁴ Qual deles, afinal, poderia ser tomado pelo cientista do direito como o ponto de partida do sistema jurídico? Qual deles constituiria o fundamento de validade das normas infraconstitucionais? Para responder a essas perguntas, teria alguma relevância o fato de o texto constitucional de 1867 ser o que se mantinha eficaz?

Certamente esses problemas não foram superados no século XX, período no qual, pelo contrário, o surgimento e a desintegração de Estados soberanos foram fenômenos bastante recorrentes. John Kelly salienta como essa crise de certeza relativa aos limites dos territórios estatais e ao âmbito de validade das “fontes do direito” exerceu influência significativa sobre o pensamento de

41 Nesse sentido, afirma Gabriel Nogueira Dias: “O ponto fundamental dessa concepção [estática] de validade, a saber, a existência de uma ‘norma imediatamente evidente’, ou seja, uma norma fundamental ‘que esgota todo o seu conteúdo’, i.e. da qual todas as outras normas do ordenamento jurídico devem derivar dedutivamente seu conteúdo, estaria em desacordo com o relativismo assumido e inseparável do projeto juspositivista kelseniano”. DIAS, G. N. *Positivismo jurídico e a teoria geral do direito*: na obra de Hans Kelsen, p. 241.

42 DIAS, G. N. *Positivismo jurídico e a teoria geral do direito*: na obra de Hans Kelsen, p. 237.

43 A respeito de como essa problemática se dá nas obras de Alfred Verdross e Leonidas Pitamic, influenciando o modo pelo qual Kelsen a resolverá posteriormente por meio de sua dinâmica jurídica: Cf. DIAS, G. N. *Positivismo jurídico e a teoria geral do direito*: na obra de Hans Kelsen, p. 220-233. Ademais, como observou Dias, o modelo estático de validade, rejeitado por Kelsen pela sua incompatibilidade com a tese do relativismo, tinha justamente a vantagem de evitar a mobilização do método causal para a fundamentação da validade do direito. Cf. *idem*, *ibidem* p. 241.

44 DIAS, G. N. *Positivismo jurídico e a teoria geral do direito*: na obra de Hans Kelsen, p. 204-205 e 217.

Kelsen, especialmente em meio à desintegração do Império Austro-Húngaro em 1918.⁴⁵ Pode-se observar, inclusive, que esse período histórico praticamente coincide com a época em que Kelsen começa a desenvolver uma visão dinâmica do direito, abandonando a perspectiva exclusivamente estática assumida por ele no período entre 1911 e 1913.⁴⁶

Esses problemas evidentemente não poderiam ser resolvidos sob uma visão estritamente estática, que apreende as normas jurídicas como um dado acabado e renuncia a qualquer consideração acerca da criação e da validade delas. Por essa razão, Kelsen esteve consciente de que precisaria construir uma teoria dinâmica e, por meio dela, explicar o modo pelo qual as normas jurídicas surgem. Porém, como já enfatizado, essa consideração enfrenta uma série de dificuldades criadas pelo programa metodológico kelseniano, tendo em vista que (a) a origem e a validade do direito não poderiam ter uma explicação moral; (b) ambas devem levar em consideração a realidade dos fatos sem incluir o método causal na ciência do direito. O desafio de Kelsen em sua teoria pura do direito consiste, portanto, em desenvolver uma alternativa à abordagem estática, sem comprometer o seu programa metodológico positivista.

Dessa forma, esse breve esforço de contextualização permite compreender por que Kelsen, preocupado com a objetividade do direito, esforçou-se durante décadas para a construção de uma teoria da dinâmica jurídica que fosse coerente com suas bases positivistas.

A questão aventada por Kelsen na *Teoria pura do direito*, que expressa os referidos problemas de forma paradigmática e – do ponto de vista lógico – inaugura a construção de sua teoria da dinâmica jurídica, pode ser formulada por meio das seguintes perguntas. Por que interpretamos certos atos de vontade, e não outros, como normas jurídicas? Por que, por exemplo, a ordem de um juiz é qualificada como um mandamento jurídico, enquanto a ordem de um bando de salteadores é tida como crime?⁴⁷ Uma vez que a origem do direito é colocada em questão, a apreensão estática do direito como conjunto de normas de conduta prontas, dadas e acabadas mostra-se insuficiente. Ademais, pelas razões acima expostas, a questão da validade dessas normas não poderia

45 “Provavelmente, porém, a situação que se desenvolveu com a desintegração do Império em 1918 teve relação mais direta com a evolução de seu pensamento: a revolução, o surgimento de novos Estados nos antigos territórios imperiais, a criação de novas Constituições – de modo geral, portanto, o problema da autoridade legítima e seu exercício”. KELLY, J. M. *Uma breve história da teoria do direito ocidental*. Tradução de Marylene Pinto Michael. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 508.

46 Segundo Gabriel Nogueira Dias, essa fase de “rearmamento” teórico teria durado de 1913 a 1920. DIAS, G. N. *Positivismo jurídico e a teoria geral do direito*: na obra de Hans Kelsen, p. 193-196.

47 Cf. KELSEN, H. *Teoria pura do direito*, p. 49-50.

ser respondida com base no princípio estático, ou seja, na derivação de seu conteúdo, por operação lógica, de uma norma de conteúdo autoevidente. Assim, torna-se necessária a elaboração de uma teoria da dinâmica jurídica baseada em um princípio dinâmico de validade, segundo o qual uma norma retira seu fundamento de validade não do fato de observar o conteúdo prescrito por outra norma, de modo que seu conteúdo seja dela deduzido, mas pelo seu processo de produção ter observado as condições determinadas por outra norma.

Nesse ponto, é necessário um parêntese para esclarecer o que Kelsen efetivamente entende como “norma”. Sem dúvida, trata-se de um conceito que expressa o sentido deontológico, ou seja, de “dever-ser”. Mais especificamente, a norma é o sentido de um ato de vontade dirigido à conduta de outrem,⁴⁸ mas ela própria não se confunde com a facticidade desse ato.⁴⁹ Assim, ela tem o caráter de comando ou prescrição e geralmente encontra expressão linguística na forma de imperativo,⁵⁰ mas também pode ter o caráter de uma autorização, na medida em que conferir a outrem o poder de emitir comandos, ou de uma permissão.⁵¹

No exemplo acima, entende Kelsen, trata-se ambos de atos de vontade dirigidos à conduta de terceiros, os quais têm, igualmente, um sentido subjetivo de “dever-ser” sobre o comportamento alheio, na medida em que, do ponto de vista do indivíduo que comanda, contêm a pretensão de regulá-lo.⁵² A diferença, contudo, é que a ordem do juiz tem tanto o sentido subjetivo quanto, do ponto de vista de um terceiro desinteressado, o sentido objetivo de um “dever-ser”, enquanto a ordem de salteadores apenas contém o primeiro.⁵³ O que pode atribuir objetivamente o sentido a um ato de vontade, fundamentando a norma que lhe é correlata sem contrariar as teses de seu programa juspositivista, apenas pode ser uma (outra) norma jurídica que lhe regule o processo de criação. Na maior parte dos ordenamentos jurídicos ocidentais, o que atribui esse sentido objetivo a uma sentença é uma norma legal. Por sua vez, a norma legal também depende de um processo de criação que culminou com um ato de vontade (no caso, do Poder Legislativo), o que significa que também

48 Daí a afirmação de Kelsen, citada anteriormente, de que “não existe imperativo sem imperador”.

49 Cf. KELSEN, H. *What is the pure theory of law?*, p. 270.

50 Cf. KELSEN, H. *What is the pure theory of law?*, p. 269-270

51 Cf. KELSEN, H. *What is the pure theory of law?*, p. 269-270.

52 KELSEN, H. *What is the pure theory of law?*, p. 269-270; _____. *Teoria pura do direito*, p. 3 e 48-49. A propósito, Kelsen afirma que o material com o qual a ciência do direito tem de lidar apresenta, diferentemente do objeto das ciências naturais, a peculiaridade de conter uma autoexplicação do seu sentido jurídico, razão pela qual ela tem de distinguir entre o sentido subjetivo e o sentido objetivo do ato. Cf. _____. *The pure theory of law: its methods and fundamental concepts. The Law Quarterly Review*, London, v. 50, oct. 1934, p. 478.

53 KELSEN, H. *Teoria pura do direito*, p. 48-49.

ela consiste no sentido objetivo atribuído a este por mais outra norma: a norma constitucional.⁵⁴

Como visto, Kelsen entende que o fundamento de validade de uma norma apenas pode residir em outra norma. Contudo, os atos que produzem uma constituição não são disciplinados ou condicionados por nenhuma outra norma jurídica positiva. Com isso surge uma questão decisiva: “como é possível uma interpretação, não reconduzível a autoridades metajurídicas, como Deus ou a natureza, do sentido subjetivo de certos fatos [os atos constituintes] como um sistema de normas jurídicas objetivamente válidas descritíveis em proposições jurídicas?”⁵⁵

Kelsen responde que só se pode atribuir sentido objetivo aos atos constituintes mediante a pressuposição de uma norma fundamental, segundo a qual “devemos conduzir-nos como a Constituição prescreve, quer dizer, de harmonia com o sentido subjetivo do ato de vontade constituinte [...]”.⁵⁶ Assim, a norma fundamental angaria o status de fundamento de validade imediato dos atos constituintes, bem como o fundamento mediato, em última análise, de toda a ordem jurídica. Em outras palavras, uma ordem jurídica apenas pode ser interpretada como válida sob o pressuposto da norma fundamental.

Entretanto, a norma fundamental kelseniana não constitui um fundamento contedista de validade. Ao invés disso, é absolutamente vazia de conteúdo. Ela não prescreve *o que* as normas constitucionais e mesmo infraconstitucionais devem conter, mas apenas que se deve obediência ao sentido dos atos produtores da primeira constituição histórica. Vale dizer que ela estabelece *como* as demais normas do sistema devem ser produzidas: necessariamente em conformidade com a primeira constituição histórica.⁵⁷ Assim, trata-se de uma “condição lógico-transcendental”,⁵⁸ cumprindo apenas uma função epistemológica

54 Cf. KELSEN, H. *Teoria pura do direito*, p. 50.

55 KELSEN, H. *Teoria pura do direito*, p. 225.

56 KELSEN, H. *Teoria pura do direito*, p. 225.

57 Cf. DIAS, G. N. *Positivismo jurídico e a teoria geral do direito*: na obra de Hans Kelsen, p. 255-260.

58 Segundo Gabriel Nogueira Dias, na fase posterior de sua obra (1962-1973), Kelsen mantém a pressuposição da norma fundamental como condição epistemológica do conhecimento do ordenamento jurídico, porém lhe dá nova fundamentação filosófica que é incompatível com a filosofia transcendental kantiana. Trata-se, com base na filosofia da ficção jurídica de Hans Vaihinger, da ideia de que a norma fundamental seria uma ficção do pensamento. DIAS, G. N. *Positivismo jurídico e a teoria geral do direito*: na obra de Hans Kelsen, p. 295-307. Embora esse deslocamento teórico implique significativas mudanças na sua teoria do direito, como a admissão de normas concomitantemente contraditórias pelo cientista do direito (em decorrência da renúncia ao papel constitutivo da ciência sobre o objeto como sendo necessariamente dotado de sentido), Dias considera que elas não desvirtuam o projeto juspositivista de Kelsen, aliás, pelo contrário, são adotadas pelo autor justamente para melhor compatibilizar sua teoria com esse mesmo projeto, sobretudo com relação à tese de que “todo direito é positivo e exclusivamente positivo, *secundum non datur*”. Idem, *ibidem* p. 343-344.

análoga à de uma categoria do pensamento, no sentido de permitir o conhecimento do direito como objeto; sem ostentar, portanto, qualquer função ética ou política.⁵⁹ A esse respeito, Norberto Bobbio esclarece que “ela cumpre, num sistema normativo, a mesma função a que estão destinados os postulados num sistema científico”.⁶⁰

Evidentemente, o recurso a essa inspiração kantiana também implica considerar o papel constitutivo que a ciência do direito exerce sobre seu objeto, o que, aliás, o próprio Kelsen fez questão de constatar.⁶¹ A propósito, Gabriel Nogueira Dias enfatiza que a norma fundamental fornece um fundamento relativo à ordem jurídica, condicionado pelo enfoque juspositivista assumido:

Com sua norma fundamental Kelsen certamente não tenta fornecer o fundamento último e *absoluto* da obrigatoriedade das normas do ordenamento jurídico. Com sua norma fundamental no sentido de fundamento da obrigatoriedade das normas do ordenamento jurídico Kelsen quer no máximo dizer o seguinte: caso se aceite que as normas de um ordenamento jurídico têm a característica de serem obrigatórias; que essa obrigatoriedade não pode ser esclarecida recorrendo-se à moral (primado do relativismo); e que a ciência do direito não pode relacionar a obrigatoriedade das normas jurídicas a uma base empírica (problema da aplicação do método causal para a determinação da validade das normas jurídicas), então é necessário um elemento que fundamente essa obrigatoriedade (não que a esclareça!) sem recorrer ao método causal ou metafísico. E esse elemento é a norma fundamental.⁶²

Por essa razão, Kelsen entende que a pressuposição da norma fundamental é possível, mas não necessária, pois é um fundamento condicional, e não categórico, da validade do direito positivo.⁶³

A respeito dos novos contornos atribuídos por Kelsen à teoria da norma fundamental, ver: KELSEN, H. *On the pure theory of law*, p. 6-7.

59 KELSEN, H. *Teoria pura do direito*, p. 243; DIAS, G. N. *Positivismo jurídico e a teoria geral do direito*: na obra de Hans Kelsen, p. 246-248.

60 BOBBIO, N. *Teoria geral do direito*, p. 223.

61 Dessa maneira, diz Kelsen: “Também é verdade que, no sentido da teoria do conhecimento de Kant, a ciência jurídica como conhecimento do Direito, assim como todo o conhecimento, tem caráter constitutivo e, por conseguinte, ‘produz’ o seu objeto na medida em que o apreende como um todo com sentido. Assim como o caos das sensações só através do conhecimento ordenador da ciência se transforma em cosmos, isto é, em natureza como um sistema unitário, assim também a pluralidade das normas jurídicas gerais e individuais postas pelos órgãos jurídicos, isto é, o material dado à ciência do Direito, só através do conhecimento da ciência jurídica se transforma num sistema unitário isento de contradições, ou seja, numa ordem jurídica”. KELSEN, H. *Teoria pura do direito*, p. 81-82. Cf. DIAS, G. N. *Positivismo jurídico e a teoria geral do direito*: na obra de Hans Kelsen, p. 249-251.

62 DIAS, G. N. *Positivismo jurídico e a teoria geral do direito*: na obra de Hans Kelsen, p. 276.

63 KELSEN, H. *What is the pure theory of law?*, p. 276.

De toda forma, segundo Gabriel Nogueira Dias, mediante esses contornos filosóficos Kelsen realizou uma “des-jusnaturalização” da norma fundamental que, além de despojá-la de conteúdo, evitou o recurso à causalidade dos fatos empíricos para explicar a validade jurídica.⁶⁴

No entanto, a questão da objetividade de uma ordem jurídica e da relação entre facticidade e validade não é resolvida apenas com a pressuposição da norma fundamental. Afinal, mediante esse recurso, a questão acerca do porquê de se atribuir sentido objetivo a certos atos de vontade dirigidos à conduta alheia, e não a outros, apenas é provisoriamente adiada. Embora a norma fundamental seja a condição teórico-gnoseológica que permite interpretar determinados atos de vontade como normas objetivamente válidas, resta responder – e aqui ressurgem a mesma questão – por que essa norma fundamental é pressuposta para atribuir esse sentido a certos atos de vontade em vez de outros.⁶⁵ Por que não se pressupõe, no exemplo anterior, uma norma fundamental mediante a qual se atribua sentido objetivo ao comando do grupo de salteadores? Nas palavras de Norberto Bobbio: “E a norma fundamental, em que se funda?”⁶⁶

Evidentemente, se a norma fundamental constitui o fundamento último da validade de todo o ordenamento jurídico, questioná-la implica considerações que apenas podem ser metajurídicas.⁶⁷ Ainda assim, provavelmente Kelsen não se satisfaria com deixar essa questão totalmente de lado. Seria ao menos necessário apresentar uma resposta possível, ainda que não definitiva, para que a pressuposição da norma fundamental não consistisse em uma escolha completamente arbitrária. Caso contrário, ficaria por demonstrar a utilidade da teoria para identificar objetivamente o direito e, assim, enfrentar o problema engendrado pelas instabilidades políticas dos séculos XIX e XX.

Para que a pressuposição da norma fundamental não seja um produto do acaso, Kelsen compreende que ela deve estar ligada a algum tipo de consideração da facticidade dos atos de vontade. Por outro lado, ele está consciente de que precisa evitar duas posições extremadas a respeito da relação entre facticidade e validade, ambas incompatíveis com seu programa metodológico. Em

64 DIAS, G. N. *Positivismo jurídico e a teoria geral do direito*: na obra de Hans Kelsen, p. 252 e 283.

65 KELSEN, H. *Teoria pura do direito*, p. 53.

66 BOBBIO, N. *Teoria geral do direito*, p. 223. A propósito, segundo Bobbio, “Grande parte da hostilidade em se admitir a norma fundamental deriva da objeção que é formulada com essa pergunta”. *Idem*, *ibidem*, p. 223.

67 Nesse sentido afirma Bobbio: “Todo sistema tem um início. Questionar-se sobre o que existia antes desse início é um problema mal colocado. A única resposta que se pode dar aos que queiram saber qual é o fundamento do fundamento é que, para sabê-lo, é preciso sair do sistema”. BOBBIO, N. *Teoria geral do direito*, p. 223.

primeiro lugar, a tese idealista de que a validade do direito seria completamente independente de sua eficácia (concepção incompatível com seu pressuposto positivista); em segundo lugar, a tese realista de que a validade do direito se identificaria totalmente com a sua eficácia (concepção incompatível com a separação entre “ser” e “dever-ser”).⁶⁸

Kelsen procurará resolver definitivamente a relação entre facticidade e validade buscando um meio-termo entre ambas, a partir da analogia com o modo pelo qual essa relação se dá, em nível mais concreto, entre uma norma jurídica e o seu ato empírico de positividade.⁶⁹ Da mesma forma que uma norma jurídica positiva sempre pressupõe, como condição *sine qua non*, determinado ato de vontade, a norma fundamental, por sua vez, também pressuporia, como condição *sine qua non*, determinado fato do mundo empírico. Trata-se da eficácia global da ordem jurídica inaugurada – apenas do ponto de vista epistemológico – pela norma fundamental.⁷⁰ Com uma “eficácia global”, Kelsen refere-se essencialmente ao fato de tais atos de vontade serem em geral obedecidos e aplicados,⁷¹ ou então ao fato de a conduta real das pessoas corresponder globalmente ao sentido subjetivo dos atos de vontade.⁷²

Segundo Kelsen, a eficácia consistiria em uma condição necessária, mas não suficiente, da validade da ordem jurídica como um todo; trata-se, portanto, de um postulado do positivismo jurídico, e não de um elemento constitutivo do conceito de direito.⁷³ Por essa razão, entre outras, Ronaldo Porto Macedo Jr. entende, com razão, que Kelsen adota um critério fiscalista de objetividade, o qual repousa, em última instância, na referência a fatos brutos do mundo empírico.⁷⁴

Gabriel Nogueira Dias, procurando delinear os limites da solução adotada por Kelsen, menciona quatro “constelações factuais”, em meio às quais em

68 KELSEN, H. *Teoria pura do direito*, p. 235-236.

69 Cf. DIAS, G. N. *Positivismo jurídico e a teoria geral do direito*: na obra de Hans Kelsen, p. 284-285.

70 Cf. KELSEN, H. *Teoria pura do direito*, p. 51-53 e 236-238; _____. *Teoria geral do direito e do Estado*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 58 e 178.

71 Cf. KELSEN, H. *What is the pure theory of law?*, p. 272; _____. *On the pure theory of law*. p. 2; _____. *Teoria pura do direito*, p. 237.

72 Cf. KELSEN, H. *Teoria pura do direito*, p. 52.

73 Cf. KELSEN, H. *What is the pure theory of law?*, p. 272; _____. *On the pure theory of law*. p. 2.

74 MACEDO JUNIOR, R. P. *Do xadrez à cortesia*: Dworkin e a teoria do direito contemporânea. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 77 e 83-84. A respeito disso, afirma o autor: “A controvertida saída kelseniana [...] será a afirmação de que somente faz sentido pressupor uma norma fundamental quando podemos com ela explicar um conjunto de atos de coação globalmente eficazes. Nesse sentido, a existência de um mínimo de eficácia do sistema normativo (um fato bruto) é condição para sua validade (objetividade jurídica). Nessa medida, o direito ainda é exclusivamente determinado também por fatos brutos”. *Idem*, *ibidem*, p. 83-84. A respeito do conceito de fiscalismo jurídico mobilizado pelo autor, ver: *Cf. idem, ibidem*, p. 66-70.

apenas uma (diríamos duas) a ordem jurídica seria suficientemente explicada pelo recurso à eficácia generalizada dos atos de vontade. Nas demais, argumenta o autor, a eficácia teria apenas uma função “decorativa”.⁷⁵

A primeira seria a do ordenamento jurídico *in statu nascendi*, na qual evidentemente nem sequer há base empírica para afirmar se ele é efetivamente obedecido e aplicado, cabendo no máximo especular sobre a probabilidade de que ele eventualmente o seja. Para conhecer esse ordenamento jurídico como objetivamente válido, diz Dias, a norma fundamental teria de ser pressuposta independentemente da verificação de sua eficácia.⁷⁶

A segunda situação é a de um ordenamento jurídico em desagregação, isto é, a de um Estado confrontado com um movimento revolucionário que dá ensejo a diversos atos de vontade concomitantemente postulantes, com a mesma imponência, ao *status* de ordenamento jurídico.⁷⁷ Da mesma forma que na situação anterior, o recurso à eficácia seria inútil; não por que não exista material empírico, mas porque “ele não pode oferecer à ciência do direito *um resultado útil, claro e monolítico*” (grifamos).⁷⁸ Como consequência, também nesse caso o conhecimento de uma ou outra ordem jurídica requererá a pressuposição da norma fundamental independentemente da eficácia.⁷⁹

A terceira constelação factual é a do ordenamento jurídico de países em tempos de paz, na qual a eficácia generalizada apresenta papel significativo no condicionamento da validade das normas jurídicas. De qualquer forma, Dias também atribui uma função “decorativa” à eficácia nessa terceira situação, visto que ela é sumariamente ignorada pelos juristas e tida como uma obviedade caso o ordenamento jurídico esteja há muito tempo estabelecido e consolidado.⁸⁰ No entanto, independentemente de como se comportam os juristas, esse caso sem dúvida é compatível com a tese do condicionamento da validade pela eficácia. A esse respeito, também é digno de nota que, caso haja uma ruptura constitucional, isto é, caso uma constituição seja sistematicamente inaplicada e substituída por outra, Kelsen considera que haverá uma mudança na norma fundamental pressuposta, no sentido de pressupor agora a obediência aos atos constituintes em voga, e não mais aos que deram ensejo à constituição anterior.⁸¹

75 DIAS, G. N. *Positivismo jurídico e a teoria geral do direito*: na obra de Hans Kelsen, p. 286.

76 DIAS, G. N. *Positivismo jurídico e a teoria geral do direito*: na obra de Hans Kelsen, p. 286.

77 DIAS, G. N. *Positivismo jurídico e a teoria geral do direito*: na obra de Hans Kelsen, p. 286-287.

78 DIAS, G. N. *Positivismo jurídico e a teoria geral do direito*: na obra de Hans Kelsen, p. 286-287.

79 DIAS, G. N. *Positivismo jurídico e a teoria geral do direito*: na obra de Hans Kelsen, p. 286-287.

80 DIAS, G. N. *Positivismo jurídico e a teoria geral do direito*: na obra de Hans Kelsen, p. 288.

81 KELSEN, H. *Teoria pura do direito*, p. 234-235.

Se os juristas não investigam a eficácia do ordenamento jurídico como um todo, é mais frequente entre eles analisar a eficácia de normas jurídicas singulares.⁸² Nesse sentido, Kelsen reconhece que uma norma jurídica em particular pode perder validade em razão de sua completa ineficácia. Trata-se do fenômeno da *desuetudo*, um costume negativo, por assim dizer, pois é uma prática reiterada que resulta na inobservância e inaplicação de uma norma outrora válida.⁸³ Contudo, embora possa ser entendida como indício de que a validade da ordem jurídica talvez pressuponha a sua eficácia, a *desuetudo* não comprova essa tese, pois, como enfatizou Nogueira Dias, ela própria pressupõe a validade da norma jurídica cuja eficácia é perdida.⁸⁴

A quarta constelação é a única na qual Nogueira Dias considera que poderia ser verificada a tese do condicionamento *sine qua non* da validade pela eficácia, apesar de, em sua opinião, ela se limitar a casos escassos e de nenhuma importância.⁸⁵ É o caso – também previsto por Kelsen – dos atos de vontade desprovidos de sentido, como os que, por prescreverem comportamentos impossíveis, não podem nem mesmo ser obedecidos.⁸⁶

Do que foi dito até aqui, aproveitará, para as considerações seguintes, levar em conta que o desenvolvimento da dinâmica jurídica serviu a Kelsen, sobretudo, como estratégia para evitar a problemática fundamentação moral do direito. Assim, ao mesmo tempo em que a objetividade do direito consiste em uma neutralidade axiológica, ela pressupõe, em vez da referência a valores, a referência imediata e mediata a determinado fato do mundo empírico: respectivamente, aos atos de posituação e à eficácia generalizada. Além disso, parece estar suficientemente clara a centralidade que a teoria de Kelsen atribui ao fenômeno normativo.⁸⁷

Por essa razão, adiante será realizado um breve esforço de contextualização sociológica da teoria kelseniana, procurando identificar como, ao assumir esses contornos, ela responde a certas dificuldades impostas pelo fenômeno que se convencionou chamar no Ocidente de “modernidade”. Apesar de bre-

82 Cf. DIAS, G. N. *Positivismo jurídico e a teoria geral do direito*: na obra de Hans Kelsen, p. 289.

83 Cf. KELSEN, H. *Teoria pura do direito*, p. 237-238.

84 DIAS, G. N. *Positivismo jurídico e a teoria geral do direito*: na obra de Hans Kelsen, p. 290. O próprio Kelsen parece estar ciente dessa limitação em seu argumento: Cf. KELSEN, H. *What is the pure theory of law?*, p. 272; _____. *On the pure theory of law*, p. 2.

85 DIAS, G. N. *Positivismo jurídico e a teoria geral do direito*: na obra de Hans Kelsen, p. 290-291.

86 Cf. KELSEN, H. *Teoria pura do direito*, p. 231.

87 Corroborando essa afirmação, Tercio Sampaio Ferraz Jr. observa que a posição de Kelsen “põe em relevo a importância da norma como um conceito central para a identificação do direito”. FERRAZ JUNIOR, T. S. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 73-74.

ve, esse esforço servirá para aferir a adequação ou a inadequação dessa mesma teoria a contextos sociais destoantes tanto da “ocidentalidade” quanto da “modernidade”. Nesse sentido, será constatado que tanto a referência imediata aos atos de vontade positivadores quanto a referência mediata à eficácia generalizada constituirão um obstáculo ao alargamento dessa teoria geral do direito a outros contextos sociais.

1.3. AFINIDADE COM OS DESAFIOS DA MODERNIDADE

O programa metodológico positivista, bem como a construção de uma teoria do direito rigorosamente comprometida com ele, mantêm certa afinidade com o fenômeno experimentado pela sociedade ocidental que, do ponto de vista sociológico, tem sido descrito como o da modernidade. Na descrição que aqui será mobilizada, haverá certa ênfase na concepção weberiana de modernidade, não só em razão de sua influência, mas também pelas convergências que mantêm Hans Kelsen e Max Weber.⁸⁸ Assim, verifica-se que os esforços de Kelsen para permanecer fiel ao seu programa positivista apresentam elevada compatibilidade com certos efeitos que o processo de racionalização social, característico da modernidade ocidental, apresentaria segundo a descrição de Weber.

Em linhas muito gerais, pode-se dizer que Weber entende a sociedade ocidental moderna como caracterizada por um processo de racionalização social, que teria engendrado a dissolução da cosmovisão de base metafísico-religiosa, até então responsável pela unificação geral das visões de mundo.⁸⁹ Como resultado desse processo, teria emergido uma sociedade profana e desencanta-

88 Norberto Bobbio ressalta que ambos compartilham de uma distinção importante: a que separa a sociologia jurídica e a teoria do direito enquanto disciplinas dedicadas, respectivamente, às esferas do “ser” e do “dever-ser”. Apesar das diferenças terminológicas, haveria, inclusive, grande semelhança entre, de um lado, as concepções de validade ideal e validade empírica de Max Weber, e, de outro, as concepções de validade e eficácia de Hans Kelsen. Contudo, Kelsen se distanciaria de Weber na medida em que reclamaria prioridade ao conceito de direito desenvolvido pela ciência do direito, além de criticar o conceito weberiano do objeto da sociologia do direito como sendo a conduta humana orientada à ordem jurídica. O argumento de Kelsen, exposto na *Teoria geral do direito e do Estado*, é o de que a sociologia do direito só pode descrever a conduta humana relacionada ao direito se estiver munida do critério, fornecido pela jurisprudência normativa, que permita identificar o direito em primeiro lugar. Assim, aquela definição do objeto seria demasiadamente restritiva, devendo ser substituída pela de conduta humana determinada por uma norma jurídica válida como condição ou consequência, o que pressupõe, portanto, o conceito de direito formulado pela jurisprudência normativa. Cf. BOBBIO, N. *Direito e poder*. Tradução de Nilson Moulin. São Paulo: Editora UNESP, 2008, p. 229-230; KELSEN, H. *Teoria geral do direito e do Estado*, p. 253-258.

89 Cf. VILLAS BÓAS FILHO, O. *O direito na teoria dos sistemas de Niklas Luhmann*. São Paulo: Max Limonad, 2006, p. 35-36; HABERMAS, J. *O discurso filosófico da modernidade: doze lições*. Tradução de Luiz Sérgio Repa e Rodnei Nascimento. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 3-4.

da,⁹⁰ em meio à qual haveria a separação das esferas culturais de valor, agora autorreguladas pelas suas leis internas.⁹¹

A respeito dessa cosmovisão, Habermas menciona, como aspecto distintivo das sociedades que ele qualifica como tradicionais, além da existência de um poder central e da divisão da sociedade em classes socioeconômicas, o fato de nelas “estar em vigor algum tipo de mundividência central (mito, religião superior), que tem como fim uma legitimação eficaz da dominação”.⁹² Em sua interpretação desse processo, tal visão de mundo constituiria precisamente o marco institucional que, além de fornecer o fundamento inquestionado da legitimação, constrangeria a evolução dos subsistemas de ação racional dirigida a fins.⁹³

Em vez de interpretações globais de mundo, como as que Habermas identifica nas sociedades tidas por ele como tradicionais, o traço distintivo dessa nova configuração social seria, portanto, a pluralidade de visões de mundo, o politeísmo de valores.⁹⁴ No mesmo sentido, baseando-se em Wolfgang Schluchter, Villas Bôas Filho explica que o desencantamento na concepção weberiana leva a uma sobrecarga moral do indivíduo moderno, que deve escolher entre valores conflitantes e irreconciliáveis, de modo que a preferência de um valor exigiria ao mesmo tempo a exclusão dos demais.⁹⁵

Sob o enfoque sociológico, a perda do marco fornecido pela cosmovisão metafísico-religiosa e a pluralização dos valores engendram uma série de dificuldades para a legitimação do direito moderno. Com esteio na análise de Villas Bôas Filho, tal problema pode ser resumido em, por um lado, o direito não poder mais encontrar sua legitimidade na religião ou no direito natural, e, por outro, precisar de uma ancoragem firme que, diante de sua crescente positividade, não o reduza ao mero arbítrio.⁹⁶

Não cabe aqui recuperar em maiores detalhes os desdobramentos do processo de modernização ocidental, como o problema da legitimação do direito

90 A propósito, afirma Julien Freund: “A racionalização e a intelectualização crescentes têm, entretanto, uma consequência decisiva, sobre a qual Weber insiste com veemência: elas desencantaram o mundo. Com os progressos da ciência e da técnica, o homem deixou de acreditar nos poderes mágicos, nos espíritos e nos demônios: perdeu o sentido profético e sobretudo o do sagrado”. FREUND, J. *Sociologia de Max Weber*. Tradução de Luís Claudio de Castro e Costa. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003, p. 23.

91 Cf. VILLAS BÔAS FILHO, O. *O direito na teoria dos sistemas de Niklas Luhmann*, p. 36; HABERMAS, J. *O discurso filosófico da modernidade: doze lições*, p. 4.

92 HABERMAS, J. *Técnica e ciência como ideologia*. Tradução de Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 1987, p. 60-61.

93 HABERMAS, J. *Técnica e ciência como ideologia*. p. 61-62

94 Cf. VILLAS BÔAS FILHO, O. *O direito na teoria dos sistemas de Niklas Luhmann*, p. 36; _____. *Teoria dos sistemas e o direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 62.

95 VILLAS BÔAS FILHO, O. *Teoria dos sistemas e o direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 62-63.

96 VILLAS BÔAS FILHO, O. *O direito na teoria dos sistemas de Niklas Luhmann*, p. 208-209.

moderno e as diferentes propostas da sociologia jurídica que procuraram solucioná-lo. A alusão feita a esse processo tem os seguintes objetivos: em primeiro lugar, verificar por que a semântica jusnaturalista perdeu sua adequação à estrutura social; em segundo lugar, o porquê de a semântica do positivismo jurídico, como a que se expressa na teoria do direito de Kelsen, ter, em meio a esse processo, adquirido maior plausibilidade na descrição do direito moderno sob uma perspectiva interna.

Com a perda do marco institucional fornecido por uma cosmovisão capaz de legitimar o direito de forma relativamente segura, tornou-se insustentável uma fundamentação moral do direito – como a fornecida pela teoria do direito natural – que não fosse sempre questionável e profundamente controversada, além de constantemente confrontada com os problemas advindos da elevada mutabilidade do direito positivo. Nesse sentido, Orlando Villas Bôas Filho, baseando-se nas observações de Niklas Luhmann, salienta como a semântica jusnaturalista teria perdido grande parte da sua plausibilidade no contexto de uma sociedade moderna:

O que se nota é que o Jusnaturalismo deixa de estar adequado à descrição do direito em uma sociedade que, como a moderna, apresentaria condições socioestruturais incompatíveis com visões hierárquicas que buscam uma fundamentação de perfil racional [...]. Trata-se, sobretudo, de uma mudança estrutural que gera como consequência a impossibilidade de remissão a fundamentos morais pretensamente naturais e imutáveis. Disso decorre a incompatibilidade desse direito estatuído, mutável e contingente com semânticas de perfil jusnaturalista. É nesse contexto que o positivismo jurídico se coloca como uma semântica que ofereceria algumas vantagens à autodescrição de um direito mutável e contingente que, ademais, é posto e validado por decisões.⁹⁷

No mesmo sentido, Celso Lafer afirma que a intensidade dos processos de secularização, sistematização, positivação e historicização do direito levou, progressivamente, à erosão do paradigma moderno do direito natural.⁹⁸ Contextualizando a teoria de Kelsen em meio à positivação do direito, Tercio Sampaio Ferraz Jr. afirma que esse processo histórico levou à predominância do direito em seu caráter estatuído e, por isso, altamente mutável, sobretudo em razão das mudanças sociais constantemente suscitadas pela industrialização.⁹⁹

97 VILLAS BÔAS FILHO, O. Da ilusão à fórmula de contingência: a justiça em Hans Kelsen e Niklas Luhmann. In: PISSARA, Maria Constança Peres; FABBRINI, Ricardo Nascimento. *Direito e filosofia: a noção de justiça na história da filosofia*. São Paulo: Atlas, 2007, p. 131 e 133.

98 LAFER, C. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988, p. 37-40.

99 FERRAZ JUNIOR, T. S. *Introdução ao Estudo do direito*, p. 74.

Na teoria do direito, o problema da legitimação do direito moderno também encontra espaço, sobretudo em meio à obra de Hans Kelsen. Como visto anteriormente, Kelsen adota um programa metodológico positivista que assume, de maneira intransigível, uma postura de relativização axiológica. As razões que levam Kelsen a esse posicionamento decorrem, segundo ele, da ausência de uma moral ou justiça absoluta.¹⁰⁰ Ora, se a moral e a justiça constituem valores essencialmente controversos e relativos, é porque não há mais um *ethos* coletivamente compartilhado que permita defini-los de forma amplamente aceitável para que, por meio deles, seja possível fundamentar e legitimar o direito positivo. Demonstrando precisamente essa adequação da crítica kelseniana à pluralidade axiológica que atravessa a sociedade moderna, afirma Villas Bôas Filho:

Essa crítica de Kelsen [à teoria do direito natural], ademais, já leva em consideração as características de uma sociedade pluralista, que não se subsume mais a visões de mundo socialmente compartilhadas, algo que era essencial para a fundamentação de um conceito absoluto de justiça, na perspectiva do jusnaturalismo. A inexistência de ordenações hierárquicas do mundo, fundadas em concepções religiosas ou metafísicas, acarreta a impossibilidade de postulação de valores absolutos, dentre os quais a justiça. A pluralidade de visões de mundo enseja a relativização do conceito de justiça, impossibilitando que lhe sejam atribuídas qualidades próprias de um arquétipo ideal para a aferição valorativa da validade das ordens jurídicas positivas.¹⁰¹

Ao construir uma teoria que aspira ao mesmo tempo à neutralidade axiológica, à pureza e ao esteio na positividade, Kelsen traça sua estratégia para evitar a problemática moderna acerca da legitimação do direito. Nesse sentido, a respeito da teoria pura do direito, afirma: “This theory is concerned to show the law as it is, *without legitimizing it as just*, or disqualifying it as unjust; it seeks the real, the positive law, not the right law”¹⁰² (grifos nossos).

Aliás, no que concerne, especificamente, ao modo pelo qual o processo de modernização se deu no âmbito do direito ocidental, é proveitoso recuperar alguns aspectos do pensamento de Max Weber. Segundo esse autor, a dominação tipicamente moderna seria a de tipo puro legal ou racional, a qual repousa na crença na legitimidade das ordens estatuídas, cuja modalidade mais pura seria aquela munida de quadro administrativo burocrático.¹⁰³ Além disso, o proces-

100 Cf. KELSEN, H. *Teoria pura do direito*, p. 72-74.

101 VILLAS BÓAS FILHO, O. Da ilusão à fórmula de contingência: a justiça em Hans Kelsen e Niklas Luhmann, p. 139.

102 KELSEN, H. *The pure theory of law: its methods and fundamental concepts*, p. 482.

103 WEBER, M. *Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*. Tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. 4ª ed. Brasília: Universidade de Brasília, 2015, v.1, p. 141 e 144.

so de racionalização experimentado em particular pelo Ocidente teria levado a um progressivo desenvolvimento das qualidades formais do direito,¹⁰⁴ levando justamente à preponderância do seu caráter estatuído.

Ora, daí se constata que a pertinência da teoria do direito kelseniana ao contexto da modernização ocidental decorre não apenas de sua relativização de valores, mas também do princípio pelo qual “todo direito é direito positivo, *secundum non datur*” e do desenvolvimento, a partir dele, de uma complexa dinâmica jurídica.¹⁰⁵ Corroborando essas afirmações, Villas Bôas Filho, referindo-se às teses de Weber, afirma que “Fenômeno expressivo dessa crescente formalização do direito é o positivismo jurídico, que pode ser visto como a forma mais acabada de manifestação de um direito desencantado”.¹⁰⁶

Além disso, longe de significar uma superação do direito positivo sobre o direito natural, é preciso lembrar que a teoria pura do direito evidentemente não é uma teoria sociológica sobre o direito,¹⁰⁷ mas, para Kelsen, uma construção teórica de quem se coloca do ponto de vista da ciência do direito. Assim, ela não é de forma alguma incompatível com uma constatação sociológica que, mobilizando o método causal, constate antagonismos entre direito formal e direito material, ou entre “equidade” e “legalidade”, nas palavras de Julien Freund, os quais sem dúvida ocorrem mesmo no âmbito de um direito moderno.¹⁰⁸ Aliás, sua teoria geral do direito reconhece pontos de contato entre direito e moral, ainda que sejam excluídos das considerações da ciência do direito, como é o caso, no âmbito da interpretação, da discricionariedade moral dos intérpretes em quaisquer dos níveis hierárquicos de criação do direito.¹⁰⁹

Portanto, a teoria kelseniana é construída sob pressupostos situados em um contexto social altamente dividido e plural. Em meio a esse cenário, a decisão dos conflitos procura estabilidade em atos de vontade, que pressupõem normas jurídicas articuladas segundo um princípio dinâmico, nas quais, por

104 WEBER, M. *Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*. Tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. 4ª ed. Brasília: Universidade de Brasília, 2012, v.2, p. 13, 85 e 143.

105 Nesse sentido, diz Celso Lafer que “Por isso, em Kelsen o estudo da estrutura interna do Estado e da estrutura interna do sistema jurídico que nele se imbrica pode ser examinado à luz da grande reflexão de Max Weber sobre o processo de racionalização formal do poder estatal, que no mundo contemporâneo lida com o desafio da mudança através do Direito Positivo, entendido como um instrumento técnico de gestão da sociedade”. LAFER, C. *A reconstrução dos direitos humanos*, p. 54. Além disso, Norberto Bobbio enfatiza a afinidade da teoria kelseniana com a concepção weberiana de Estado legal-racional. Cf. BOBBIO, N. *Direito e poder*, p. 238-239.

106 VILLAS BÔAS FILHO, O. *Teoria dos sistemas e o direito brasileiro*, p. 69.

107 Em meio às diversas oportunidades em que Kelsen se posicionou dessa maneira, pode-se mencionar, a título exemplificativo: KELSEN, H. *The pure theory of law: its method and fundamental concepts*, p. 480.

108 Cf. FREUND, J. *Sociologia de Max Weber*, p. 184-185 e 191-192.

109 Cf. KELSEN, H. *Teoria pura do direito*, p. 387-397.

sua vez, a solução pode encontrar possibilidade de legitimação. É dessa maneira que a teoria pura do direito adquire elevado grau de pertinência ao contexto social caracterizável como moderno, especialmente em comparação com as teorias jusnaturalistas, que postulam valores absolutos.

2. DIREITO E MODERNIDADE NO PLURAL

Considerada a adequação sociológica da teoria pura do direito ao contexto ocidental moderno, cumpre verificar como essa teoria se comporta diante de um enfoque antropológico que seja aberto de maneira consequente à alteridade cultural. Há uma série de motivos pelos quais a modernidade, a política e o direito, tal como preponderam no mundo ocidental, não podem ser universalizados e tomados como padrão de comparação de todas as culturas e contextos sociais. Ao desvelá-los, a antropologia jurídica confronta sérios desafios a teorias jurídicas como a de Hans Kelsen. Por conta disso, neste capítulo serão desenvolvidos os aportes que a antropologia, enquanto perspectiva aberta à alteridade, pode fornecer à teoria do direito.

O objetivo será responder se e em que medida as bases epistemológicas da teoria pura do direito, ao enraizá-la no contexto ocidental moderno, implicam limites teóricos à apreensão de outras culturas jurídicas. Assim, trata-se de uma questão que exige, em primeiro lugar, considerar a reviravolta metodológica proposta por Pierre Clastres para atenuar o etnocentrismo enquanto obstáculo epistemológico.

2.1. A REVOLUÇÃO COPERNICANA DE PIERRE CLASTRES E O ETNOCENTRISMO ENQUANTO OBSTÁCULO EPISTEMOLÓGICO

“Pode-se questionar seriamente a propósito do poder?”¹¹⁰: com esta pergunta, que animará toda a sua obra, Pierre Clastres inaugura o ensaio intitulado *Copérnico e os selvagens*, bem como a coletânea *A sociedade contra o Estado*, que o contém. A localização desse questionamento não poderia ser mais precisa, pois ele desde logo diz muito a respeito das preocupações que norteiam sua antropologia política, bem como das alternativas que o autor sugere para resolver esses impasses.

Dessa forma, fica evidente, em primeiro lugar, que o poder político não consiste no ponto de partida da antropologia política de Clastres. Como será

110 CLASTRES, P. *A sociedade contra o Estado*: pesquisas de antropologia política. Tradução de Theo Santiago. São Paulo: Cosac Naify, 2013, p. 25.

visto adiante, o poder político figura nela, antes de tudo, como uma questão a ser esclarecida pela abordagem antropológica. O ponto de partida é a *questão* do poder, e não o poder propriamente dito. Em segundo lugar, essa postura decorre de uma série de problemas que, inadvertidamente, a antropologia política teria enfrentado para fornecer um conceito de “poder político” que permitisse a circunscrição de seu campo de análise. De acordo com o autor, esses problemas seriam tributários da assunção de uma perspectiva etnocêntrica. Nesse sentido, ele compreende o etnocentrismo como um obstáculo epistemológico ao questionamento sério a propósito do poder.¹¹¹ Desvelá-lo é o objetivo de Clastres com o referido ensaio, bem como propor uma “revolução copernicana” como alternativa para (tentar) superá-lo.

Após estabelecer aquela pergunta fundamental, Clastres alude ao modo pelo qual o poder político teria sido pensado na antropologia política e, de maneira geral, também na tradição do pensamento ocidental. De acordo com o antropólogo Jean-William Lapierre, o poder consistiria em uma relação social de comando-obediência, o que, para Clastres, não destoaria significativamente do modo pelo qual autores como Nietzsche ou Max Weber o concebem.¹¹² Em todos os casos, o poder seria equiparado a uma relação de coerção, tornando a violência o seu predicado necessário.¹¹³

No entanto, Clastres definitivamente não está convencido de que isso ocorra nas chamadas “sociedades primitivas”. Ao observar como o poder se manifesta nesse tipo de contexto social, ele elege Lapierre e sua definição de poder como adversários.

Pode-se afirmar, com esteio na análise de Sérgio Cardoso, que a preocupação de Lapierre com a questão da delimitação do campo da antropologia política tê-lo-ia levado a estabelecer alguns postulados essenciais para sua disciplina.¹¹⁴ Para compreender suas escolhas, é preciso ter em mente que Lapierre pretendia efetivar o projeto extremamente ambicioso de totalizar o campo político para todas as sociedades.¹¹⁵ Assim, em primeiro lugar, ele postula uma definição *a priori* do poder que permitisse totalizar a unidade do campo circunscrito. Em segundo lugar, para conservar a homogeneidade desse campo, postula que a variação em seu interior, isto é, a diferença entre distintas formas de poder político, ocorra de forma progressiva e contínua, segundo um crité-

111 Cf. CLASTRES, P. *A sociedade contra o Estado*: pesquisas de antropologia política, p. 40.

112 Cf. CLASTRES, P. *A sociedade contra o Estado*: pesquisas de antropologia política, p. 25-26 e 29.

113 CLASTRES, P. *A sociedade contra o Estado*: pesquisas de antropologia política, p. 29.

114 CARDOSO, S. Copérnico no orbe da antropologia política: o projeto crítico de Pierre Clastres. *Novos Estudos Cebrap*, São Paulo, n. 41, mar. 1995, p. 125-126.

115 Cf. CARDOSO, S. Copérnico no orbe da antropologia política: o projeto crítico de Pierre Clastres. p. 135.

rio quantitativo.¹¹⁶ Isso permite que Lapierre, munido de um vasto material etnográfico, seja capaz de classificar as sociedades entre as que teriam mais e menos poder político. São essas, enfim, as principais características que Sérgio Cardoso identifica na reflexão de Lapierre, em contraste com a obra de Clastres.

O que chama a atenção de Clastres nessa classificação é o fato de Lapierre incluir nela as sociedades “sem poder político”, ou as sociedades nas quais o poder político “tende a zero”.¹¹⁷ Isso porque a situação política das sociedades autóctones da floresta tropical sul-americana geralmente é descrita como aquela na qual os chefes, os líderes políticos, seriam – paradoxalmente ao olhar ocidental – destituídos de poder.¹¹⁸ Como observa Sérgio Cardoso, se há sociedades que não apresentam nenhum poder político tal como definido aprioristicamente, então elas evidentemente não poderiam ter sido inseridas na mesma série quantitativa que as sociedades que o apresentam, pois constituem o marco zero, isto é, a diferença bruta com relação à unidade do campo¹¹⁹. Assim, se não se renuncia à pressuposição de que essas sociedades teriam um poder político, e que este apenas diferiria quantitativamente do que figura em outras sociedades, Lapierre é incapaz de apreender a origem do campo, incluir o momento “zero” na classe quantitativa, e levar a cabo sua pretensão de totalizar o campo de análise.

Clastres demonstra que o erro de Lapierre consiste precisamente em, ao definir aprioristicamente a unidade do campo, supor que o poder político assim se manifeste de maneira universal, variando de forma meramente quantitativa.¹²⁰ O modo pelo qual a chefia indígena se organiza evidenciaria, ao contrário, como o poder político não se manifesta coercitivamente nesse tipo de sociedade. Mais do que isso, toda a obra de Clastres a respeito da política nessas sociedades evidencia que ela seria animada por uma oposição consciente e irrenunciável à configuração coercitiva que é típica das sociedades organizadas politicamente em torno da figura estatal.

Jean-William Lapierre critica severamente essa observação de Clastres, afirmando que consistiria em uma “simplificação da retórica dualista que permite escamotear a multiplicidade do real e colocar no mesmo saco sociedades bem diferentes”.¹²¹

116 CARDOSO, S. Copérnico no orbe da antropologia política: o projeto crítico de Pierre Clastres. p. 125.

117 CLASTRES, P. *A sociedade contra o Estado*: pesquisas de antropologia política, p. 27-28.

118 Cf. CLASTRES, P. *A sociedade contra o Estado*: pesquisas de antropologia política, p. 29-30.

119 Cf. CARDOSO, S. Copérnico no orbe da antropologia política: o projeto crítico de Pierre Clastres, p. 127-129.

120 CLASTRES, P. *A sociedade contra o Estado*: pesquisas de antropologia política, p. 28-29.

121 LAPIERRE, J.-W. *Vivre sans État? Essai sur le pouvoir politique et l'innovation sociale*. Paris: Ed. du Seuil, 1977, p. 336 apud CARDOSO, S. Fundações de uma antropologia política (o caminho comparativo na obra de J.-W. Lapierre). *Revista de Antropologia*, São Paulo, v. 38, n.1, p. 39, 1995.

Por outro lado, Sérgio Cardoso lembra que Lapierre acusa Clastres de, primeiro, interpretar equivocadamente seu conceito de poder, que consistiria não apenas em coerção e violência, mas também em consenso e legitimidade; e, segundo, de localizar o político no lugar errado em meio àquelas sociedades – na chefia, e não na “lei imanente” que exerceria imediatamente uma pressão do conjunto do grupo.¹²² Assim, observa Cardoso, Lapierre poderia justificar a inclusão de uma classe zero do seguinte modo: por um lado, essa sociedade mereceria a inclusão por dispor de regras de legitimação, mas, por outro, pertenceria ao nível zero pela inexistência de instituições coercitivas especializadas em efetivá-las.¹²³

Contudo, Sérgio Cardoso enfatiza que Clastres não passa ao largo dessa argumentação de Lapierre. Pelo contrário: Clastres mostra que ela engendra um problema ainda mais grave. Essa localização do político em um “controle social imediato”, que estaria onipresente na “lei automática” das sociedades indígenas, significaria alijar-lhes definitivamente de um caráter político na medida em que nelas as regras apareceriam não como algo artificial e convencional, mas como meros dados automáticos.¹²⁴ Nesse sentido, Clastres afirma que:

No máximo, uma sociedade apolítica não teria mesmo mais seu lugar na esfera da cultura, mas deveria ser colocada junto das sociedades animais regidas pelas relações naturais de dominação-submissão.¹²⁵

O preço metodológico do procedimento de Lapierre seria, portanto, excluí-las não só do campo político, mas também do próprio universo social.¹²⁶ Mais do que isso, seria a própria inviabilização de uma antropologia política como disciplina específica, visto que “se o político existe em toda a parte, ele não existe em lugar nenhum”.¹²⁷

Antes de introduzir suas propostas para a questão da constituição da antropologia política, Clastres pretende desvelar a “atitude mental” que permitiria que uma concepção de poder como a de Lapierre fosse elaborada. Trata-se do

122 CARDOSO, S. Copérnico no orbe da antropologia política: o projeto crítico de Pierre Clastres, p. 129 e 132.

123 CARDOSO, S. Copérnico no orbe da antropologia política: o projeto crítico de Pierre Clastres, p. 132-133.

124 CARDOSO, S. Copérnico no orbe da antropologia política: o projeto crítico de Pierre Clastres, p. 133.

125 CLASTRES, P. *A sociedade contra o Estado*: pesquisas de antropologia política, p. 39.

126 CARDOSO, S. Copérnico no orbe da antropologia política: o projeto crítico de Pierre Clastres, p. 133.

127 CLASTRES, P. *A sociedade contra o Estado*: pesquisas de antropologia política, p. 38; CARDOSO, S. Copérnico no orbe da antropologia política: o projeto crítico de Pierre Clastres, p. 136. Para compreender melhor por que essa dissolução do político no social levaria à inviabilidade da antropologia política, é preciso considerar que Clastres considera a antropologia como sendo por excelência a ciência dos povos primitivos. Nesse sentido: Cf. LIMA, T. S.; GOLDMAN, M. Pierre Clastres, etnólogo da América. *Sexta Feira*, São Paulo, n. 6, 2001, p. 292.

etnocentrismo, essa perspectiva centrada na cultura do observador, que projeta as particularidades desta como parâmetro de análise de outras culturas. Ou seja, o etnocentrismo implica justamente uma universalização de aspectos específicos de uma cultura em particular, que não são compartilhados por todas as culturas. Na acepção de Clastres, o etnocentrismo possui o estatuto de verdadeiro obstáculo epistemológico, o qual conteria os pressupostos de que a forma verdadeira do poder coincide com aquela realizada na cultura ocidental e de que essa forma seria a medida ou mesmo o *télos* de todas as culturas.¹²⁸

O resultado de uma abordagem etnocêntrica é, frequentemente, um dos seguintes tipos de distorção: (a) a simulação de uma falsa semelhança entre a cultura analisada e a cultura do observador; (b) a apreensão das diferenças culturais em termos de ausência, carência, privação ou incompletude com relação aos parâmetros da análise, que coincidem com os que são comuns na cultura do observador.

É precisamente esse obstáculo epistemológico que Clastres considera existir na análise de Lapierre, na medida em que nela “o modelo ao qual ele [o poder político] se refere e a unidade que o mede são constituídos *a priori* pela ideia que a civilização ocidental desenvolveu e formou do poder”.¹²⁹ Como resultado disso,

[...] a etnologia pretende situar-se de chofre no elemento da universalidade sem se dar conta de que permanece sob muitos aspectos solidamente instalada em sua particularidade, e que o seu pseudodiscurso científico se deteriora rapidamente em verdadeira ideologia.¹³⁰

A indicação do outro pelo critério da falta, com base em um padrão de análise etnocentricamente eleito, é manifestada em expressões como “sociedades sem Estado”, “sociedades sem escrita”, “sociedades sem história” e até mesmo “sociedades de economia de subsistência” (sociedades sem economia de mercado).¹³¹ A respeito disso, Tânia Stolze Lima e Marcio Goldman enfatizam que, mais que uma crítica ao evolucionismo ou a Lapierre, a perspectiva de Pierre Clastres procura, por meio de uma “arqueologia da linguagem antropológica”, acusar a coextensão etnocêntrica da disciplina ao discurso ocidental – que é político – sobre os selvagens, ou à relação – não menos política – que o Ocidente mantém com o outro.¹³²

128 CLASTRES, P. *A sociedade contra o Estado*: pesquisas de antropologia política, p. 31-40.

129 CLASTRES, P. *A sociedade contra o Estado*: pesquisas de antropologia política, p. 34-35.

130 CLASTRES, P. *A sociedade contra o Estado*: pesquisas de antropologia política, p. 35.

131 Cf. CLASTRES, P. *A sociedade contra o Estado*: pesquisas de antropologia política, p. 202.

132 LIMA, T. S.; GOLDMAN, M. Pierre Clastres, etnólogo da América, p. 294.

Logo, se for possível mitigar o obstáculo do etnocentrismo, o primeiro passo será relativizar a universalidade até então atribuída pela antropologia à concepção de poder que tem sido preponderante no Ocidente moderno. Atendo-se a essa preocupação, Clastres estabelecerá os postulados que balizarão a abordagem antropológica e inaugurarão sua proposta de realizar uma revolução copernicana na disciplina.¹³³ Eles podem ser esquematizados da seguinte forma:

- 1) A universalidade do poder político;
- 2) A descontinuidade do campo político: isto é, a relatividade das manifestações particulares do poder político, as quais ocorrem de dois modos principais: poder coercitivo ou poder não-coercitivo.

Mediante essas postulações, o autor pretende evitar uma representação caricata de outras sociedades como simplesmente desprovidas daquilo que marca a especificidade da cultura ocidental. Seu propósito é, sobretudo, abrir a análise “no sentido de que, talvez misteriosamente, alguma coisa existe na ausência”.¹³⁴ Sem se limitar a constatar que as sociedades indígenas seriam desprovidas de poder (coercitivo), a sua antropologia política se depara com uma complexa forma de organização política, que, não restrita à negação ou ausência, é dotada de uma positividade que se manifesta em mecanismos bastante sofisticados de oposição à forma estatal.

Nesse sentido, Eduardo Viveiros de Castro considera que a concepção de poder desenvolvida por Pierre Clastres, ao expressar, positivamente, uma sociedade contra o Estado, mais do que uma sociedade sem Estado, resulta de uma

[...] transformação de uma imagem do Outro definida pela falta ou carência, por sua distância privativa em relação ao Eu, em uma figura da alteridade dotada de endoconsistência, de autonomia em relação à imagem de nós mesmos, e, nessa medida, dotada de valor crítico e heurístico para nós.¹³⁵

Por outro lado, essas postulações vão de encontro a qualquer definição *a priori* do que seja o poder político, pelos perigos iminentes de essa atividade resultar na reafirmação de particularismos culturais. Em razão disso, Clastres a complementa com um novo programa para a antropologia política, disciplina encarregada agora de responder às seguintes indagações:

- 1) O que é o poder político? Isto é: o que é a sociedade?;

133 CLASTRES, P. *A sociedade contra o Estado*: pesquisas de antropologia política, p. 41.

134 CLASTRES, P. *A sociedade contra o Estado*: pesquisas de antropologia política, p. 41.

135 VIVEIROS DE CASTRO, E. O intempestivo, ainda. In: Clastres, P. *Arqueologia da violência*: pesquisas de antropologia política. Tradução de Paulo Neves. 3ª ed. São Paulo: Cosac Naify, 2014, p. 320.

- 2) Como e por que se passa do poder político não-coercitivo ao poder político coercitivo? Isto é: o que é a história?¹³⁶

Dito isso, é possível entender por que o autor compreende que essa reconfiguração da disciplina consistiria em uma “revolução copernicana”:

É da revolução copernicana que se trata. Nesse sentido é que, até o presente, e sob alguns aspectos, a etnologia deixou as culturas primitivas girarem em torno da civilização ocidental, e, poder-se ia dizer, em um movimento centrípeto. Que uma mudança completa de perspectivas seja necessária (na medida em que se tenha realmente de enunciar sobre as sociedades arcaicas um discurso adequado a seu ser e não ao ser da nossa) é o que nos parece demonstrar com riqueza a antropologia política [...] a reflexão sobre o poder deve operar a conversão ‘heliocêntrica’: ela ganharia talvez a melhor compreensão do mundo dos outros e, em consequência, do nosso. [...] É tempo de buscarmos outro sol e de nos pormos em movimento.¹³⁷

Entretanto, como enfatiza Sérgio Cardoso, a revolução copernicana não significa simplesmente o mero estabelecimento *a priori* de um novo “sol”,¹³⁸ de um novo conceito especulativo ao redor do qual a totalidade do campo seria forçada a girar. Tampouco pode ser compreendida como uma substituição do conceito ocidental, como parâmetro de análise, pelo conceito indígena de poder. A revolução copernicana consiste, em vez disso, em inserir a precisão dos contornos do campo da disciplina, ou seja, a questão do poder – tarefa tradicionalmente tida como preliminar – no centro das operações da própria ciência antropológica.¹³⁹ Seu propósito é, portanto, o de responder àquela pergunta fundamental: o que é o poder? Exatamente por essa razão, como acrescenta

136 CLASTRES, P. *A sociedade contra o Estado*: pesquisas de antropologia política, p. 43.

137 CLASTRES, P. *A sociedade contra o Estado*: pesquisas de antropologia política, p. 44.

138 CARDOSO, S. Copérnico no orbe da antropologia política: o projeto crítico de Pierre Clastres, p. 140.

139 CARDOSO, S. Copérnico no orbe da antropologia política, p. 141. Esclarecendo esse ponto, afirma Sérgio Cardoso: “O projeto de Clastres – sua revolução copernicana – é certamente, em primeiro lugar, o de devolver ao terreno do político, assim fixado, ‘um certo movimento’, de restituir-lhe, como se poderá ver, o movimento da interrogação. ‘O que é o poder político?’, ‘O que é a História?’ serão agora questões que se identificam com o próprio exercício da ciência; são os termos mesmos de suas investigações fundamentais e não mais questões prévias à sua operação ou ao processamento propriamente científico de um certo conjunto de fenômenos (os quais, justamente, apenas uma resposta preliminar a tais questões permitiria aglutinar sob a rubrica – no caso, o ‘político’ – visada pela ciência). Trata-se pois, como podemos compreender, de liberar o conhecimento dos constrangimentos ou limites que ele próprio se impõe ao reivindicar um confinamento cujo traçado se decide de antemão, como condição de sua própria operação (e é, assim, irrelevante que esse enquadramento advenha da ‘observação’ ou de um esforço ‘especulativo’, que seja concebido como evidência empírica ou como teoria, ou que a esta se reconheça apenas o caráter de hipótese)”. Idem, *ibidem*, p. 141. Cf. CLASTRES, P. *A sociedade contra o Estado*: pesquisas de antropologia política, p. 43.

Cardoso, seria injusto acusar Clastres de, mediante essa reviravolta epistemológica, resgatar o mito do bom selvagem no âmbito antropológico.¹⁴⁰

É possível constatar que, dessa maneira, Clastres propõe um novo procedimento metodológico que, ao rejeitar a definição *a priori* do campo de análise, assume uma tendência diatópica no sentido do descentramento das categorias e experiências do Ocidente moderno. Mediante esse procedimento, Clastres pode observar diferentes formas de concreção do fenômeno político, percebendo justamente o que está presente por detrás da ausência,¹⁴¹ além de balizar um conceito de poder que seja descentrado das particularidades ocidentais, na medida em que pode assumir tanto uma forma coercitiva quanto uma forma não-coercitiva.

Por essas razões, a descrição dessa reviravolta empreendida por Pierre Clastre permite corroborar a observação de Renato Sztutman, para quem as potencialidades das ideias clastreanas “se não refletem imediatamente a realidade observada, continuam a contribuir para a formulação de questões cruciais acerca do político e suas metamorfoses nos mais diferentes mundos”.¹⁴²

Aliás, aludindo à importância da obra de Clastres, Gustavo Barbosa afirma que levar a antropologia a sério requer lançar o olhar etnológico também sobre a história dessa disciplina, rejeitando uma visão evolucionista segundo a qual as ideias dos antropólogos passariam por um processo diacrônico de superação das mais antigas pelas mais recentes.¹⁴³ Levando adiante essa percepção, nos tópicos a seguir o presente trabalho procurará desenvolver de forma

140 CARDOSO, S. Copérnico no orbe da antropologia política, p. 140. Embora essa revolução copernicana tenha evidente inspiração na conversão epistemológica pretendida por Kant, trata-se de uma conversão que, contudo, se distancia precisamente de modelos de inspiração kantiana, como o de Lapiere, que repousam sobre definições e hipóteses teóricas postas como condição de apreensão e inteligibilidade dos fenômenos que integram o horizonte de investigações da disciplina. Nesse sentido, de acordo com Sérgio Cardoso, “[...] se a investigação kantiana sobre as condições de possibilidade da ciência serve a Clastres de motivo, ela não lhe serve entretanto, certamente, de paradigma, de modelo. Pois, como se pode facilmente verificar, o caminho de orientação propriamente kantiana é, na verdade, aquele dos projetos de constituição da disciplina visados (através da obra de Lapiere) por sua crítica. São eles que – mais, ou menos, conseqüentemente, segundo o caso – buscam o modelo das ciências experimentais (consideradas por Kant) para o estabelecimento do seu arsenal de definições e ‘hipóteses teóricas’, posto como condição da apreensão e inteligibilidade dos fenômenos visados pela antropologia política”. Idem, *ibidem*, p. 140.

141 Segundo Gustavo Barbosa, deslocar a privação para a oposição e captar as presenças, em sua positividade, é o sentido da revolução copernicana proposta por Clastres. BARBOSA, G. A Socialidade contra o Estado: a antropologia de Pierre Clastres. *Revista de Antropologia*, São Paulo, v. 47, n. 2, 2004, p. 551-552.

142 SZTUTMAN, R. Introdução: Pensar com Clastres ou da atualidade do contra-Estado. *Revista de Antropologia*, São Paulo, v. 54, nº 2, 2011, p. 557-558.

143 BARBOSA, G. A Socialidade contra o Estado: a antropologia de Pierre Clastres, p. 531-532.

pormenorizada os aportes que a revolução copernicana de Pierre Clastres pode fornecer à análise da teoria kelseniana.

2.2. PLURALISMO JURÍDICO: O DIREITO EM MEIO À REVOLUÇÃO COPERNICANA

Na antropologia, a perspectiva do pluralismo jurídico, enquanto contraponto ao monismo juspositivista, apresenta, por isso mesmo, inegável vocação a uma apreensão mais consequente da alteridade cultural. Todavia, mesmo no âmbito antropológico, obstáculos a uma visão plural do direito foram engendrados pelo funcionalismo, tanto na perspectiva do paradigma normativo quanto na perspectiva do paradigma processual. Nesse sentido, Norbert Rouland deixa subentendido que a perspectiva do pluralismo jurídico poderia fornecer uma síntese entre ambos os paradigmas¹⁴⁴ – porque, pode-se dizer, ela permite a observação dos pontos cegos recíprocos entre ambos.

Norbert Rouland define o pluralismo jurídico como “Corrente doutrinária que insiste no fato de que à pluralidade de grupos sociais correspondem sistemas jurídicos múltiplos compostos que seguem relações de colaboração, coexistência, competição ou negação [...]”.¹⁴⁵ Para o autor, essa perspectiva tem manifestações tanto no plano político quanto no plano metodológico: no primeiro, tenderia a relativizar a vinculação entre direito e Estado; no segundo, descentraria o direito dos domínios – geralmente estatais – onde a teoria clássica das fontes do direito costuma procurá-lo.¹⁴⁶

144 ROULAND, N. *Legal anthropology*. Tradução de Philippe G. Paniel. London: Athlone, 1994, p. 41-42. O pluralismo jurídico opõe desafios a algumas premissas centrais da perspectiva funcionalista, mesmo no caso de autores que, como Malinowski, apresentam traços mais propensos ao pluralismo. Em ambos os casos, ao construir teorias que apreendem a sociedade como uma totalidade ordenada sob a noção central de função, parece haver uma tendência homogeneizante ao fechamento na descrição das sociedades. A esse respeito, Claude Rivière indica haver um certo holismo, certa “ideia de uma primazia ontológica do todo sobre as partes”, a qual é carente de demonstração nessas teorias. RIVIÈRE, C. *Introdução à antropologia*. Tradução de José Francisco Espadeiro Martins. Lisboa: Edições 70, 2013, p. 55. Isso permite compreender melhor por que Rouland, corroborando John Comaroff e Simon Roberts, dá a entender que tanto o paradigma normativo quanto o paradigma processual têm evidentes problemas de generalização. Embora a perspectiva processual de Malinowski tivesse a vantagem de não identificar o direito exclusivamente com as normas impostas e sancionadas por uma autoridade política centralizada, o seu enraizamento nas observações das sociedades trobriandesas exagera o enfoque processual, que não pode ser estendido sem mais a outros contextos, como o Ocidental, onde a importância da perspectiva normativa não pode ser rejeitada. Cf. ROULAND, N. *Legal anthropology*, p. 41-42.

145 ROULAND, N. Pluralismo jurídico (teoria antropológica). In: ARNAUD, André-Jean *et al* (Dir.). *Dicionário enciclopédico de teoria e de sociologia do direito*. Tradução de Patrice Charles, F. X. Willaume. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 589.

146 ROULAND, N. Pluralismo jurídico (teoria antropológica), p. 589.

Rouland classifica o pluralismo jurídico em duas vertentes. A primeira consiste em uma versão fraca do pluralismo, que afirma a “existência, no seio de determinada sociedade, de mecanismos jurídicos diferentes que se aplicam a situações idênticas”.¹⁴⁷ O autor esclarece que essa versão privilegia o direito estatal, pois reduz a pluralidade daqueles mecanismos a manifestações de autonomia toleradas, reguladas ou incentivadas pelo Estado.¹⁴⁸ Corroborando essa constatação, John Griffiths (quem, aliás, provavelmente inspirou a classificação de Rouland) entende que, de acordo com a modalidade fraca, o sistema jurídico seria “pluralista” quando a aplicação de diferentes corpos de direito para diferentes grupos da população derivar de um comando soberano ou da validação de uma norma fundamental – não sendo, portanto, uma perspectiva incompatível com a “ideologia do centralismo jurídico”.¹⁴⁹ Por outro lado, Rouland sublinha a existência de uma versão forte, segundo a qual, em vez de mera pluralidade de mecanismos, há o cruzamento de múltiplas ordens jurídicas no âmbito dos grupos sociais, entre as quais o direito estatal conviveria – de forma coincidente ou divergente – com as regulações produzidas por outros grupos.¹⁵⁰

Contudo, em razão da diversidade de situações concretas que podem ser designadas como plurais, há enorme dificuldade para a formulação de uma teoria descritiva desse fenômeno.¹⁵¹ Por isso, apesar de a versão forte evidentemente ser menos etnocêntrica, na medida em que procura conscientemente evitar o favorecimento do direito positivo estatal, nem por isso ela está plenamente imune a distorções na análise de outras culturas jurídicas.

Conforme enfatizou Simon Roberts, o estabelecimento do pluralismo jurídico como tema de estudo trouxe ganhos significativos para a antropologia, principalmente na relativização do monismo jurídico,¹⁵² ou daquilo que John Griffiths chamou de “ideologia do centralismo jurídico”, perspectiva que por muito tempo predominou nas diversas análises do direito.¹⁵³ Por outro lado, segundo Roberts, a afirmação de um pluralismo especificamente “jurídi-

147 ROULAND, N. *Nos Confins do Direito*. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 158.

148 ROULAND, N. *Nos Confins do Direito*. p. 158.

149 GRIFFITHS, J. What is legal pluralism? *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, London, n. 24, 1986, p. 5 e 8.

150 ROULAND, N. *Nos Confins do Direito*, p. 158.

151 Sobre esse problema, ver: MOORE, S. F. Legal pluralism as omnium gatherum. *FIU Law Review*, [Miami], v. 10, n.1, 2014, p. 6-18. Disponível em <<http://ecollections.law.fiu.edu/lawreview/vol10/iss1/5>>. Acesso em: 15.11.15.

152 ROBERTS, S. Against legal pluralism: some reflections on the contemporary enlargement of the legal domain. *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, London, v. 42, 1998, p. 95-97.

153 Cf. GRIFFITHS, J. What is legal pluralism?, p. 1-55.

co” teria implicado uma série de problemas conceituais, especialmente de definição do direito e do pluralismo jurídico; afinal, na medida em que o direito é mobilizado como categoria de análise para aproximá-lo de outras experiências jurídicas, todas elas submetidas a um pluralismo predicado como “jurídico”, inevitavelmente surgem distorções significativas na compreensão destas últimas.¹⁵⁴ Trata-se, portanto, do mesmo problema captado por Clastres, mas dessa vez manifestado na abordagem do direito, a respeito da projeção etnocêntrica das categorias ocidentais a outras culturas.

É possível notar na antropologia francófona – especialmente em autores como Étienne Le Roy, Christoph Eberhard e Norbert Rouland – certa preocupação com esse tipo de problema. A compreensão do etnocentrismo como um verdadeiro obstáculo epistemológico conduziu a uma abordagem do direito descentrada das particularidades da cultura jurídica ocidental. Há aqui uma clara afinidade desse enfoque pluralista do direito com a revolução copernicana de Pierre Clastres: tanto na rejeição de definições *a priori* quanto no desenvolvimento de um procedimento metodológico diatópico e, como resultado, nos conceitos descentrados de direito ou poder político. No mesmo sentido da reviravolta clastreana no estudo do poder, essa antropologia jurídica será capaz de constatar que nas sociedades tradicionais *existe alguma coisa na ausência* das especificidades do direito ocidental.

Por essas razões, a incursão aqui feita no enfoque pluralista enfatizará os pontos de afinidade da antropologia jurídica (francófona, sobretudo) com a revolução copernicana de Pierre Clastres. Como a definição do campo de análise consiste em uma questão altamente prejudicial para o tema do pluralismo jurídico sob o ângulo antropológico,¹⁵⁵ é a partir dela que a incursão a seguir terá início.

2.2.1. DELIMITAÇÃO DO CAMPO: A REJEIÇÃO DE DEFINIÇÕES *A PRIORI*

Em meio a suas análises, Christoph Eberhard afirma que as referências, feitas por ele, a termos como “direito” ou “fenômeno jurídico” não postulam a universalidade *a priori* do direito, pois isso implicaria reconhecer a experiência jurídica ocidental como padrão universal autossuficiente para a compreensão de outras culturas jurídicas, resultando na exclusão delas da análise ou em sua qualificação como inferiores.¹⁵⁶ Como constatou Villas Bôas Filho, há evidente afinidade entre, de um lado, essa crítica feita por Eberhard e Le Roy à “lógica

154 ROBERTS, S. Against legal pluralism: some reflections on the contemporary enlargement of the legal domain p. 97-98.

155 Afinal, pensar o direito de forma plural implica alargar os limites do campo de análise.

156 EBERHARD, C. Towards an intercultural legal theory – the dialogical challenge. *Social & Legal Studies*, London, v. 10, n. 2, p. 174-175, 2001.

da subtração”, e, por outro, a crítica de Clastres à caracterização das sociedades primitivas mediante a aplicação do critério da ausência.¹⁵⁷

De acordo com Orlando Villas Bôas Filho, ao rejeitar a definição a *priori* do que constituiria a regulação qualificável como jurídica, Étienne Le Roy corrobora a aceção de que o direito não poderia ser descrito, mas apenas pensado, proposta por Norbert Roulard.¹⁵⁸ Dessa maneira, segundo Villas Bôas Filho, o antropólogo francês:

[...] evita o risco, sublinhado por Louis Assier-Andrieu, de afirmar dogmaticamente o que é o direito – ou assumir implícita ou subrepticamente um conceito de direito já existente – para, a partir daí, nutrir com descrições empíricas o campo determinado por essa presciência e, em última análise, fazer essa conceituação coincidir com as formas de regulação que, no quadro categorial das sociedades ocidentais modernas, seriam qualificáveis como expressão do fenômeno jurídico.¹⁵⁹

Villas Bôas Filho acrescenta que o posicionamento de Le Roy também pode ser verificado em suas críticas à tese de Jean Carbonnier, que emprega o recurso da postulação conjectural, carente de observação direta, e mobiliza uma definição especulativa de regra, atravessada por uma representação judaico-cristã de mundo, como o fundamento do fenômeno jurídico.¹⁶⁰ Ainda, o autor enfatiza que a intenção de Le Roy não consiste no mero estabelecimento dos limites empíricos a abordagens como a de Carbonnier. Mais do que isso, afirma Villas Bôas Filho, o intuito é mostrar que uma apreensão consequente da diversidade de formas de regulação qualificáveis como jurídicas não admite a redução de todas elas à experiência jurídica que é própria do Ocidente moderno.¹⁶¹

Jacques Vanderlinden identifica problema semelhante, que, em alguma medida, ele atribui a suas obras mais antigas sobre o direito. Em meio a uma revisão da sua produção teórica a respeito do pluralismo jurídico, o autor passa a entender que a predileção por uma posição puramente teórica, que negligencia a observação, pode conduzir a uma abordagem do pluralismo jurídico fundada em um modelo particular e exclusivo de sociedade, especialmente o que se centra na noção estatal.¹⁶² Como consequências dessa opção, que julga

157 VILLAS BÔAS FILHO, O. A regulação jurídica para além de sua forma ocidental de expressão: uma abordagem a partir de Étienne Le Roy. *Revista Direito & Práxis*, Rio de Janeiro, v. 6, n. 12, 2015, p. 163-164.

158 VILLAS BÔAS FILHO, O. A regulação jurídica..., p. 161-162.

159 VILLAS BÔAS FILHO, O. A regulação jurídica..., p. 162.

160 VILLAS BÔAS FILHO, O. A regulação jurídica..., p. 176-177.

161 VILLAS BÔAS FILHO, O. A regulação jurídica..., p. 177.

162 VANDERLINDEN, J. Return to legal pluralism: twenty years later, *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, London, n. 28, 1989, p. 153.

equivocada, ele sublinha a afirmação da tendência de a ordem jurídica perseguir, bem como a afirmação da existência real, de autonomia e exclusividade perante as demais ordens jurídicas, as quais apenas existiriam de maneira subordinada, enquanto toleradas ou reconhecidas pela normatividade estatal.¹⁶³ É importante considerar que esse distanciamento de Vanderlinden da pura especulação teórica foi acompanhado, como ele próprio reconheceu, pelas pesquisas de campo, as quais o forçaram a reconsiderar os conceitos que herdara do estudo do direito, bem como a noção estreita de pluralismo que havia sustentado até então.¹⁶⁴

Percebe-se, assim, como a preocupação com as distorções analíticas decorrentes da definição apriorística do campo de estudo também estão na ordem do dia na antropologia jurídica francófona, mantendo, nesse sentido, ampla afinidade com os problemas epistemológicos que levaram Pierre Clastres à proposta de uma revolução copernicana na antropologia política. Evitar esse tipo de procedimento é o primeiro passo, decisivo, para levar a alteridade cultural a sério.

2.2.2. A TENDÊNCIA DIATÓPICA DO PROCEDIMENTO METODOLÓGICO E OS CONCEITOS DESCENTRADOS DE PODER POLÍTICO E DIREITO OU JURIDICIDADE

Até o momento, verificou-se como a rejeição do etnocentrismo tem se manifestado, especificamente, como rejeição do emprego de definições apriorísticas para delimitar o campo de análise da antropologia. Um dos motivos mais relevantes para essa rejeição, constatado tanto pela antropologia jurídica quanto pela antropologia política, consiste nos condicionamentos que visões particulares de mundo exercem sobre diferentes representações culturais do direito e do poder.

Observa-se, diante desse cenário, que a delimitação apriorística do campo de análise frequentemente se faz mediante seleções baseadas em referenciais culturalmente particulares e situados, induzindo a análise à reiteração simulada da lógica que presidiu sua circunscrição inicial. É por essa razão que a antropologia jurídica tem se esforçado para descentrar seu procedimento metodológico dos *topoi* da cultura do observador. Tal pretensão pode ser designada, de maneira genérica, como uma tendência diatópica assumida pelo procedimento metodológico.¹⁶⁵

163 VANDERLINDEN, J. Return to legal pluralism: twenty years later, p. 153.

164 VANDERLINDEN, J. Return to legal pluralism: twenty years later, p. 154-155.

165 Segundo Boaventura de Sousa Santos, “Os *topoi* são os lugares comuns retóricos mais abrangentes de determinada cultura. Funcionam como premissas de argumentação que, por não se discutirem, dada a sua evidência, tornam possível a produção e a troca de argumentos.

Conforme dito anteriormente, o contato com a alteridade cultural, proporcionado pela pesquisa de campo, levou Jacques Vanderlinden a abandonar a concepção de direito que subjazia à sua primeira abordagem do pluralismo jurídico. Inicialmente influenciado pelo ensino jurídico belga, o autor pensava o direito em termos de um conjunto ou sistema de regras jurídicas. Em seguida, optou pela substituição da ideia de regra pela de diferentes mecanismos que se aplicam a situações idênticas no âmbito de uma mesma ordem social; e afastando-se da ideia de sistema, passou a entender que tais mecanismos não necessariamente formavam um todo coerente e bem organizado.¹⁶⁶ Talvez esse tenha sido o primeiro passo de Vanderlinden em direção a um verdadeiro descentramento das categorias jurídicas ocidentais.

Apesar de essa segunda proposta ter posteriormente sofrido uma nova revisão pelo autor, é importante notar o que o levou a descentrar a concepção de direito da noção de regra. De acordo com o argumento de Vanderlinden, não seria evidente *a priori* que um sistema jurídico devesse ser constituído por regras, como no Ocidente moderno, e não, por exemplo, por soluções *ad hoc* que, de diferentes maneiras, resolvessem casos individuais conflituosos.¹⁶⁷ Percebe-se, portanto, como a rejeição a uma definição apriorística do campo de análise representou uma condição para que Vanderlinden pudesse conceber uma primeira tentativa de descentrar o fenômeno jurídico das categorias próprias da experiência tipicamente moderna e ocidental.

No entanto, realizando um novo balanço de seu pensamento, Vanderlinden avalia que a noção de “mecanismos jurídicos” o levou a dois equívocos essenciais a respeito do pluralismo jurídico. Em primeiro lugar, a confusão entre pluralidade (de mecanismos) e pluralismo (jurídico), pois ele concebia o pluralismo como a mera multiplicidade, circunscrita no âmbito de uma mesma ordem jurídica, de mecanismos regulatórios aplicados a situações similares, e não como a existência de múltiplas ordens jurídicas que se encontram nas mesmas situações

Topoi fortes tornam-se altamente vulneráveis e problemáticos quando ‘usados’ em uma cultura diferente. [...] A hermenêutica diatópica baseia-se na ideia de que os *topoi* de uma determinada cultura, por mais fortes que sejam, são tão incompletos quanto a própria cultura a que pertencem. Tal incompletude não é visível a partir do interior dessa cultura, uma vez que a aspiração à totalidade induz a que se tome a parte pelo todo. O objetivo da hermenêutica diatópica não é, porém, atingir a completude – um objetivo inatingível – mas, pelo contrário, ampliar ao máximo a consciência de incompletude mútua por intermédio de um diálogo que se desenrola, por assim dizer, com um pé em uma cultura e outro em outra. Nisto reside o seu caráter diatópico”. SANTOS, B. S. Por uma concepção multicultural de direitos humanos. In: _____. (Org). *Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, p. 443-444.

166 VANDERLINDEN, J. Return to legal pluralism: twenty years later, p. 154-155

167 VANDERLINDEN, J. Return to legal pluralism: twenty years later, p. 155.

e fazem do indivíduo um “sujeito de direitos”.¹⁶⁸ Nesse ponto, Vanderlinden acolhe a crítica que lhe foi endereçada em 1986 por John Griffiths, que o acusava de confundir o pluralismo jurídico com a mera diversidade de regras ou mecanismos.¹⁶⁹ Conforme é possível depreender das considerações de Griffiths, a mera diversidade de mecanismos não necessariamente significa uma situação de pluralismo jurídico, sobretudo se eles têm origem no direito estatal, unitário, ou se são considerados apenas na medida em que são tolerados por este último.¹⁷⁰ O segundo erro reconhecido por Vanderlinden, associado ao primeiro, seria descrever o pluralismo do ponto de vista da sociedade ou de um sistema jurídico específico, favorecendo implicitamente uma predileção pelo modelo estatal, em vez de empreender uma abordagem no nível do indivíduo que se sujeita às diversas ordens jurídicas.¹⁷¹

Assim, Vanderlinden considera que o passo decisivo para superar a sua concepção anterior seja compreender que a ordem jurídica estatal teria uma validade altamente relativa, em vez de absoluta e inquestionável. Isso o leva a conceber o pluralismo jurídico como a situação do indivíduo enquanto ponto de convergência de múltiplas ordens jurídicas, na medida em que ele seja membro de múltiplas redes sociais.¹⁷² A menção feita a essa nova etapa do pensamento de Vanderlinden, sem corroborá-la, tem apenas o propósito de enfatizar como ele mobiliza a noção de redes (*networks*) com ponto focal nos *indivíduos* como estratégia radical para superar a assunção aprioristicamente enviesada de um campo de análise e, assim, *descentrar* o fenômeno jurídico de sua forma estatal de expressão.

Ao abordar a temática dos direitos humanos nas tradições da África Subsaariana, Extremo Oriente e Mundo Islâmico, Norbert Rouland também demonstra compreender a regulação social descentrada dos elementos característicos de sua concreção nos contextos ocidentais. Entre as sociedades africanas, indianas e a japonesa, prevalecem os modelos de comportamento no lugar das normas imperativas e preexistentes.¹⁷³ Rouland ressalta, por exemplo, como o *darma* indiano, em vez de possuir um caráter imperativo, é mais propenso a modelos mais flexíveis de comportamento.¹⁷⁴ Portanto, percebe-se

168 VANDERLINDEN, J. Return to legal pluralism: twenty years later, p. 155-157.

169 Cf. GRIFFITHS, J. What is legal pluralism?, p. 11-14; ROULAND, N. *Legal anthropology*, p. 56-57.

170 GRIFFITHS, J. What is legal pluralism?, p. 5-14.

171 Cf. VANDERLINDEN, J. Return to legal pluralism: twenty years later, p. 156-157.

172 Cf. VANDERLINDEN, J. Return to legal pluralism: twenty years later, p. 150-154.

173 ROULAND, N. *Nos confins do direito*, p. 76-78 e 272-278.

174 ROULAND, N. *Nos confins do direito*, p. 278.

que, em Rouland, há uma tendência à diatopia que, se não chega a uma nova conceituação precisa a respeito do direito, realiza a importante tarefa de descentrar a análise antropológica de especificidades do direito ocidental, como é o caso da centralidade atribuída que este atribui à noção de norma.

O mesmo descentramento da dimensão normativa atinge um novo patamar na teoria do multijuridismo de Étienne Le Roy. Conforme elucida Villas Bôas Filho, esse autor mobiliza a noção de juridicidade para se referir a um fenômeno mais amplo de regulação social, do qual o direito, como compreendido no Ocidente, figura apenas como uma forma de concreção específica.¹⁷⁵ A juridicidade teria três características essenciais: (a) abrangência mais ampla do que o direito; (b) sua sancionabilidade como implicação do caráter obrigatório da conduta; (c) sua correspondência “à propriedade das práticas sociais de responderem a uma finalidade por meio de uma imposição coercitiva”.¹⁷⁶

Além das diferentes abrangências, há, pelo menos, outras três diferenças entre direito e juridicidade que, para os propósitos desta abordagem, merecem ser enfatizadas.

Em primeiro lugar, enquanto a juridicidade é essencialmente heterônoma, ostentando uma capacidade de ligação com outros campos (como parentesco, sagrado, moral, política, etc.) mediante relações de complementaridade, oposição, concorrência ou dependência, o direito tende a ser enfocado pelo Ocidente como um domínio pretensamente autônomo.¹⁷⁷ Representação paradigmática dessa pretensão pode ser encontrada na teoria de Kelsen, que descreve um direito que regula dinamicamente a sua própria produção e se distingue de outras formas de regulação social.

Em segundo lugar, Le Roy considera que a juridicidade repousa em três fundamentos, sujeitos a diferentes montagens pelas diversas culturas jurídicas.¹⁷⁸ Por essa razão, a montagem realizada na forma do direito ocidental seria apenas uma possível, e não a única. Esses fundamentos são:

- a) normas gerais e impessoais (NGI);

175 Cf. VILLAS BÔAS FILHO, O. Juridicidade: uma abordagem crítica à monolatria jurídica enquanto obstáculo epistemológico. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 109, 2014, p. 292.

176 VILLAS BÔAS FILHO, O. Juridicidade: uma abordagem crítica à monolatria jurídica enquanto obstáculo epistemológico, p. 293-295; LE ROY, É. O lugar da juridicidade na mediação. *Meritum*, Belo Horizonte, v.7, n.2, jul.-dez. 2012, p. 316.

177 Cf. VILLAS BÔAS FILHO, O. Juridicidade: uma abordagem crítica à monolatria jurídica enquanto obstáculo epistemológico, p. 296-297; LE ROY, É. O lugar da juridicidade na mediação, p. 317.

178 LE ROY, É. O lugar da juridicidade na mediação, p. 316-317.

- b) costumes ou modelos de condutas e de comportamentos (MCC);
- c) *habitus* ou sistemas de disposições duráveis (SDD).

A respeito dos sistemas de disposições duráveis, esclarece Villas Bôas Filho:

[...] o *habitus* expressaria maneiras de ser, de agir e de pensar e, enquanto tal, seria produto dos modos de socialização e de experiências ulteriores de vida em sociedade que induziriam comportamentos duráveis ou permanentes que, por sua vez, traduziriam as visões do mundo ou da sociedade por meio de arquétipos culturais (no sentido proposto por Michel Alliot) na forma por eles assumidas após serem revisitados por cada grupo cultural particular [...].¹⁷⁹

De acordo com Villas Bôas Filho, Le Roy compara as normas gerais e impessoais à parte emergida de um *iceberg*, ao mesmo tempo que situa, imagetivamente, os modelos de condutas e de comportamentos na linha de flutuação deste, e os sistemas de disposições duráveis no imenso volume submerso.¹⁸⁰ Com essa metáfora, ele mais uma vez corrobora o pensamento de Norbert Rouland, para quem as representações ocidentais modernas não permitem enxergar os “direitos ocultos”, pois “tudo o que atribuímos ao direito [...] não é mais que seu apêndice: do continente, só vemos a península”.¹⁸¹

De acordo com a tradição cultural em particular, é possível verificar diferentes formas de combinação desses três fundamentos. Algumas montagens da juridicidade, baseadas em diferentes formas de combinação destes últimos, são ilustradas por Le Roy no esquema a seguir, que não tem qualquer pretensão de exaurir todas as formas de combinação possíveis. Ainda assim, por meio dele é possível verificar que o primado atribuído pela tradição ocidental às normas gerais e impessoais não é de forma alguma compartilhado por todos os contextos culturais, que lhes atribuem graus variáveis de importância na regulação social.

179 Cf. VILLAS BÔAS FILHO, O. *Juridicidade: uma abordagem crítica à monolatria jurídica enquanto obstáculo epistemológico*, p. 304. A noção de *habitus* é expressamente inspirada no pensamento de Pierre Bourdieu, como revela a seguinte passagem de Le Roy: “Uma última forma de se colocar (ou de se deslocar) a questão da norma está em situá-la no contexto da prática e do ‘senso prático’, colocando-a em relação com o que Bourdieu denomina o *habitus*”. LE ROY, É. Norma. In: ARNAUD, André-Jean *et al* (Dir.). *Dicionário enciclopédico de teoria e de sociologia do direito*. Tradução de Patrice Charles, F. X. Willaume. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 527.

180 Cf. VILLAS BÔAS FILHO, O. *Juridicidade: uma abordagem crítica à monolatria jurídica enquanto obstáculo epistemológico*, p. 303.

181 ROULAND, N. *Nos confins do direito*, p. 184-185.

Tabela 1 – Montagens da juridicidade¹⁸²

Tradição	Fundamento primário	Fundamento secundário	Fundamento terciário
Ocidental/cristã	NGI	MCC	SDD
Africana/animista	MCC	SDD	NGI
Asiática/confuciana	SDD	MCC	NGI
Árabe/muçulmana	NGI	SDD	MCC

Dessa forma, já é possível compreender, ao lado de Christoph Eberhard, como a ideia de um fenômeno jurídico mais amplo, expressa na noção de juridicidade, conduz o caminho para a heterotopia.¹⁸³

Por fim, o terceiro aspecto que marca a distinção entre direito e juridicidade, e que será pormenorizado no subtópico a seguir, consiste no enraizamento do direito no âmbito de uma cosmogonia particular, de matriz judaico-cristã, não compartilhada por todas as tradições jurídicas. Enfatizar esse ponto é importante, pois assim é possível verificar que, por detrás da *ausência* de uma tal cosmogonia – e aqui é possível ouvir novamente o eco de Clastres – estão *presentes outras* cosmogonias, que permitem pensar *outras* formas de concreção da juridicidade.

1.1 2.2 COSMOGONIAS E REPRESENTAÇÕES SOBRE O DIREITO

Segundo Orlando Villas Bôas Filho, Étienne Le Roy compartilha do postulado de Michel Alliot, segundo o qual as diferentes concepções da juridicidade são determinadas por diferentes representações do mundo.¹⁸⁴ Diante disso, o autor observa que, para Le Roy, a cosmogonia ocidental consistiria em uma monolatria, isto é, na “tendência intelectual de reduzir a diversidade das formas do social à unidade imposta de uma categoria à qual se imputa ser a unidade dessa diversidade”.¹⁸⁵ Provavelmente não se deve ao acaso a proximidade que essa descrição tem com a concepção do “um sem o múltiplo”, identificada por Pierre Clastres na cultura dos indígenas sul-americanos.¹⁸⁶ Enfim, Villas Bôas

182 A tabela pode ser consultada em: VILLAS BÔAS FILHO, O. *Juridicidade: uma abordagem crítica à monolatria jurídica enquanto obstáculo epistemológico*, p. 305; _____. *A regulação jurídica para além de sua forma ocidental de expressão: uma abordagem a partir de Étienne Le Roy*, p. 181; EBERHARD, C. *Towards an intercultural legal theory*, p. 190; ____.

183 EBERHARD, C. *O Direito no mundo globalizado: em direção à “boa governança” através do diálogo intercultural*. *Revista Direito, Estado e Sociedade*, n. 33, jul.-dez. 2008, p. 11-12.

184 VILLAS BÔAS FILHO, O. *A regulação jurídica para além de sua forma ocidental de expressão: uma abordagem a partir de Étienne Le Roy*, p. 178; Cf. LE ROY, É. *O lugar da juridicidade na mediação*, p. 316.

185 Cf. VILLAS BÔAS FILHO, *Juridicidade: uma abordagem crítica à monolatria jurídica enquanto obstáculo epistemológico*, p. 310-311.

186 CLASTRES, *A sociedade contra o Estado: pesquisas de antropologia política* p. 184-189.

Filho explica que a monolatria engendraria, por sua vez, uma nomologia, uma “ciência da regra” e um “culto à lei”, repousando “sobre uma exogênese que supõe que a ordem do mundo teria sido imposta de maneira discricionária por uma divindade exterior, superior, onipotente e onisciente”.¹⁸⁷

Compartilhando a mesma inspiração na obra de Michel Alliot, Norbert Rouland afirma que “a idéia que o homem faz do direito depende do sentido que dá ao mundo”.¹⁸⁸ Tendo isso em vista, ele diferencia três tradições jurídicas: ocidental, oriental e africana – cada qual apoiada em uma cosmogonia distinta. O esboço dessa classificação serve, sobretudo, para salientar que a influência do monoteísmo judaico e cristão sobre as concepções ocidentais do direito provém de uma matriz comum, a qual é compartilhada, inclusive, pelo universo islâmico.¹⁸⁹

Como observa Rouland, a cosmogonia prevalente na tradição ocidental conteria a crença em uma única divindade criadora que transcende a sua criação, da qual se desdobra a ideia de normas que são impostas do exterior ao mundo. O criador, mediante seus atos de vontade, impõe ao mundo uma ordem exógena.¹⁹⁰ Assim, segundo Rouland, os monoteísmos gerariam representações e atitudes favoráveis à pretensão de monopolização do direito, seja por Deus ou pelo Estado.¹⁹¹

Em segundo lugar, no terreno das cosmogonias africanas, Rouland ressalta que “a crença em um deus primordial, criador, mas que não se preocupa muito em impor sua vontade aos homens, explica igualmente esse relativo desinteresse pela produção normativa”.¹⁹² Assim, na África Subsaariana, onde “a divisão social é concebida em termos de complementaridade”, há, ao invés, a predileção pela conciliação como forma de manutenção da ordem.¹⁹³

Em terceiro lugar, na tradição oriental confucionista, que prescinde tanto do deus transcendente quanto do deus primordial, também prevalece a busca pelo consenso nas relações entre os homens.¹⁹⁴ Norbert Rouland enfatiza que,

187 VILLAS BÔAS FILHO, Juridicidade: uma abordagem crítica à monolatria jurídica enquanto obstáculo epistemológico, p. 301.

188 ROULAND, N. *Nos Confins do Direito*, p. 61. Ao adentrar no tema das grandes tradições jurídicas e das respectivas cosmogonias que as perpassam, é o próprio Norbert Rouland quem o afirma de maneira explícita: “As linhas a seguir são largamente inspiradas em M. Alliot, A antropologia jurídica e o direito dos manuais [...]”. Idem, *ibidem*, p. 61.

189 Cf. ROULAND, N. *Nos confins do direito*, p. 61-62.

190 ROULAND, N. *Nos confins do direito*, p. 61-62.

191 ROULAND, N. *Nos confins do direito*, p. 69.

192 ROULAND, N. *Nos confins do direito*, p. 78.

193 ROULAND, N. *Nos confins do direito*, p. 77-78.

194 ROULAND, N. *Nos confins do direito*, p. 80.

por mais que alguns povos do Extremo Oriente tenham produzido codificações influenciadas pelo Ocidente, grande parte deles não compartilha da mesma confiança no direito (do tipo ocidental) para assegurar a ordem social e a justiça.¹⁹⁵ Entre eles, o direito positivo, em vez de ser imperativo e punitivo, apresenta um caráter ilustrativo de modelos de conduta; espera-se das pessoas não a obediência estrita a estes, mas uma aproximação paciente.¹⁹⁶

Sem poder explorar em termos mais pormenorizados essas diferentes cosmogonias, a cujas diversidade e complexidade não poderá ser feita justiça aqui, resta aproveitar os traços principais anteriormente expostos como contrapon-tos ao modo pelo qual o direito é preponderantemente descrito no contexto ocidental. Dessa maneira, a consideração de diferentes cosmogonias permite, desde logo, explicitar duas teses de grande importância.

Em primeiro lugar, as cosmogonias africanas e orientais são mais propensas ao que Étienne Le Roy descreve como uma *ordem aceita* e uma *ordem negociada*, que em geral constituem modelos de regulação de conflitos que se valem principalmente de mecanismos de acordo ou compromissos, em vez de normas gerais e impessoais que impõem punições.¹⁹⁷ Por isso, nelas prevalecem, como elementos de construção da juridicidade, os *sistemas de disposições duráveis* ou os *modelos de conduta e comportamento*. Por outro lado, a cosmogonia judaico-cristã tende a privilegiar uma *ordem imposta*, exógena, apoiada na obediência a atos de vontade impostos de fora, os quais demandam obediência, são materializados em textos escritos e podem ser interpretados como *normas gerais e impessoais*.¹⁹⁸

As regulações sociais dos dois primeiros tipos – como não poderiam deixar de ser – dependem da reunião de determinadas condições sob as quais é possível criar topicamente consensos em meio aos conflitos concretos. Pelas considerações feitas no primeiro capítulo, é razoável suspeitar que a sociedade do tipo moderno, altamente plural e dividida, encontre uma série de dificuldades para reuni-las.¹⁹⁹ As maiores dificuldades de resolução dos conflitos por meio

195 ROULAND, N. *Nos confins do direito*, p. 79

196 ROULAND, N. *Nos confins do direito*, p. 81.

197 Cf. LE ROY, É. O lugar da juridicidade na mediação, p. 299-300. Cf. ROULAND, N. *Nos confins do direito*, p. 137.

198 Cf. LE ROY, É. O lugar da juridicidade na mediação, p. 299-300. Cf. ROULAND, N. *Nos confins do direito*, p. 137

199 No mesmo sentido, as observações de Norbert Rouland: “A busca do consenso não é, de fato, conforme com os valores das sociedades ocidentais modernas, dominadas pela ideologia do individualismo e da competição. A mediação, a conciliação pressupõem para obter êxito certa afinidade de vida, uma partilha dos mesmos objetivos. É por isso que o “modelo etnológico” da ordem negociada se encontra mais facilmente nas sociedades elementares, as que são menos divididas. Nessas sociedades [...] As coisas mudam quando, por razões diversas, inicia-

da conciliação, em razão da dificuldade na obtenção de consensos, pressionam a solução mediante atos de vontade interpretados como normas.

Portanto, e em segundo lugar, pode-se aventar plausivelmente que as formas de regulação jurídica inspiradas pela visão de mundo judaico-cristã, ao privilegiarem a dimensão normativa, encontram terreno fértil em meio a esse contexto social específico, geralmente designado como moderno. Contudo, como será enfatizado posteriormente, cumpre alertar que a afinidade entre a cosmogonia judaico-cristã e as representações tipicamente ocidentais acerca da juridicidade não necessariamente exclui a atuação, no próprio Ocidente, de outras formas de concreção da juridicidade. Por ora, interessa apenas ressaltar que a análise da relação entre diferentes cosmogonias e as diferentes representações culturais do direito fornece mais uma razão para afirmar a afinidade entre, de um lado, os problemas de uma sociedade descrita como moderna e, de outro, certas montagens da juridicidade que, como a que se expressa na teoria pura do direito, privilegiam a dimensão normativa da regulação social.

No entanto, é importante salientar que as referências a cosmogonias de caráter monólatra não têm a pretensão de fornecer uma explicação mecanicista e monocausal de toda a experiência jurídica ocidental.²⁰⁰ É possível inferir que, para Norbert Rouland, a influência de determinadas cosmogonias constituiria apenas uma condição de ordem cultural, entre outras que influiriam sobre a representação do fenômeno jurídico.²⁰¹

se o processo de aumento de complexidade maximizado pelas sociedades modernas. O crescimento da densidade social e demográfica favorece a multiplicação dos conflitos [...] A diferenciação social se aprofunda com os distanciamentos econômicos e com a especialização do poder político. Nessas condições, a manutenção de uma comunidade de vida e de valores fica difícil, e o recurso às técnicas da ordem negociada, ainda mais trabalhoso. Numa sociedade complexa, a inclinação natural é a do julgamento e do direito imperativo". ROULAND, N. *Nos confins do direito*, p. 150-151.

200 Norbert Rouland afirma que as influências do monoteísmo sobre as concepções ocidentais do direito evidentemente não esgotam todas as explicações, razão pela qual ele analisa o culto à lei na França levando em consideração outros fatores, presentes especificamente no contexto francês pós-revolucionário. Entre estes, o autor sublinha, por exemplo, os traços fundamentais do iluminismo francês, defensor de leis inspiradas pela Razão, e não mais pela tradição consuetudinária. Cf. ROULAND, N. *Nos confins do direito*, p. 159-168.

201 Cf. ROULAND, N. *Nos confins do direito*, p. 69. Para além da atuação das cosmogonias, percebe-se que o advento da modernidade também figura, não por acaso, também na obra dos antropólogos, como horizonte da naturalização das formas de regulação social que privilegiam a dimensão normativa e a origem estatal da juridicidade. Deve-se enfatizar que os processos de secularização e racionalização, característicos da modernidade, se implicam a dissolução das cosmovisões religiosas, não impedem a conservação dos traços fundamentais da cosmogonia cristã, ainda que Deus tenha sido subtraído deles e que sem ele seja extremamente difícil lhes atribuir algum sentido. Nesse sentido, Norbert Rouland afirma que o Estado pretenderá ocupar o lugar deixado vago por Deus, apropriando-se dos atributos de criador único e onipotente capaz de transformar o mundo mediante as suas leis. Cf. idem, *ibidem*, p. 64. É por essa razão que foi possível constatar, no primeiro capítulo, uma profunda afinidade entre a

Nesse sentido, o autor alude também a condições sociológicas, relacionadas ao aumento da complexidade social, levando à diversificação e ao perigo de fragmentação social, em razão do aumento da potencialidade dos conflitos.²⁰² A esse respeito, tendo em vista o nível político de complexidade das sociedades tradicionais, afirma:

[...] o poder político sempre existe, mesmo nas sociedades em que sua organização é menos diferenciada (índios da Amazônia, esquimós). Ele repousa nas mãos de líderes cujos poderes são limitados, não hereditários e fundamentados mais no prestígio e na persuasão do que na coação. Mas não reveste uma forma estatal (existem entretanto Estados tradicionais).²⁰³

Dessa maneira, Norbert Rouland se aproxima da antropologia política de Pierre Clastres, para quem o poder político não necessariamente se manifesta de maneira coercitiva, entendida como uma relação de comando-obediência.²⁰⁴ Além disso, ele indica a especificidade do contexto político de determinada sociedade como algo que também contribui para explicar a particularidade da representação que ela faz acerca do fenômeno jurídico.

Assim, além de estar profundamente vinculada a uma visão de mundo monólatra, é possível que a representação tipicamente ocidental do fenômeno jurídico esteja enraizada em um contexto político muito particular. Essa possibilidade requer, portanto, alguma espécie de questionamento acerca do poder – e, pelo que foi explicitado anteriormente, o pensamento de Pierre Clastres é especialmente vocacionado ao enfrentamento de questões, ainda mais quando elas dizem respeito ao poder.

1.2 2.3 PODER POLÍTICO E DIREITO: A TESE DA SOCIEDADE CONTRA O ESTADO

Conforme visto, Pierre Clastres recusa veementemente a tese nietzschiana da necessidade inata de obedecer, isto é, a pressuposição, difundida também na antropologia política, de que o poder se expressaria universalmente como coerção ou relação de comando-obediência.²⁰⁵ Baseando-se em seu próprio trabalho de campo, o autor constrói a tese de que nas sociedades ameríndias da floresta tropical, pelo contrário, haveria não só a ausência de uma manifesta-

teoria positivista do direito, notadamente a de Hans Kelsen, e os problemas que a perspectiva sociológica costuma atribuir à configuração social tipicamente moderna.

202 Cf. ROULAND, N. *Nos confins do direito*, p. 58-59 e 68.

203 Cf. ROULAND, N. *Nos confins do direito*, p. 75.

204 Cf. CLASTRES, P. *A Sociedade contra o Estado*: pesquisas de antropologia política, p. 41.

205 Cf. CLASTRES, P. *A Sociedade contra o Estado*: pesquisas de antropologia política, p. 25.

ção estatal de poder, mas também a presença de uma organização política que se opõe frontalmente à instauração de um poder desse tipo. É uma sociedade sem Estado porque é antes uma sociedade *contra* o Estado.

A tese de Clastres repousa, sobretudo, em duas instituições indígenas que desempenham papéis fundamentais e complementares nessa recusa ao Estado: a chefia e a guerra. No entanto, sem se restringir a esses mecanismos, a oposição ao Estado também funciona mediante uma série de outros elementos, como a economia, a “tortura nas sociedades primitivas”, além da visão de mundo do “um sem o múltiplo”.

Segundo Clastres, o modo pelo qual a chefia e a guerra se manifestam nessas sociedades opõe sério desafio a um dos pilares mais importantes da perspectiva estruturalista de Lévi-Strauss.²⁰⁶ Na perspectiva desse autor, é a troca, nos níveis das palavras, dos cônjuges e dos bens, que permite verificar a fundação do social no princípio da reciprocidade – razão pela qual a proibição do incesto demarcaria a passagem do domínio da natureza para o da cultura.²⁰⁷

Clastres verifica, porém, que o chefe indígena ocupa um lugar bastante peculiar na estrutura social. Apoiando-se nas descrições de Robert Lowie, ele identifica três propriedades características do chefe indígena: seu papel de mera mediação de conflitos, sem poder de coerção; a generosidade quase pródiga com seus bens, a qual seria na realidade uma verdadeira servidão; e a boa oratória para os discursos diários.²⁰⁸ A elas Clastres ainda acrescenta uma quarta propriedade, que seria a poliginia como privilégio quase sempre exclusivo do chefe ou dos homens aptos à chefia.²⁰⁹ Enquanto a primeira característica expressaria apenas o próprio funcionamento não coercitivo do poder nas so-

206 Segundo Eduardo Viveiros de Castro, tanto o marxismo quanto o estruturalismo incorreriam, para Clastres, no equívoco de privilegiar a racionalidade econômica – seja na figura da produção ou da troca como fundamentação do social – e desvalorizar a intencionalidade política que assinalaria a singularidade da sociedade primitiva. VIVEIROS DE CASTRO, E. O intempestivo, ainda, p. 304-305.

207 “As obrigações de dar, receber e retribuir, as trocas concretas e seus cimentos místicos e afetivos, rochas da vida social em Mauss, passam em Lévi-Strauss à condição de aparências, a denunciar a operação, em um plano mais profundo, do inconsciente. Nas trocas, quer Lévi-Strauss, há mais do que as coisas trocadas: como reflexos da operação do princípio de reciprocidade, as trocas testemunham, no domínio cultural, uma estruturação natural inconsciente, responsável pela emergência do pensamento simbólico”. BARBOSA, G. A socialidade contra o Estado: a antropologia de Pierre Clastres, p. 541. Norbert Rouland resume da seguinte forma a relação entre troca e proibição do incesto: “Para Claude Lévi-Strauss, a proibição do incesto é a condição de toda a vida em sociedade. Renuncia-se a esposar os parentes próximos e aceita-se dá-los em casamento a outros grupos familiares, dos quais se receberão por sua vez cônjuges. Sem essas trocas, cada grupo viveria fechado em si mesmo, condenado a mais ou menos longo prazo à implosão”. ROULAND, N. *Nos confins do direito*, p. 42.

208 CLASTRES, P. *A sociedade contra o Estado*: pesquisas de antropologia política, p. 48-50.

209 CLASTRES, P. *A Sociedade contra o Estado*: pesquisas de antropologia política, p. 51.

iedades indígenas, as demais referem-se às relações do chefe ligadas aos três níveis estruturais da sociedade.²¹⁰

A partir dessas relações, Clastres entende que é possível compreender em parte o porquê de o poder se manifestar daquela maneira. Todas as três, afirma ele, não consistem propriamente em trocas; são relações unidirecionais: os bens do chefe fluem ao grupo, mas os bens do grupo não fluem em direção ao chefe; as palavras do chefe fluem ao grupo, que não pode proferir a palavra na medida em que esta consiste em monopólio do chefe; e, enfim, por meio da poligínia, as mulheres do grupo fluem em direção ao chefe sem uma contrapartida satisfatória.²¹¹ Aliás, pelos bens e palavras dos chefes apresentarem, nessas sociedades, um valor ínfimo se comparado ao das mulheres, Clastres considera equivocado compreender que haja uma genuína troca destas por aqueles.²¹² Esses três elementos não constituem signos da comunicação, mas valores em si. As três operações sobre eles são, portanto, unidirecionais e independentes entre si, razão pela qual não é de reciprocidade a relação entre o chefe e grupo.²¹³

Por essa razão, essas relações apenas podem significar uma negação da reciprocidade que, em tese, seria estruturante do liame social. Consequentemente, o poder do chefe mantém uma relação de negação com o grupo (este fundado na reciprocidade). É precisamente esse caráter marginal relativamente ao grupo que permitiria explicar a ausência de autoridade do chefe indígena.²¹⁴

No entanto, Marcio Goldman e Tânia Stolze Lima entendem que essa conclusão de Clastres não convence plenamente, pois a relação de negação entre poder e grupo, não constituindo uma especificidade da chefia indígena, poderia muito bem ser compreendida como uma característica comum ao poder coercitivo estatal.²¹⁵ Dessa maneira, fica por explicar como a poligínia, esse fenômeno altamente improvável pela elevada valoração atribuída às mulheres, poderia explicar a especificidade da chefia indígena.

É preciso lembrar que o ensaio que exprimiu a chefia indígena nesses termos, intitulado *Troca e poder: filosofia da chefia indígena*, foi o primeiro publicado por Pierre Clastres. Nesse sentido, Lima e Goldman procuram – e encontram – respostas em escritos posteriores do autor. Eles entendem que Clastres obtém uma melhor compreensão do problema mediante a mobilização da noção

210 CLASTRES, P. *A Sociedade contra o Estado*: pesquisas de antropologia política, p. 55-57.

211 CLASTRES, P. *A Sociedade contra o Estado*: pesquisas de antropologia política, p. 57-60.

212 CLASTRES, P. *A Sociedade contra o Estado*: pesquisas de antropologia política, p. 57-58.

213 CLASTRES, P. *A Sociedade contra o Estado*: pesquisas de antropologia política, p. 60-61 e 66.

214 CLASTRES, P. *A Sociedade contra o Estado*: pesquisas de antropologia política, p. 61.

215 LIMA, T. S.; GOLDMAN, M. Pierre Clastres, etnólogo da América, p. 297.

de dívida. Como as mulheres são de longe o valor mais elevado do universo social indígena, a poliginia constituiria, então, aquilo que mantém o chefe em eterna dívida com o grupo, em uma insuperável impotência.²¹⁶

O estatuto da linguagem exprime exatamente como a noção de dívida adquire importância decisiva para a compreensão da impotência do chefe. Clastres afirma existir um elo metaistórico entre o poder e a palavra, razão pela qual ambos não subsistem senão um no outro.²¹⁷ Contudo, o modo pelo qual essa ligação ocorre varia conforme o tipo de sociedade em que ela se insere. Nas sociedades estatais, marcadas pela divisão entre os que mandam e os que obedecem, enquanto os senhores falam, os súditos silenciam e ouvem. Nelas, a palavra é, portanto, uma *prerrogativa* do poder.²¹⁸ Já nas sociedades primitivas, embora o chefe também monopolize a palavra do discurso coletivo, ele a tem também como um *dever* constante, além de não ser efetivamente *ouvido* pelos seus interlocutores, porque estes não são obrigados a fazê-lo.²¹⁹ Diz Clastres: “A palavra do líder encerra em si mesma a ambiguidade de ser desviada da função de comunicação imanente à linguagem”.²²⁰ Por essas razões, a palavra do chefe não consegue se converter em *comando* capaz de demandar *obediência*.²²¹ É dessa maneira que a noção de dívida permite compreender a especificidade da relação entre troca e poder.

Curiosamente, neste ponto, cabe um paralelo extremamente oportuno: se Kelsen disse que “não há imperativo sem imperador”²²², o que Clastres enfatiza, por outro lado, é que não há imperador sem imperativos. Efetivamente, sua tese é a de que as sociedades indígenas são desprovidas tanto de um elemento quanto do outro.

Embora essas observações se refiram ao plano da atividade inconsciente do grupo, Clastres recusa o preconceito arcaísta e etnocêntrico segundo o

216 LIMA, T. S.; GOLDMAN, M. Pierre Clastres, etnólogo da América, p. 298.

217 CLASTRES, P. *A sociedade contra o Estado*: pesquisas de antropologia política, p. 168-169.

218 CLASTRES, P. *A sociedade contra o Estado*: pesquisas de antropologia política, p. 168-170.

219 CLASTRES, P. *A sociedade contra o Estado*: pesquisas de antropologia política, p. 170-171 e 228.

220 CLASTRES, P. *A sociedade contra o Estado*: pesquisas de antropologia política, p. 65.

221 “Da boca do chefe não saem palavras que sancionariam a relação de comando-obediência, mas o discurso da própria sociedade sobre si mesma, discurso por meio do qual ela se autoproclama comunidade indivisa e vontade de perseverar nesse ser indiviso”. CLASTRES, P. *Arqueologia da violência*: pesquisas de antropologia política. Tradução de Paulo Neves. 3ª ed. São Paulo: Cosac Naify, 2014, p. 140-141.

222 Conforme visto anteriormente, Kelsen faz esta afirmação para justificar a sua tese de que o direito é exclusivamente o direito positivo, isto é, um fenômeno normativo que pressupõe um ato de vontade que o positive. “Kein Imperativ ohne Imperator”. KELSEN, H. *Allgemeine Theorie der Normen*, unver. Neud. Der Aufl. Von 1979, Wien, 1990, p. 3, 23, 187 apud DIAS, G. N. *Positivismo jurídico e a teoria geral do direito*: na obra de Hans Kelsen, p. 144.

qual a impotência do chefe seria um mero desvio acidental no processo constitutivo do poder. De acordo com ele, essa recusa supõe certa intencionalidade sociológica como a razão última que estaria por trás desse resultado.²²³ Assim, diz ele, “o poder é exatamente o que as sociedades [indígenas] quiseram que ele fosse”.²²⁴ Portanto, se o poder é essencialmente não coercitivo,²²⁵ então há a recusa da autoridade por parte dessas sociedades, há a recusa de um órgão do poder separado do corpo da sociedade, a qual é plausível (mais do que a hipótese etnocêntrica da accidentalidade) pela sua permanência e extensão em proporções continentais.²²⁶

Clastres acrescenta uma explicação para essa intencionalidade sociológica: as sociedades indígenas teriam descoberto o “grande parentesco entre o poder e a natureza, como dupla limitação do universo da cultura”²²⁷ (ambos significam a ruptura da troca e da reciprocidade). Justamente como mecanismo de defesa para controlar o poder e os constrangimentos que ele opõe ao universo social, “a cultura utiliza contra o poder a própria astúcia da natureza; é por isso que se nomeia o chefe o homem no qual se quebram a troca das mulheres, das palavras e dos bens”.²²⁸ Conhecendo a contrariedade que o poder exerce sobre a coletividade, resolve-se o problema mediante a instituição de um che-

223 CLASTRES, P. *A sociedade contra o Estado*: pesquisas de antropologia política, p. 61-63.

224 CLASTRES, P. *A sociedade contra o Estado*: pesquisas de antropologia política, p. 63.

225 O termo “poder” na obra de Clastres muitas vezes aparece de forma ambígua. Em alguns textos (como *Copérnico e os selvagens*), o autor distingue entre poder coercitivo e poder não-coercitivo, atribuindo exclusivamente este último às sociedades primitivas e, mais especificamente, ao seu chefe, e o primeiro, entendido como expressão da relação comando-obediência, ao Estado. Em outros textos (como *A questão do poder nas sociedades primitivas*), porém, ele se refere unicamente a um poder – sem aquela diferenciação – que pertenceria ao grupo e não a um órgão dele separado, chegando a afirmar, inclusive, que a chefia seria apenas o lugar aparente do poder. Em vez de uma contradição, parece que o autor se refere ao poder em três planos distintos. Em primeiro lugar, um poder que significaria uma coerção difusa, como a que se manifesta na lei das sociedades primitivas, de tal modo que seria incapaz de se converter em uma relação de comando-obediência (em uma cisão entre dominantes e dominados), e, assim, pertenceria unicamente à sociedade como um todo indiviso. No segundo plano, o poder também consistiria em uma forma de coerção, mas nesse caso se converteria em uma relação de comando-obediência e pertenceria a um órgão destacado do corpo social. Por fim, o poder não-coercitivo do chefe, isto é, aquele prestígio que não se prestaria a qualquer forma de coerção, porquanto a primeira forma difusa apenas poderia ser exercida indistintamente pelo grupo, enquanto a segunda consistiria justamente no paradigma ao qual a sociedade procuraria se contrapor mediante o mecanismo da chefia. Portanto, o poder do chefe, descrito por Clastres, não é incompatível com o caráter coercitivo atribuído por Le Roy à juridicidade, desde que essa coerção seja tomada em sentido difuso. Cf. CLASTRES, P. *A sociedade contra o Estado*: pesquisas de antropologia política, p. 25-45; CLASTRES, P. *Arqueologia da violência*: pesquisas de antropologia política, p. 137-143.

226 CLASTRES, P. *A sociedade contra o Estado*: pesquisas de antropologia política, p. 61-63.

227 CLASTRES, P. *A sociedade contra o Estado*: pesquisas de antropologia política, p. 64.

228 CLASTRES, P. *A sociedade contra o Estado*: pesquisas de antropologia política, p. 64.

fe transfigurado em eterno servo do grupo.²²⁹ Trata-se, portanto, de uma sociedade contra o Estado.²³⁰

Para Clastres, enquanto a política interna funciona, por meio do mecanismo da chefia, com o intuito de evitar que surja no âmago do grupo a divisão entre dominantes e dominados, a política externa mobiliza o mecanismo da guerra com o propósito de evitar que a dominação surja a partir do exterior.²³¹

Clastres constata que a guerra é uma presença praticamente universal nas sociedades indígenas.²³² A onipresença decorre da fragmentação que ela gera: por meio dela a comunidade afirma sua identidade ao mesmo tempo que se opõe à figura do outro. Assim, a belicosidade funciona como mecanismo que ativa as forças centrífugas contrárias à força centrípeta estatal. Enquanto o Estado tende à unificação, a guerra tende à multiplicidade.²³³

Dessa maneira, a tendência centrípeta do Estado encarna justamente a figura do “um sem o múltiplo”, a qual em geral seria repudiada pela visão de mundo indígena.²³⁴ Sem poder fazer justiça aqui à complexidade e sofisticação do pensamento autóctone, cabe apenas recuperar algumas considerações de Clastres a fim de ilustrar como essa visão de mundo estaria articulada com a lógica de contrariedade ao Estado. Conforme a descrição de Clastres, o “um” seria, para os índios Guarani, a expressão do que é transitório, passageiro, efêmero, incompleto, finito e, nesse sentido, imperfeito.²³⁵ Na medida em que esse “ser um” constitui uma propriedade das coisas, o mundo seria uma Terra imper-

229 Cf. BARBOSA, G. A socialidade contra o Estado: a antropologia de Pierre Clastres, p. 557-558.

230 Deve-se alertar que, apesar da expressão “a sociedade contra o Estado”, a contrariedade ao Estado não significa um processo determinado unicamente pelo plano social, tampouco pelo plano individual. Trata-se da expressão de um funcionamento que, segundo Lima e Goldman, opera, à luz do pensamento de Clastres, simultaneamente no plano empírico sociológico e no plano das figuras subjetivas (o chefe, o guerreiro, o caçador, etc.), os quais sempre remetem uns aos outros. Cf. LIMA, T. S.; GOLDMAN, M. Pierre Clastres, etnólogo da América, p. 307-308. Tendo em vista justamente essas articulações entre subjetividade e objetividade, Gustavo Barbosa pretende aproveitar as virtualidades do pensamento de Clastres, propensas a superar o antigo impasse entre o individualismo metodológico e o holismo transcendental, bem como o dualismo – herdado de Durkheim – entre indivíduo e sociedade, mediante a mobilização de um conceito de socialidade que permita apreender melhor as “máquinas sociais sem nenhuma externalidade com as formas de subjetivação que engendram e por meio das quais operam”, ou então “como a ‘objetividade’ da socialidade pode operar por meio da ‘subjetividade’ das pessoas-em-interação”. Cf. BARBOSA, G. A socialidade contra o Estado: a antropologia de Pierre Clastres, p. 529, 534-536 e 560-562. Dessa maneira, de fato, o novo conceito pode apresentar certo potencial heurístico na descrição dos funcionamentos contrários ao Estado, captados no âmbito do que, em uma visão mais tradicional, poderia ser designado como sendo uma única sociedade.

231 Cf. CLASTRES, P. *Arqueologia da violência*: pesquisas de antropologia política, p. 250-251.

232 CLASTRES, P. *Arqueologia da violência*: pesquisas de antropologia política, p. 220-221.

233 CLASTRES, P. *Arqueologia da violência*: pesquisas de antropologia política, p. 239 e 250-251.

234 CLASTRES, P. *A sociedade contra o Estado*: pesquisas de antropologia política, p. 229-230.

235 CLASTRES, P. *A sociedade contra o Estado*: pesquisas de antropologia política, p. 187.

feita e má.²³⁶ Ao “um”, cuja expressão lógica é o princípio da identidade e da não-contradição, contrapõe-se o “dois”, que, em sua completude, constituiria o “[ser] ao mesmo tempo o um e seu outro”.²³⁷ Ora, de acordo com Clastres, essa leitura metafísica seria acompanhada de uma leitura política, a qual igualaria o “um” àquela força social centrípeta e etnocida (tendente a substituir as diferenças pela identidade), ou seja, ao Estado, que é igualmente rejeitado pela visão de mundo indígena.²³⁸

Assim, por um lado, a comunidade perfaz uma *totalidade* na medida em que, por meio da guerra, afirma sua autonomia com relação ao outro, mantendo a dispersão e evitando que a dominação seja introduzida de fora. Por outro lado, a comunidade também constitui uma *unidade* (no sentido de indivisão) na medida em que, sobretudo por meio da chefia, recusa que a divisão social entre dominantes e dominados surja do seu interior, e “não deixa nenhuma figura do Um destacar-se do corpo social para representá-la [...]”.²³⁹

De acordo com Clastres, essas duas propriedades – totalidade e unidade – mantêm, portanto, uma relação de mútua pressuposição:

A comunidade primitiva pode se afirmar como totalidade porque se institui como unidade: ela é um todo finito porque é um Nós indiviso.²⁴⁰

Vê-se assim que é a mesma lógica rigorosa que determina tanto a política interna quanto a política externa da sociedade primitiva. Por um lado, a comunidade quer perseverar em seu ser indiviso e impede para tanto que uma instância unificadora se separe do corpo social – a figura do chefe comandante – e introduza a divisão social entre o Senhor e os Súditos. Por outro lado, a comunidade quer perseverar em seu ser autônomo, isto é, permanecer *sob o signo de sua própria Lei*: ela recusa assim toda lógica que a levaria a submeter-se a uma lei exterior, ela se opõe à exterioridade da Lei unificadora. Ora, qual é esse poder legal que engloba todas as diferenças a fim de suprimi-las, que só se sustenta ao abolir a lógica do múltiplo para substituí-la pela lógica contrária da unificação, qual é o outro nome desse Um que recusa por essência a sociedade primitiva? É o Estado.²⁴¹

236 CLASTRES, P. *A sociedade contra o Estado*: pesquisas de antropologia política, p. 185-186.

237 CLASTRES, P. *A sociedade contra o Estado*: pesquisas de antropologia política, p. 188.

238 Cf. CLASTRES, P. *A sociedade contra o Estado*: pesquisas de antropologia política, p. 229-230; CLASTRES, P. *Arqueologia da violência*: pesquisas de antropologia política, p. 83.

239 CLASTRES, P. *Arqueologia da violência*: pesquisas de antropologia política, p. 238.

240 CLASTRES, P. *Arqueologia da violência*: pesquisas de antropologia política, p. 239

241 CLASTRES, P. *Arqueologia da violência*: pesquisas de antropologia política, p. 251.

Segundo Clastres, o fenômeno da guerra nas sociedades primitivas estaria sujeito a interpretações equivocadas, geralmente tributárias do que ele considera ser uma confusão de planos sociológicos.

Quanto a isso, mais uma vez Clastres mantém distância da perspectiva de Lévi-Strauss. Para esse autor, entende ele, a guerra não teria um estatuto próprio: seria um caso particular da troca, na medida em que seria apenas a frustração da troca, ou seja, o resultado de transações malsucedidas.²⁴² Nesse tipo de leitura, como diz Clastres, a troca seria vista como instituidora do social e ostentaria primazia sociológica e ontológica sobre a guerra.²⁴³ Enquanto Hobbes teria superestimado a guerra, vendo entre os “selvagens” da América uma guerra generalizada que impediria a superação do estado de natureza,²⁴⁴ Lévi-Strauss a teria subestimado e omitido significativamente seu papel sobre os indígenas. Por outro lado, se “Hobbes não considerava a troca, Lévi-Strauss não considerava a guerra”.²⁴⁵ Assim, a hipótese da amizade generalizada implicaria a perda da totalidade; a hipótese da guerra generalizada, a perda da unidade, a partir do momento em que a divisão entre vencedores e vencidos se convertesse na base de uma relação de comando-obediência.²⁴⁶

Sem se limitar à consideração da guerra como mera ausência de troca, Clastres dá continuidade a sua revolução copernicana, agora para apreender a guerra indígena em toda a sua positividade.²⁴⁷ O autor considera que as leituras descritas acima são francamente insuficientes para a compreensão do funcionamento da sociedade primitiva. “A sociedade primitiva é o espaço da troca e é também o lugar da violência: a guerra, tanto quanto a troca, pertence ao ser social primitivo”²⁴⁸ – afirma Clastres. Assim, para o autor, não há contradição entre ambas; a exclusão de uma ou de outra decorreria da confusão consistente em situá-las no mesmo plano sociológico, quando na realidade se desdobram em planos distintos.²⁴⁹

No plano da fundação da sociedade, a troca exogâmica de mulheres realmente opera como o que permite que a sociedade surja em oposição à nature-

242 CLASTRES, P. *Arqueologia da violência*: pesquisas de antropologia política, p. 230-231.

243 CLASTRES, P. *Arqueologia da violência*: pesquisas de antropologia política, p. 231.

244 Cf. CLASTRES, P. *Arqueologia da violência*: pesquisas de antropologia política, p. 219-220. Aliás, mostrando não se tratar de uma brutalidade desenfreada e destrutiva, Eduardo Viveiros de Castro atenta para o fato de que a “guerra” entre os indígenas é mais bem entendida como “o estado metaestável de hostilidade virtual entre comunidades locais relativamente autônomas”. VIVEIROS DE CASTRO, E. O intempestivo, ainda, p. 302.

245 CLASTRES, P. *Arqueologia da violência*: pesquisas de antropologia política, p. 234.

246 Cf. CLASTRES, P. *Arqueologia da violência*: pesquisas de antropologia política, p. 240-242.

247 Cf. CLASTRES, P. *Arqueologia da violência*: pesquisas de antropologia política, p. 233.

248 CLASTRES, P. *Arqueologia da violência*: pesquisas de antropologia política, p. 234.

249 CLASTRES, P. *Arqueologia da violência*: pesquisas de antropologia política, p. 242-243.

za. Porém, no nível do efetivo funcionamento da sociedade primitiva, Clastres entende que a guerra ostenta primazia sobre a troca: a troca intercomunitária de mulheres para forjar alianças é necessária – a contragosto – porque há inimigos a serem combatidos; por sua vez, eles existem porque isso é necessário para evitar a unificação que conduz à emergência do Estado.²⁵⁰ Enquanto o primeiro tipo de troca marca a sociedade como tal, o segundo tipo marca a sociedade especificamente primitiva. Como observam Marcio Goldman e Tânia Stolze Lima, se é verdade que a troca constitui o universo social, por outro lado, as práticas que rompem a troca em pontos específicos, como a dívida do chefe e a guerra, permitem aos grupos humanos diferenciarem-se uns dos outros.²⁵¹

Por essa razão, para Gustavo Barbosa, enquanto a antropologia estrutural teria “desnudado” o homem em virtude de sua preocupação kantiana com as condições de possibilidade da vida em sociedade, Pierre Clastres começaria de onde Lévi-Strauss teria parado: dos homens “nus”, mas a partir de então “não mais dos mesmos homens”.²⁵² A distinção fundamental entre ambos, segundo Barbosa, seria precisamente a seguinte: “a preocupação de um é com a lógica que permite o funcionamento da sociedade, a do outro, com a lógica da sociedade em funcionamento”.²⁵³ Daí, inclusive, a razão de Clastres não considerar que o estruturalismo seja equivocado, embora siga inapropriado para os propósitos que ele pretende desenvolver no âmbito da antropologia política.²⁵⁴

250 CLASTRES, P. *Arqueologia da violência*: pesquisas de antropologia política, p. 243-248.

251 Nesse sentido: LIMA, T. S.; GOLDMAN, M. Pierre Clastres: etnólogo da América, p. 299-300. Entre essas práticas, pode-se mencionar também, como ruptura no plano das palavras, o canto dos índios Guayaki. Cf. CLASTRES, P. *A sociedade contra o Estado*: pesquisas de antropologia política, p. 140.

252 Cf. BARBOSA, G. A socialidade contra o Estado: a antropologia de Pierre Clastres, p. 542-543.

253 BARBOSA, G. A socialidade contra o Estado: a antropologia de Pierre Clastres, p. 547.

254 Gustavo Barbosa esclarece: “Clastres não questiona que, no nível de uma sócio-lógica, da preocupação de inspiração kantiana com as condições de possibilidade da vida social, a reciprocidade operará e garantirá a instituição da sociedade, por meio do estabelecimento de uma descontinuidade com relação à natureza. Isso não nos faculta, porém, procurar troca e reciprocidade *partout*, como se cada piscadela de olho tivesse de ser devolvida. Daí a necessidade de distinção dos planos em que a análise é desenvolvida – no da instituição da sociedade, a troca necessariamente agirá; no da vida social em funcionamento, não, precisamente conforme ilustra a discussão a respeito da troca de mulheres e da aliança com os cunhados. A proibição do incesto obriga à troca de mulheres: neste sentido, funda a sociedade e inaugura a distinção, a nossa separação definitiva da animalidade. Até aí, Clastres acompanha Lévi-Strauss. Mas a operacionalização da troca de mulheres, a troca *de fato*, em operação, exige outro tipo de raciocínio: neste terreno, estabelece Clastres, a guerra precederá à aliança, e a aliança estabelecerá os limites da troca. É porque as sociedades primitivas têm inimigos – e precisam tê-los [...] – que os cunhados são necessários.” Idem, *ibidem*, p. 550. Da mesma maneira, Tânia Stolze Lima e Marcio Goldman afirmam que a antropologia estrutural é efetivamente uma teoria crítica sobre as condições de possibilidade da vida social. LIMA, T. S.; GOLDMAN, M. Pierre Clastres: etnólogo da América, p. 299. A propósito, em entrevista realizada em 1974 para a revista francesa *L’Anti-Mythes*, contida na coletânea *A Sociedade contra o Estado*, Clastres afirma: “Não sou estruturalista, mas não tenho nada contra o estruturalismo; é que me ocupo, como etnólogo, de campos que, em minha opinião, não são do domínio

Sem poder recuperar com mais detalhes as teses de Pierre Clastres, resta enfatizar brevemente, como feito por Viveiros de Castro, que a sociedade contra o Estado não precisa ser tomada como um tipo ideal, podendo ser mobilizada para perceber as “fendas, frestas e linhas de fuga” nas quais a nossa própria sociedade, talvez não com a mesma intensidade que as sociedades indígenas, oferece, ainda assim, resistência às forças centrípetas e coercitivas do Estado.²⁵⁵ No mesmo sentido, a antropologia brasileira encontra-se repleta de estudos que constaram diversas socialidades contra o Estado coexistindo com a sociedade do Estado.²⁵⁶ O próprio Clastres, aliás, em artigos como *Independência e exogamia*, constata, especialmente entre os Tupis, a existência de forças centrípetas, propensas à unificação estatal, em meio às forças centrífugas que tenderiam à dispersão,²⁵⁷ razão pela qual, inclusive, ele sempre esteve atento às condições sob as quais o Estado poderia surgir nas sociedades primitivas.²⁵⁸

Portanto, é preciso considerar a existência de sociedades e contextos sociais nos quais não prepondera a organização política baseada na relação comando-obediência. Aí, enfim, reside justamente a atualidade encontrada por Renato Sztutman no pensamento de Pierre Clastres: o Estado não é uma necessidade inata à vida social, razão pela qual o pensamento sobre a política – e, pode-se acrescentar, sobre o direito ou a juridicidade – precisa de outros termos.²⁵⁹

Nesse ponto, é necessário retomar a antropologia jurídica para identificar o nexos existente, em uma dada sociedade, entre (a) as cosmogonias; (b) as

de uma análise estrutural [...] Aqui me ocupo em linhas gerais, digamos, de antropologia política, da questão da chefia e do poder, e aí tenho impressão de que a coisa não funciona, depende de um outro tipo de análise”. CLASTRES, P. *A sociedade contra o Estado: pesquisas de antropologia política*, p. 232. Ademais, no ensaio *Os marxistas e sua antropologia*, inserido na coletânea *Arqueologia da violência*, o autor especifica as razões do seu distanciamento com relação ao estruturalismo, no mesmo sentido aqui considerado: “Que lacuna é essa onde se implanta o fracasso do estruturalismo? É que esse importante discurso da antropologia social não fala da sociedade. O que é suprimido, apagado do discurso estruturalista (essencialmente o de Lévi-Strauss [...]) aquilo de que esse discurso não pode falar, porque não é feito para isso, é da sociedade primitiva concreta, de seu modo de funcionamento, de sua dinâmica interna, de sua economia e de sua política”. Adiante, com relação à proibição do incesto, acrescenta que: “Essa função do parentesco explica que os homens não são animais, não mais do que isso: ela não explica de que maneira o homem primitivo é um homem particular, diferente dos outros, de que maneira a sociedade primitiva é irreduzível às outras”. CLASTRES, P. *Arqueologia da violência: pesquisas de antropologia política*, p. 200-201.

255 VIVEIROS DE CASTRO, E. O intempestivo, ainda, p. 322.

256 Para uma descrição introdutória dos trabalhos desenvolvidos por antropólogos como Marcio Goldman, Tânia Stolze Lima, Ana Cláudia Marques e Florencia Ferrari: SZTUTMAN, R. Introdução: pensar com Clastres ou da atualidade do contra-Estado. *Revista de Antropologia*, São Paulo, v. 54, nº 2, 2011, p. 561-566.

257 Cf. CLASTRES, P. *A sociedade contra o Estado: pesquisas de antropologia política*, p. 89-91.

258 Cf. VIVEIROS DE CASTRO, E. O intempestivo, ainda, p. 344-346.

259 SZTUTMAN, R. Introdução: pensar com Clastres ou da atualidade do contra-Estado, p. 557.

representações e manifestações predominantes do poder político; e (c) as representações e manifestações predominantes do direito.

O pensamento de Pierre Clastres sugere a existência de sociedades que não se organizam politicamente por meio do binômio comando-obediência, ou, na terminologia adotada por Kelsen, atos de vontade dirigidos à conduta de terceiros. Por isso mesmo, são sociedades que não dão centralidade à norma como “esquema de interpretação” dos atos de vontade do mundo empírico em termos de um “dever-ser” positivado.

Em vez disso, na forma com que foi descrita por Clastres, a tortura das sociedades primitivas, que expressaria a sua “lei”, parece constituir muito mais uma regulação social dependente de certos *habitus* sociais ou modelos de conduta em vez de normas interpretadas a partir de atos de vontade dirigidos a terceiros. Trata-se de uma coerção, é certo, mas operante de maneira extremamente difusa e, portanto, insuscetível de ser reduzida à relação de comando-obediência. Por meio do ritual de iniciação, explica Clastres, a sociedade inscreve um determinado saber no corpo das pessoas: a lei que proíbe a divisão social entre dominantes e dominados ao determinar “*Tu não és menos importante nem mais importante do que ninguém*”.²⁶⁰ Daí resulta um saber que não se adquire por meio da obediência a um comando separado do grupo, à lei separada do Estado; é – pelo contrário – a isso mesmo que o seu conteúdo se contrapõe.

Além disso, nessas sociedades falta completamente a representação monólata de uma divindade transcendente cuja vontade impõe ao mundo uma ordenação exógena. A esse respeito, Hélène Clastres mostra como a religião dos índios guarani foi equivocadamente interpretada como inexistente por missionários e cronistas, sob o preconceito de que devesse necessariamente se basear nas ideias de uma divindade criadora e de uma disjunção irredutível entre os homens e os deuses.²⁶¹ “Gentes sem fé, nem lei, nem rei”: mais um exemplo, portanto, de qualificação etnocêntrica do outro em termos de ausência.

Corroborando esse triplo nexos entre cosmogonias, direito e política, Norbert Rouland, novamente aludindo ao pensamento de Michel Alliot, afirma que:

According to Alliot, certain societies find their coherence principally in the very organizing principles of their social structure, in which each part is essential to the coherence of the whole. This is the case in many traditional societies. Other societies prefer to resort to an

260 CLASTRES, P. *A sociedade contra o Estado*: pesquisas de antropologia política, p. 199-200.

261 CLASTRES, H. *Terra sem mal*. Tradução de Renato Janine Ribeiro. Brasília: São Paulo, 1978, p. 14 e 29-30.

outside authority, which will impose its own coherence: the state, but also sometimes a god, in general a single god (the Hebrew, Christian, or Islamic God). The state is thus only one form of authoritarian social control. In this first model of society, an individual is primarily defined in relation to the various social groups to which that individual belongs, and competition between these groups is limited; the field of law – often secret – is restricted, and is expressed more by a case-by-case search for equity than by the prescription of general and permanent norms.²⁶²

Portanto, sem se reduzir à mera constatação descritiva de uma curiosidade, tal esforço, no sentido de identificar cosmogonias atreladas às representações do direito e da política em uma dada sociedade, tem uma importância primordial para os propósitos deste trabalho. Trata-se de descentrar a análise da experiência particular e concreta do Ocidente moderno, permitindo observar os pontos-cegos de descrições do direito que não renunciam ao seu *locus* predileto de enunciação.

2.4. AFINIDADE COM A PERSPECTIVA DA TRANSMODERNIDADE

As referências feitas até aqui à modernidade tiveram o condão de indicar as especificidades que podem ser atribuídas, de maneira preponderante, ao contexto social tipicamente ocidental moderno. Dessa maneira, foi possível constatar a afinidade da teoria pura do direito com o que a tradição sociológica weberiana compreende como sendo o processo de modernização no Ocidente, bem como o fato de as categorias e experiências jurídicas e políticas prevalentes nesse contexto particular não serem universalmente compartilhadas por todas as configurações sociais.

Entretanto, é preciso enfatizar que, ao designar certo contexto social em particular – ao menos preponderantemente – como moderno, este trabalho não pressupõe que a noção de modernidade possa ser transposta diretamente à sociedade contemporânea como se predicasse, de maneira exclusiva, um bloco social monolítico e homogêneo. Assim, uma apreensão consequente dos limites da experiência moderna não só requer um esforço de descentramento e abertura à alteridade, conforme realizado nos tópicos anteriores, mas também a verificação do alcance de suas especificidades na sociedade contemporânea. Nesse sentido, é possível constatar que as particularidades modernas não detêm um monopólio sobre as configurações dos países ocidentais, mesmo os europeus, tradicionalmente tomados pela sociologia como contexto de referência para a descrição do processo de modernização. Conforme é possível depreen-

262 ROULAND, N. *Legal anthropology*, p. 127.

der a partir de variados trabalhos da antropologia francófona, a sociedade contemporânea é, pelo contrário, heterogênea e atravessada por uma pluralidade de lógicas e visões de mundo que não são redutíveis à racionalidade moderna.

Nesse sentido, Jacques Vanderlinden enfatiza que as sociedades humanas em regra não vivem autonomamente, isoladas umas das outras, mas que as sociedades podem estar incluídas em estruturas sociais mais amplas ou incluir elas mesmas outras estruturas.²⁶³ Em vez disso, os grupos sociais entrecruzam-se em diversos pontos, formando redes articuladas de maneiras complexas – não se tratando do simples englobamento de sociedades umas pelas outras.²⁶⁴ Essa interação entre distintos contextos sociais leva Norbert Rouland a afirmar, de maneira paradigmática: “Na maior parte do mundo, modernidade e tradição se avizinham e interagem uma com a outra”.²⁶⁵

Diante da heterogeneidade constitutiva da sociedade contemporânea, Norbert Rouland constata tendências atuais ao aumento da diversificação local na França, sobretudo em virtude da ampliação progressiva de um modo de vida baseado na sociabilidade local, o qual valoriza universos sociais de pequena dimensão, como as associações, a localidade e a família.²⁶⁶ Em razão disso, a sociedade francesa contemporânea, assim como outros países ocidentais, apresentaria certos traços que a aproximam das sociedades tradicionais observadas pelos antropólogos: a importância dos grupos secundários, acompanhados das múltiplas pertencas dos indivíduos a esses grupos; a inserção de novas solidariedades no nível local; o fortalecimento dos parentescos; e o desencorajamento diante de um Estado muito aglutinador.²⁶⁷ Isso decorre do fato de todas as sociedades serem, em alguma medida, “sociologicamente plurais”, isto é, compostas por grupos secundários cujo grau de autonomia é variável; e, conforme afirma Rouland, “a esse pluralismo sociológico corresponde inevitavelmente um pluralismo jurídico”.²⁶⁸

Segundo Rouland, nas sociedades contemporâneas, mesmo ocidentais, há uma sobreposição de modelos distintos uns pelos outros, muitos deles também verificáveis em tempos e locais diferentes. A situação encontra explicação na simultaneidade de lógicas, presente tanto nas sociedades “primitivas” quanto nas

263 VANDERLINDEN, J. *Legal pluralism: twenty years later*, p. 150-151.

264 VANDERLINDEN, J. *Legal pluralism: twenty years later*, p. 150-151.

265 ROULAND, N. *Nos confins do direito*, p. 286. Em sentido semelhante, a afirmação de Claude Rivière: “A modernidade introduz-se nas sociedades tradicionais e, inversamente, as nossas próprias sociedades reinventam tradições”. RIVIÈRE, C. *Introdução à antropologia*, p. 12.

266 ROULAND, N. *Nos confins do direito*, p. 168-169.

267 Cf. ROULAND, N. *Nos confins do direito*, p. 170.

268 Cf. ROULAND, N. *Nos confins do direito*, p. 173

“civilizadas”, e não em uma ideia evolucionista de persistência de um passado ainda não superado.²⁶⁹ Como ele enfatiza, à pluralidade constitutiva da sociedade contemporânea corresponde uma pluralidade de lógicas jurídicas, decorrente de pertencimentos múltiplos aos diversos grupos sociais e da ocupação de estatutos diversos. Assim, em certas situações, recorre-se ao direito estatal; noutras, porém, este encontra pouca aplicação.²⁷⁰

A mesma pluralidade poderia ser constatada nos contextos sociais egressos da dominação colonial. Entre os povos africanos, Rouland sustenta a existência de ao menos quatro espécies de direitos ocultos, que convivem com o direito estatal e são “desigualmente compostos de referências ao passado e de uma modernidade alternativa àquela definida pelo Estado”.²⁷¹ De um lado, os direitos tradicionais e os direitos consuetudinários, expressão dos direitos antigos; de outro, o direito local e os direitos populares, expressão de direitos modernos.

Os *direitos tradicionais* consistem naqueles praticados pelos autóctones no período pré-colonial; embora ainda subsistam, foram transformados pelo contato com práticas e institutos estatais.²⁷² Exemplo disso pode ser encontrado na experiência dos Chagga de Kilimanjaro, na Tanzânia, tal como descrita por Sally Falk Moore: eles mantiveram e reforçaram os costumes que tradicionalmente governavam as relações de parentesco, de vizinhança e do homem com a terra, os quais não foram anulados pela modernização experimentada em outros aspectos da vida social.²⁷³ Por sua vez, os *direitos consuetudinários*, segundo Norbert Rouland, têm origem na redação dos costumes durante o período colonial, processo que os submeteu às categorias jurídicas ocidentais.²⁷⁴

Quanto ao segundo par, o *direito local* resulta de uma reinterpretação autóctone das instituições estatais, enquanto os *direitos populares* seriam decorrentes de uma atividade criativa e inovadora de origem não oficial, exógena às instâncias estatais.²⁷⁵ Afirma Rouland, ressaltando o caráter inovador dos direitos populares: “o direito oriundo do povo não é somente aquele que ele tira do passado, mas um direito que ele sabe inventar tão bem quanto o legislador moderno”.²⁷⁶

269 ROULAND, N. *Nos confins do direito*, p. 85-86. Cf. VILLAS BÔAS FILHO, O. Juridicidade: uma abordagem crítica à monolatria jurídica enquanto obstáculo epistemológico, p. 315-316.

270 Cf. ROULAND, N. *Nos confins do direito*, p. 86.

271 ROULAND, N. *Nos confins do direito*, p. 185-186. Como dito anteriormente, Norbert Rouland considera que as representações ocidentais sobre o direito tendem a ocultar as manifestações do fenômeno jurídico que não se reduzem a uma forma estatal de expressão.

272 ROULAND, N. *Nos confins do direito*, p. 186.

273 MOORE, S. F. Law and social change: the semi-autonomous social field as an appropriate subject of study. *Law & Society Review*, [s.l.], v. 7, n. 4, p. 733, 1973.

274 ROULAND, N. *Nos Confins do direito*, p. 186.

275 ROULAND, N. *Nos confins do direito*, p. 186-187.

276 ROULAND, N. *Nos confins do direito*, p. 187.

A despeito da classificação, são recorrentes, como reconhece o autor, mesclas entre essas diferentes espécies de regulação, tanto no sentido da modificação dos direitos ocultos sob a influência do direito estatal como no sentido contrário.²⁷⁷

Essas observações permitem uma inferência importante para os propósitos deste trabalho, aduzida explicitamente pelo próprio Rouland: o fato de as sociedades modernas não serem monolíticas.²⁷⁸

De fato, as sociedades ocidentais modernas têm características estruturantes que as tornam mais propensas a regulações sociais que privilegiam a dimensão normativa ou a ordem imposta, como a que é expressa na teoria pura do direito. Contudo, como salienta Rouland, a multiplicação dos conflitos favorecida pela intensificação da divisão social moderna não implica a superação da ordem negociada pela ordem imposta: contra tal simplificação, pode-se opor a existência daquilo que o autor designa como grupos secundários, cujas relações são marcadas pela oralidade e pelas relações de face a face, havendo um retraimento da ordem imposta em favor da ordem negociada.²⁷⁹ A pluralidade desses grupos atesta justamente a heterogeneidade da sociedade designada como moderna e de suas formas de regulação social, que não são coextensivas ao direito estatal.

Talvez a conceituação mais incisiva dessa complexa heterogeneidade que atravessa a sociedade contemporânea se deva à noção de transmodernidade desenvolvida por Étienne Le Roy. Esse conceito consegue apreender aquilo que muitos antropólogos, embora sem formulá-lo de maneira clara, puderam constatar em diversas oportunidades a respeito do direito e da sociedade no mundo contemporâneo.

Conforme as observações de Orlando Villas Bôas Filho, “para Le Roy, transmodernidade refere-se a uma perspectiva que conjuga modos de pensar classificados como pré-modernos, modernos e pós-modernos”, tudo isso no âmbito de um mesmo processo.²⁸⁰ Além da heterogeneidade que atravessa a perspectiva da transmodernidade, é importante enfatizar o quanto ela desafia uma visão evolucionista segundo a qual traços sociais pré-modernos simplesmente seriam superados e substituídos integralmente por traços modernos.²⁸¹ Ideia semelhante já havia sido expressa por Norbert Rouland, para quem “a pós-modernidade não consiste em virar a página da modernidade como se fe-

277 ROULAND, N. *Nos confins do direito*, p. 187.

278 ROULAND, N. *Nos confins do direito*, p. 151.

279 ROULAND, N. *Nos confins do direito*, p. 150-151.

280 VILLAS BÔAS FILHO, O. *Juridicidade: uma abordagem crítica à monolatria jurídica enquanto obstáculo epistemológico*, p. 315.

281 VILLAS BÔAS FILHO, O. *Juridicidade: uma abordagem crítica...*, p. 315-316.

cha um livro, mas em harmonizar suas aquisições com as da pré-modernidade e com os novos desafios de poder e de civilização”.²⁸²

De certo modo, pode-se dizer que a perspectiva da transmodernidade é corroborada pelas observações de Viveiros de Castro, para quem ampliar o horizonte cognitivo, como fez Clastres, vendo nas especificidades de outras culturas positivities em vez de ausências, não implica erguer uma “Grande Muralha antropológica” entre elas.²⁸³ “Assim, essa diferença tão imensa como instável entre Eu e Outro não impede, ao contrário, incita à percepção dos elementos de alteridade no coração da nossa ‘própria’ identidade”, diz ele.²⁸⁴ Ora, o que a transmodernidade permite é justamente apreender, como percebeu Rouland, a vizinhança, senão, como constatou Le Roy, o entrelaçamento – em vez de uma disjunção insuperável – entre o moderno e o pré-moderno.

O que merece ser sublinhado em todas essas considerações, para os propósitos deste trabalho, é o fato de o contato entre diversos grupos culturais, nos mesmos contextos sociais comumente classificados como modernos, propiciar a emergência, nestes, de uma pluralidade de formas de regulação qualificáveis como jurídicas. Além disso, é preciso notar que estas, por sua vez, estão atravessadas por lógicas que poderiam ser classificadas tipicamente, quanto a seus traços originais, não só como modernas,²⁸⁵ mas também como pré-modernas ou até pós-modernas.

Dessa maneira, a despeito da inquestionável viabilidade sociológica de empregar construções típicas ideais, seja para apreender o movimento histórico ou realizar macro-comparações de originalidades culturais, a realidade da sociedade contemporânea não pode ser descrita como se fosse redutível a qualquer um desses tipos. Mesmos nas regiões urbanas dos países ocidentais, onde uma associação dessa espécie pode aparentar tentadoramente segura, há uma pluralidade de mundos e grupos, à qual corresponde uma pluralidade de formas de regulação social.

Por essas razões, no capítulo seguinte, será sustentada a tese de que uma teoria do direito comprometida com a viabilidade da dogmática jurídica, cuja função consiste na decidibilidade de conflitos da sociedade real (transmoder-

282 ROULAND, N. *Nos confins do direito*, p. 407.

283 Cf. VIVEIROS DE CASTRO, E. *O intempestivo*, ainda, p. 320-321.

284 VIVEIROS DE CASTRO, E. *O intempestivo*, ainda, p. 321.

285 Mesmo a chamada “lógica moderna” precisaria ser analisada com cautela, para evitar que processos originais de modernização sejam implicitamente avaliados, de maneira eurocêntrica, em contraste com o padrão de modernização experimentado pelos países da Europa ocidental. A respeito da ideia de modernidade seletiva, ver: VILLAS BÓAS FILHO, O. *Teoria dos sistemas e direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2009.

na e altamente heterogênea), apresenta inevitáveis limitações ao privilegiar os problemas de uma sociedade imaginária, feita à imagem e semelhança de um tipo ideal moderno.

3. O OBSTÁCULO EPISTEMOLÓGICO ETNOCÊNTRICO DA TEORIA PURA DO DIREITO

como visto anteriormente, logo no prefácio à *Teoria pura do direito*, Kelsen parte de uma concepção de objetividade teórica que significa essencialmente a neutralidade axiológica. Posteriormente, ele esclarece que a cientificidade deve rejeitar a fundamentação moral do direito porque isso pressuporia uma moral absoluta, quando, na realidade, a moral é plural e relativa. Por isso, ele afirma que o papel da teoria do direito tem de ser descritivo e não avaliativo de seu objeto, o direito positivo. Tal posicionamento, aliado à postulação da rígida distinção entre ser e dever, o leva a desenvolver uma dinâmica jurídica na qual toda norma jurídica positiva pressupõe um fato que a produz, e este, por sua vez, pressupõe uma norma que lhe atribui o sentido objetivo de um “dever-ser”. A tendência *ad infinitum* do raciocínio e a finitude tanto das normas positivas quanto dos fatos conduzem-no à postulação de uma norma fundamental pressuposta como condição de objetividade dos atos de vontade produtores da primeira constituição histórica. No entanto, para que essa postulação não seja arbitrária, Kelsen a condiciona à eficácia global dos atos de vontade que positivam a ordem jurídica.²⁸⁶

Por outro lado, no segundo capítulo, foi explicitado como algumas perspectivas antropológicas, ao denunciarem o etnocentrismo como obstáculo epistemológico, rejeitam a caracterização de outras culturas jurídicas e políticas segundo o critério da falta, mediante o qual elas seriam, implícita ou explicitamente, representadas como incompletas e excluídas do campo de análise. Consequentemente, foi observado que a organização política baseada em atos de vontade e a montagem da juridicidade centrada na figura normativa constituem peculiaridades de contextos sociais específicos, como o do Ocidente moderno, e que, portanto, não podem ser projetadas como universais a outras culturas. Em vez disso, foram constatados contextos sociais nos quais esses aspectos não preponderam, existindo, positivamente, a presença de contrariedades ao Estado e de outros mecanismos de regulação social.

286 Cf. KELSEN, H. *Teoria pura do direito*, p. 12 e 48-53.

Cumprido analisar, por fim, o quanto tais aportes da antropologia jurídica e política, que não são nada intuitivos, podem contribuir para a teoria geral do direito. Em especial, atendo-se aos propósitos deste trabalho, serão pormenorizados os limites que o enfoque antropológico permite observar na teoria pura do direito de Hans Kelsen, sem desconsiderar a afinidade dessa obra ao contexto social moderno. Espera-se, assim, esclarecer melhor os limites que o projeto kelseniano possui – não necessariamente por demérito, mas porque toda teoria em alguma medida os possui, o que o próprio autor da *Teoria pura do direito* nunca deixou de reconhecer.

3.1. A EFICÁCIA GLOBAL COMO PONTO TERMINAL DA RELAÇÃO ENTRE FACTICIDADE E VALIDADE

Embora Kelsen posteriormente tenha abandonado essa referência à eficácia global,²⁸⁷ não foi por acaso que ele a formulou em primeiro lugar. Com todos os seus problemas, ela é o pressuposto epistemológico implicitamente necessário no tipo de teorização que ele pretende fazer sobre o direito.

Trata-se, sem dúvida, daquilo que alguns autores conceberam como a “perspectiva da sociedade como um todo”. Baseando-se na obra de Leopold Pospisil, John Griffiths esclarece que essa perspectiva apresenta duas consequências. Primeiro, ela leva à conclusão de que sociedades sem uma organização política global não teriam direito, muito embora este pudesse ter sua existência constatada se o enfoque fosse dirigido ao nível dos subgrupos sociais. Ou seja, essas sociedades têm direito, mas não no nível global. Além disso, essa visão levaria à descrição do direito de sociedades com organização política global em termos de um sistema jurídico único e bem integrado.²⁸⁸ A propósito, pode-se cogitar o quanto dessa perspectiva pode ter sido herdada de certo holismo funcionalista, que supõe a primazia ontológica do todo social sobre suas partes.²⁸⁹

Assim, a perspectiva da sociedade como um todo é, sobretudo, um enfoque homogeneizante que apreende a sociedade e o direito como a expressão de um fenômeno cuja forma é essencialmente unitária, e que, para os autores aludidos, seria um obstáculo à apreensão consequente do pluralismo jurídico. Pode-se perceber, nesse sentido, que o condicionamento do direito à eficácia global consiste na exigência de uma teoria com aspirações totalizantes.

287 Cf. DIAS, G. N. *Positivismo jurídico e a teoria geral do direito*: na obra de Hans Kelsen. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 317.

288 GRIFFITHS, J. What is legal pluralism? *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, London, n. 24, 1986, p. 15.

289 A respeito dessa característica do funcionalismo: Cf. RIVIÈRE, C. *Introdução à antropologia*. Tradução de José Francisco Espadeiro Martins. Lisboa: Edições 70, 2013, p.55.

A seguinte observação de Gabriel Nogueira Dias, sobre o problema da pressuposição da eficácia global no âmbito de um ordenamento jurídico em desagregação, representa paradigmaticamente as exigências desse pressuposto epistemológico no âmbito da teoria kelseniana: a eficácia, nessa situação fática, não poderia condicionar o fenômeno jurídico por ser incapaz de conduzir a um resultado “*útil, claro e monolítico*”²⁹⁰ (grifamos). A exigência, portanto, não é meramente a da eficácia global da ordem jurídica, mas antes a de uma explicação “*útil, clara e monolítica*” para esta – e se a eficácia global foi a saída de Kelsen para atribuir objetividade à pressuposição da norma fundamental que permitiria o conhecimento de uma ordem jurídica, foi porque ele teve a intuição de que poderia encontrar nela uma explicação desse tipo.

Inclusive, se Gabriel Nogueira Dias pôde formular quatro hipóteses ou “constelações” factuais para testar o recurso de Kelsen à eficácia global (ordenamento jurídico *in statu nascendi*; ordenamento jurídico em desagregação; ordenamento jurídico em tempos de paz; e atos de vontade desprovidos de sentido)²⁹¹ é possível acrescentar-lhes uma *quinta hipótese*, francamente incompatível com a perspectiva da sociedade como um todo: a do pluralismo jurídico em meio a um contexto social transmoderno.

Na medida em que o raciocínio de articulação entre facticidade e validade, entre norma e decisão, é confrontado com a finitude dos atos de vontade, Kelsen apenas pode recorrer a uma norma postulada, visto que uma fundamentação dos atos constituintes em uma norma positiva pressuporia, por sua vez, um ato de vontade inexistente. Entretanto, como a norma fundamental, por isso mesmo, não pode pressupor um novo ato de vontade, Kelsen precisa postular que ela é condicionada por um fato diferente: a eficácia global dos atos de vontade. É preciso notar, com atenção redobrada, que se trata de eficácia (a) *global* (b) dos *atos de vontade*. Numa sociedade transmoderna, atravessada por diversas formas de regulação qualificáveis como jurídicas, qual delas seria (a) construída sobre atos de vontade e (b) naturalmente a mais propensa a atingir uma eficácia de alcance global? A resposta apenas pode ser: aquela que aspire ao monismo jurídico e, por sua força, seja parcialmente exitosa quanto a isso; ou seja, o direito positivo estatal, centrado na noção de normas gerais e impessoais. Com efeito, o papel dos modelos de condutas e comportamentos, dos sistemas de disposições duráveis e de outras montagens possíveis da juridicidade é excluído, ou no mínimo consideravelmente retraído, no âmbito dessa teoria. Portanto, não é surpreendente que, em Kelsen, o Estado

290 Cf. DIAS, G. N. *Positivismo jurídico e a teoria geral do direito*: na obra de Hans Kelsen, p. 286-287.

291 Cf. DIAS, G. N. *Positivismo jurídico e a teoria geral do direito*: na obra de Hans Kelsen, p. 286-291.

não seja essencialmente diferente da ordem jurídica; que o poder do Estado coincida com a eficácia da ordem jurídica; e que a centralização e a divisão do trabalho constituam, acidentalmente, meros fatores que qualificam uma ordem jurídica como estatal.²⁹²

Como consequência, sua teoria expressa uma montagem da juridicidade que coincide quase totalmente com o direito moderno estatal. Isso porque, ao se referir a essa eficácia generalizada, o sustentáculo fático do fenômeno jurídico necessita de um alcance tão amplo que apenas o Estado poderia atingir, excluindo, portanto, as formas de regulação de grupos locais, cujo alcance é parcial e muito mais limitado.

3.2. OS ATOS DE VONTADE COMO PONTOS INTERMEDIÁRIOS DA RELAÇÃO ENTRE FACTICIDADE E VALIDADE

Se a generalização empreendida mediante a referência a uma eficácia global, por si só, engendra as dificuldades descritas anteriormente, é preciso considerar também o que se predica como globalmente eficazes, ou seja, o que se generaliza: os atos de vontade. Essa constante referência a relações de comando-obediência, seja de forma imediata, como pressuposto fático de toda norma jurídica, seja de forma mediata, como condição de todo o ordenamento, engendra problemas ainda maiores. Trata-se, afinal, do enraizamento da teoria do direito em um contexto político bastante particular, o qual, entretanto, não pode ser tido como universal.²⁹³

Como visto, o aporte mais evidente da antropologia política de Pierre Clastres para a discussão do direito consiste na existência de sociedades que

292 Cf. KELSEN, H. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 8ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 316-317 e 321.

293 Para ilustrar como condicionar o direito à eficácia global dos atos de vontade implica enraizá-lo em um contexto onde o poder se manifesta preponderantemente na forma de relações de comando-obediência, pode-se levar em conta a seguinte afirmação de Norberto Bobbio: “Quando dizemos que o direito é fundado, em última análise, no poder [o poder constituinte autorizado pela norma fundamental], e entendendo-se por poder o poder coercitivo, ou seja, o poder de fazer respeitar as normas emanadas, mesmo recorrendo à força, não dizemos nada de diferente daquilo que repetidamente afirmamos em relação ao direito como conjunto de regras com eficácia reforçada. Se o direito é um conjunto de regras com eficácia reforçada, isso significa que um ordenamento jurídico é inconcebível sem o exercício da força, ou seja, sem um poder. Estabelecer o poder como fundamento último de uma ordem jurídica positiva não significa reduzir o direito à força, mas simplesmente reconhecer que a força é necessária para a realização do direito. O que é o mesmo que confirmar o conceito do direito como ordenamento com eficácia reforçada. Se a força é necessária para a realização do direito, então só existe um ordenamento jurídico (ou seja, que corresponde à definição que demos de direito) se, e enquanto, se fizer valer com a força: em outras palavras, um ordenamento jurídico existe enquanto é eficaz”. BOBBIO, N. *Teoria geral do direito*. Tradução de Denise Agostinetti. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 227.

não se organizam politicamente por meio do binômio comando-obediência, ou, na terminologia adotada por Kelsen, atos de vontade dirigidos a terceiros.

Sobretudo com esteio nas observações de Norbert Rouland e Étienne Le Roy, pode-se perceber que a organização política mediante relações de comando-obediência é particularmente propícia em contextos sociais nos quais predomina certa cosmogonia, como a judaico-cristã ou a islâmica, que sustenta uma ordem imposta de fora ao mundo pela vontade de uma divindade superior e transcendente. Evidentemente, este não é o caso de todas as tradições culturais, como as animistas africanas, as do extremo oriente, ou mesmo as das sociedades descritas por Hélène Clastres e Pierre Clastres.²⁹⁴

Ora, se há contextos sociais nos quais a política não se manifesta por meio de relações de comando-obediência, nela não se coloca um dos problemas centrais que a teoria pura do direito procura enfrentar e resolver por meio da figura da norma. Trata-se da indagação feita por Kelsen no capítulo I (*Direito e natureza*) de sua *Teoria pura do direito*: sob quais condições seria possível interpretar o sentido subjetivo de um ato de vontade como coincidente com o seu sentido objetivo, ou então o porquê de fazê-lo com relação a determinados atos de vontade (por exemplo, os de um juiz) e não com relação a outros (os de um “bando de salteadores”)²⁹⁵

Como observa Gabriel Nogueira Dias, Kelsen, ao rejeitar as “doutrinas do direito natural”, evita o elemento de divindade que considera estar presente, em todas, como o ponto de partida sem o qual não seria possível pressupor o caráter absoluto de um sistema moral.²⁹⁶ No entanto, ainda que, ao postular a neutralidade axiológica, omita a moral e a figura divina na fundamentação do direito, sua teoria da dinâmica jurídica reflete um mundo social organizado em conformidade com uma cosmogonia judaico-cristã. Trata-se, necessariamente, de um contexto social que se organiza politicamente mediante atos de vontade, ou relações de comando-obediência, os quais, se em Kelsen não estão

294 Cf. CLASTRES, H. *Terra sem mal*. Tradução de Renato Janine Ribeiro. Brasiliense: São Paulo, 1978, p. 14 e 29-30. Na seguinte passagem de Pierre Clastres, há evidência de que a religião Guarani não coincide com uma visão de mundo monólata: “*Ywy mara-ey*, destinação dos Últimos Homens, não abriga mais homens, não abriga mais deuses: somente iguais, deuses-homens, homens-deuses, tais que nenhum dentre eles se diz segundo o Um”. CLASTRES, P. *A sociedade contra o Estado*: pesquisas de antropologia política. Tradução de Theo Santiago. São Paulo: Cosac Naify, 2013, p. 188.

295 Cf. KELSEN, H. *Teoria pura do direito*, p. 50.

296 Cf. DIAS, G. N. *Positivismo e teoria geral do direito*: na obra de Hans Kelsen, p. 31-33. Não cabe recuperar aqui, em todos os seus aspectos, as análises e críticas de Kelsen ao jusnaturalismo. Recorre-se à síntese feita por Gabriel Nogueira Dias por expressar o fio condutor teórico da abordagem que Kelsen faz das diversas correntes que sustentam o direito natural, além dos distanciamentos que ele manteve com relação a elas.

vinculados em última instância à vontade do Deus transcendente, assumem contornos à imagem e semelhança dessa visão de mundo monólatra. Ou seja, na teoria de Kelsen, a omissão do elemento divino na etapa de assentamento de suas bases metodológicas não foi acompanhada de uma omissão de toda a representação do mundo social, incluindo aí a política e o direito, que se desdobram culturalmente daquele elemento omitido e se manifestam na centralidade atribuída às normas e aos atos de vontade.

No entanto, uma vez compreendido que nem todos os contextos sociais possuem – e alguns até rejeitam – uma organização política baseada em atos de vontade, compreende-se mais facilmente por que não atribuem centralidade à norma como “esquema de interpretação” dos fatos do mundo empírico em termos de um “dever-ser” positivado. E é preciso notar que nem por isso são sociedades carentes de qualquer regulação social bem constituída. Nesse sentido, a “lei” das sociedades primitivas, descrita por Clastres, parece repousar mais em certos *habitus* sociais e modelos de conduta, no sentido que lhes é atribuído por Le Roy, do que em normas interpretadas a partir de atos de vontade dirigidos a terceiros.

Assim, se a relação fato-norma em Kelsen, explicada em termos de condicionamento necessário da norma pelo ato de vontade, permite a superação da identificação do fato com a norma, ou de uma suposta relação de causalidade entre ambos, trata-se de uma matização insuficiente para superar o enraizamento teórico em contextos políticos muito particulares do mundo ocidental e alçar a teoria do direito ao patamar de generalidade almejado.

É curioso notar que o próprio Kelsen afirma que as sociedades ditas “primitivas”, em sua concepção animista de mundo, não distinguiriam juízos de causalidade e de imputação como faz o homem moderno.²⁹⁷ A despeito de seu erro ou acerto, é seguro dizer, com base na abordagem antropológica, que a noção de norma adotada por Kelsen não é compartilhada por grande parte das culturas jurídicas, ao menos não com a mesma centralidade; sobretudo se, mais especificamente, se tratar de uma norma geral e impessoal. Sendo assim, introduzir a figura da norma como esquema privilegiado de compreensão da juridicidade desses contextos sociais seria, analogamente à interpretação de Villas Bôas Filho sobre o argumento dirigido por Paul Bohannan a Max Gluckman, fazer por eles “algo que eles próprios não teriam feito por si mesmos”.²⁹⁸ Seria

297 KELSEN, H. *Teoria pura do direito*, p. 91-93.

298 VILLAS BÔAS FILHO, O. A questão da universalidade das categorias jurídicas ocidentais a partir da abordagem antropológica: nota sobre a discussão entre Max Gluckman e Paul Bohannan. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 110, p. 298-299, jan.-dez. 2015.

uma intervenção que projetaria, àquelas sociedades, problemas próprios do contexto Ocidental, dos quais elas não compartilham, distorcendo significativamente a análise. Esse procedimento consiste justamente no erro fundamental que Paul Bohannan atribuiu à posição de Gluckman: o de elevar o direito ocidental – como sistema *folk*, com todas as suas peculiaridades – ao patamar de um sistema analítico.²⁹⁹ Dessa forma, tem certa razão Celso Lafer quando explicita o caráter situado da teoria pura do direito no contexto social moderno, em meio ao qual o elevado grau de mutabilidade do direito exige a construção de uma dinâmica jurídica que permita explicar seus processos de modificação:

O princípio dinâmico e o conceito de validade a ele inerente teve e tem grande utilidade e aplicação na experiência jurídica contemporânea. De fato, o princípio dinâmico do Direito, tal como elaborado por Kelsen, dificilmente resultaria de uma reflexão sobre a experiência jurídica de uma sociedade primitiva, na qual prevalece um Direito Costumeiro que se caracteriza pela lenta mudança, situação que permite identificar o Direito pelo seu conteúdo.³⁰⁰

O principal resultado disso é a reiteração de um etnocentrismo implícito, mas muito sensível, na medida em que a teoria pura do direito implica a projeção de categorias e experiências preponderantes no contexto ocidental a outras sociedades e contextos que não compartilham delas.

3.3. A UNIVERSALIZAÇÃO DO PRIMADO DA NORMA

Não se trata de simplesmente rejeitar a opção pelo enfoque da teoria pura do direito. A norma, na teoria de Kelsen, é antes de tudo um esquema e um produto de interpretação, e a pressuposição da norma fundamental, como ele mesmo admitiu, é uma escolha de quem se coloca na perspectiva da ciência do direito. No entanto, como toda perspectiva assumida, ela implica certa intervenção do observador sobre a realidade. Kelsen, em meio a sua inspiração claramente kantiana, está plenamente ciente disso, inclusive no que diz respeito à sua própria perspectiva, e ele expressamente reconhece, no ato de pressupo-

299 Cf. GLUCKMAN, M. Obrigação e dívida. In: DAVIS, S. H. (Org.). *Antropologia do direito: estudo comparativo de categorias de dívida e contrato*. Tradução de Vera Maria Cândido Pereira. Rio de Janeiro: Zahar, 1973, p. 36. Segundo Bohannan, “O sistema de *folk* é a interpretação orientada para ação que o etnógrafo faz do concreto, o qual é suficientemente ‘coletivo’ de maneira a permitir que ele interaja com êxito com outros que utilizem este sistema de símbolos e traços culturais. O sistema analítico é uma interpretação científica (o que quer que seja que isto signifique) do sistema de *folk* ou de muitos sistemas de *folk*”. BOHANNAN, P. Etnografia e comparação em antropologia do direito. In: DAVIS, S. H. (Org.). *Antropologia do direito: estudo comparativo de categorias de dívida e contrato*. Tradução de Tereza Cristina Araujo Costa. Rio de Janeiro: Zahar, 1973, p. 109.

300 LAFER, C. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988, p. 53.

sição da norma fundamental, esse caráter construtivo do conhecimento sobre o seu objeto.³⁰¹ Contudo, mais do que isso, e pelo que foi observado neste trabalho, pode-se admitir que o caráter constitutivo da teoria kelseniana sobre o direito não decorre unicamente da pressuposição da norma fundamental, mas também do condicionamento do fenômeno normativo à facticidade dos atos de vontade e, em último caso, à eficácia generalizada que os sustenta. Ao se constatar que esse pressuposto homogeneizante faz o sustentáculo fático da teoria coincidir com a organização política preponderante no Ocidente moderno, não é surpreendente que, sub-repticiamente, também a experiência jurídica particular desse contexto seja generalizada. Entretanto, como foi constatado nos capítulos anteriores, há contextos sociais que não compartilham dessas experiências e das categorias que lhes são correlatas.

Portanto, caberia no mínimo questionar se a teoria pura do direito poderia se alçar ao patamar de uma teoria geral da juridicidade. Por tudo o que aqui foi exposto, só se pode responder negativamente, e certamente Kelsen não teria pretendido que ela o fosse.³⁰²

Por um lado, tratando-se de uma teoria *pura* do direito, atribuir-lhe tamanho grau de generalização – de forma a abarcar toda a juridicidade – seria ignorar tanto seu objeto (o direito como *folk system*) quanto o enfoque eleito para apreendê-lo (a pureza). Nesse sentido, ainda que Kelsen tenha vislumbrado apenas a exclusão de uma “moral” subjetiva do objeto de sua teoria, o fato é que, mesmo quanto à juridicidade, até mesmo em razão do caráter heterônimo desta,³⁰³ o autor permanece fiel a seus objetivos. Sua teoria não deixa de

301 Cf. DIAS, G. N. *Positivismo jurídico e a teoria geral do direito*: na obra de Hans Kelsen, p. 251; KELSEN, H. *Teoria pura do direito*, p. 81-82 e 255.

302 Corroborando essa observação, Hans Kelsen diz: “The Pure Theory of Law is a theory of *positive* law, not of a definite legal order, but of the law in general. It is a general theory of law. As such it is the most consistent version of that school of jurisprudence which is called *legal positivism* because it considers as ‘law’ only *positive* law and refuses to recognize as law any other normative social order even if, in the usage of language, it is called ‘law’, as e.g. so-called ‘natural law’”. KELSEN, H. On the pure theory of law. *Israel Law Review*, [Jerusalem], v. 1, n. 1, jan. 1966, p. 1.

303 Enquanto o direito seria descrito no Ocidente como um domínio autônomo, conforme esclarece Villas Bôas Filho: “A juridicidade, por outro lado, seria heterônoma e se inscreveria em regulações ‘vivas’ expressas no parentesco, na religião, assim como nas relações com as dimensões do sagrado e do poder, da moral etc. Cabe notar que Le Roy emprega a noção de heteronomia não no sentido de uma recepção exterior da norma, como classicamente ela é definida, e sim como indicativa da interdependência entre diversos conjuntos normativos. Assim, Le Roy ressalta que o signo diacrítico da juridicidade estaria justamente na capacidade de produzir ligações entre diversos campos (parentesco, político, produção ou redistribuição de recursos). Essas ligações podem, no entanto, se afigurar como relações de complementaridade, oposição, concorrência ou de dependência”. VILLAS BÔAS FILHO, O. A regulação jurídica para além de sua forma ocidental de expressão: uma abordagem a partir de Étienne Le Roy. *Revista Direito & Práxis*, Rio de Janeiro, v. 6, n. 12, 2015, p. 173-174.

ser pura, e nela o direito é separado analiticamente do fenômeno mais amplo da juridicidade, ainda que a “realidade” não contenha essa distinção, ou – melhor dizendo – que outras perspectivas, como a antropológica, possam tirar maior proveito da inserção do direito no quadro mais amplo da juridicidade. Reforçando esse aspecto, Norbert Rouland, referindo-se a Kelsen e à aspiração deste pela pureza teórica, diz que a antropologia o levou a “descobrir o que certos estudiosos denominariam um direito impuro”.³⁰⁴

Por outro lado, seria possível indagar se seu programa metodológico positivista, ao assumir a relativização de valores, não deveria, para se manter axiologicamente neutro, aspirar também à relativização de formas concretas de concreção da juridicidade. De fato, como foi constatado no segundo capítulo do presente trabalho, não se pode atribuir universalidade ao direito ocidental. Inserir essa preocupação no horizonte das preocupações da teoria do direito levaria, contudo, a um preço metodológico que Kelsen talvez nunca estivesse disposto a pagar. Afinal, recobrando as bases do programa juspositivista kelseniano, se se parte (1) de um direito exclusivamente positivo, isto é, atrelado a atos de vontade, (2) de um direito que ao mesmo tempo não se confunde com a moral, e, por fim, (3) de um direito que, além disso, não se confunde com a facticidade, não resta alternativa senão (4) assumir a perspectiva de uma teoria pura.

Sem dúvida, é valorativa a própria opção pela pureza de uma teoria que apreende o direito com essas três características, as quais o reconduzem ao *folk system* conhecido no Ocidente moderno. Do ponto de vista antropológico, qualquer aspiração de “pureza” que faça o objeto coincidir com as características que apresenta em uma cultura particular é, certamente, uma perspectiva etnocêntrica. Entretanto, não é uma valoração qualquer: na medida em que se confunde com a pureza, é uma valoração fundante para a teoria pura do direito.

Dessa forma, o enfoque antropológico permite observar os limites da teoria pura do direito de Hans Kelsen. Contudo, ao fazê-lo, atesta a própria coerência da teoria desse autor, que permanece fiel a seu programa metodológico e contribui efetivamente para esclarecer as especificidades do direito ocidental moderno. Não é possível desqualificar a teoria geral do direito e, em particular, a teoria kelseniana simplesmente por elas não refletirem o que ocorre em outras sociedades; seria – ingênua ou maliciosamente – apenas inverter o

304 ROULAND, N. *Nos confins do direito*. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 403.

sentido do etnocentrismo, deslocando o obstáculo epistemológico para o terreno vizinho.³⁰⁵

Com relação à teoria de Kelsen, é cabível um balanço semelhante àquele feito por Orlando Villas Bôas Filho acerca da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann. Em suas palavras: “Caso a abordagem sistêmica se mantenha circunscrita ao que se poderia designar de contexto ocidental da sociedade mundial, sua descrição remanesce altamente pertinente”.³⁰⁶ De maneira análoga, pode-se constatar a elevada plausibilidade do projeto kelseniano, desde que se tome como critério de adequação social o contexto ocidental moderno em meio à sociedade contemporânea.

A conclusão anterior expressa justamente o papel que Norbert Rouland atribui ao enfoque antropológico, embora esse autor, de forma pouco cuidadosa, afirme que a teoria de Kelsen não teria “resistido às provas do tempo nem às dos fatos”,³⁰⁷ deixando de lado, assim, toda a sua complexidade e pertinência ao contexto ocidental moderno. De qualquer maneira, ele afirma com muita propriedade que o enfoque antropológico serve justamente “Para evitar que cada um desses sistemas, o da modernidade ou o da tradição, vá longe demais no sentido de sua lógica própria [...]”.³⁰⁸

Se, por um lado, a teoria pura do direito permanece consciente e coerentemente dentro de seus próprios limites, por outro, conhecer esses limites, como foi feito até aqui, é condição indispensável para impedir que ela “vá longe demais” nesse sentido.

Todavia, como uma teoria não pode caminhar para fora de seus limites por força própria, talvez os olhares devam ser deslocados, então, para os que se en-

305 De forma exemplificativa, veja-se como, na seguinte passagem, Viveiros de Castro explica como e por que esse não é o objetivo da antropologia de Pierre Clastres: “Abrir espaço para os outros certamente não significa tomá-los como modelos, fazendo-os passar de ‘nossas’ vítimas a ‘nossos’ redentores. O projeto de Clastres se inclui entre aqueles que concebem o trabalho da antropologia como sendo o de elucidar as condições de autodeterminação ontológica do Outro, o que significa, entre outras coisas, reconhecer-lhe uma consistência sociopolítica própria, e, enquanto tal, não transferível para nosso mundo como se fosse a receita há muito perdida da felicidade eterna universal. O ‘primitivismo’ clastriano não era uma plataforma política para o Ocidente”. VIVEIROS DE CASTRO, E. O intempestivo, ainda. In: Clastres, P. *Arqueologia da violência: pesquisas de antropologia política*. Tradução de Paulo Neves. 3ª ed. São Paulo: Cosac Naify, 2014, p. 318.

306 VILLAS BÔAS FILHO, O. O direito de qual sociedade? Os limites da descrição sociológica de Niklas Luhmann acerca do direito a partir da crítica antropológica. In: FEBBRAJO, Alberto; SOUSA LIMA, Fernando Rister de; PUGLIESI, Márcio (Org.). *Sociologia do direito: teoria e práxis*. 1ª ed. Curitiba: Juruá, 2015, p. 361. Como é possível constatar a partir da análise de Villas Bôas Filho, é certo que o etnocentrismo consiste em um obstáculo epistemológico muito mais sensível à teoria de Luhmann, na medida em que este sociólogo inscreve a análise do direito no âmbito do que ele considera ser a “sociedade mundial”. Cf. idem, *ibidem*, p. 361.

307 ROULAND, N. *Nos confins do direito*, p. 404.

308 ROULAND, N. *Nos confins do direito*, p. 405.

contram em posição de levá-la adiante, para além de sua lógica própria. Assim, a crítica realizada no presente trabalho tem destinatário duplo. Endereça-se a Hans Kelsen, mas também, especialmente, àqueles que são seus intérpretes por excelência, valendo-se dela, ou de aspectos dela, cotidianamente: os juristas e operadores do direito.³⁰⁹ Essa crítica ganha em pertinência na medida em que se considera que, para o próprio Kelsen:

[...] a Teoria Pura do Direito de forma alguma inaugura um novo método do conhecimento jurídico. Ela apenas consciencializa aquilo que todos os juristas fazem – quase sempre inconscientemente – quando não concebem os eventos acima referidos como fatos causalmente determinados, mas pensam (interpretam) o seu sentido subjetivo como normas objetivamente válidas, [...] quando concebem o Direito exclusivamente como Direito positivo.³¹⁰

Sem dúvida, se todo o esforço de contextualização realizado aqui permite constatar alguma coisa, é o fato de a teoria pura do direito não ser um produto do acaso, nem mero lampejo de genialidade do intelecto de Hans Kelsen (a despeito da enorme – e frequentemente negligenciada – habilidade desse teórico). Embora seja uma das construções teóricas que melhor representam o positivismo jurídico do século XX, a teoria pura do direito está sujeita – assim como outras teorias – a condicionamentos sociais, políticos e cosmogônicos.

No entanto, enquanto no âmbito exclusivamente teórico é possível, por assim dizer, “purificar” a abordagem do direito, separando-o analiticamente da moral e de outros fenômenos de regulação social (por mais artificial que esse procedimento possa parecer), no cotidiano das práticas sociais essa separação rígida é impossível ou, no mínimo, ilusória. Se do ponto de vista teórico-jurídico, adotado por Kelsen, assim como do sociológico, adotado por Luhmann, é possível circunscrever a análise ao contexto ocidental moderno, dificilmente o mesmo tipo de seleção pode ser realizado sob uma perspectiva dogmática que lida com a decidibilidade de conflitos concretos. Ao enfrentarem casos concretos, tanto os juristas quanto as partes interessadas estão inseridos em uma profunda trama, em meio à qual enfocar o direito de maneira pura seria, aludindo novamente à metáfora da *iceberg* da juridicidade, levar em consideração ape-

309 No prefácio à primeira edição da *Teoria pura do direito* (1934), Kelsen faz observação que mesmo hoje em dia não perdeu totalmente a sua atualidade, bastando aludir para tanto à situação do ensino jurídico e da prática profissional do direito no Brasil: “Também não é pequeno o número daqueles que, sem se confessarem adeptos da Teoria Pura do Direito, em parte sem a mencionar ou até mesmo rejeitando-a aberta e pouco amistosamente, tomam dela resultados essenciais. Para estes, particularmente, vão os meus agradecimentos, pois que eles, melhor que os mais fiéis adeptos, demonstram, mesmo contra a sua vontade, a utilidade da minha doutrina”. KELSEN, H. *Teoria pura do direito*, p. XI.

310 KELSEN, H. *Teoria pura do direito*, p. 228.

nas a parte submersa, ignorando completamente o que está na linha de flutuação, sem contar todo o volume submerso.³¹¹ Esse é precisamente o fenômeno de ocultação que levaria a antropologia a procurar o direito nos seus confins.³¹²

Todo operador do direito é – readaptando célebre expressão luhmanniana³¹³ – um operador do direito *na* sociedade. Mas se é na sociedade que modernidade e tradição se avizinham, quando não se entrelaçam, então, mais que isso, o operador do direito é também um operador da juridicidade. E, finalmente, como foi possível constatar ao longo deste trabalho, as variadas formas de concreção da juridicidade, atravessadas por contextos políticos e visões de mundo díspares, frequentemente requerem mecanismos que não se reduzem à dimensão normativa. Nesse sentido, portanto, a universalização do primado da norma é um obstáculo epistemológico em potencial na teoria pura do direito e ainda não superado pelo meio jurídico.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho teve o propósito de desenvolver aportes da antropologia jurídica para abordar o alcance das categorias da teoria geral do direito de Hans Kelsen. Para tanto, em um primeiro momento, cuidou de contextualizá-la mediante observações sociológicas, verificando que, em grande medida, essa teoria possui pertinência a alguns dos desafios impostos pelo advento da modernidade no mundo ocidental. Nesse sentido, a pluralização de valores e visões de mundo foi compreendida por Kelsen como uma impossibilidade de fundamentar o direito em uma moral ou justiça absoluta, como procediam as teorias do direito natural. Por outro lado, na medida em que essa relativização de valores se aliou à tese da positividade do direito, em um contexto em que os Estados soberanos já estavam há muito consolidados, foi possível conferir uma objetividade firme ao direito pela referência aos atos de vontade decisórios e, em última instância, à eficácia global destes. Embora se reconheça que

311 A respeito dessa metáfora na obra de Étienne Le Roy: Cf. VILLAS BÔAS FILHO, O. *Juridicidade: uma abordagem crítica à monolatria jurídica enquanto obstáculo epistemológico*. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 109, p. 2014, p. 303.

312 Sem necessidade de mais explicações: “Nos confins do direito”, título da obra de Norbert Rouland que foi recorrentemente citada ao longo deste trabalho. Cf. ROULAND, N. *Nos confins do direito*.

313 Luhmann entende que toda observação da sociedade é uma observação *na* sociedade, para aludir à necessidade, criada pelo obstáculo epistemológico da separação entre sujeito e objeto, de um conceito de sociedade que seja autológico. LUHMANN, N. *O conceito de sociedade*. In: NEVES, C. E. B.; SAMIOS, E. M. B. (Org.). *Niklas Luhmann: a nova teoria dos sistemas*. Porto Alegre: Editora da UFRGS; Goethe-Institut, 1997, p. 77. Cf. VILLAS BÔAS FILHO, O. *Teoria dos sistemas e o direito brasileiro*, p. 54.

provavelmente a teoria kelseniana não esgote todos os problemas engendrados pela modernidade no âmbito do direito, essas considerações breves foram feitas com o intuito de sublinhar a pertinência dessa teoria juspositivista, que sempre esteve longe de ser ingênua.

Além disso, esse breve esforço de contextualização da teoria pura do direito no horizonte de problemas tipicamente modernos serviu de propulsão para o inevitável contraponto crítico fornecido pela abordagem antropológica. Aliás: se a partir do segundo capítulo, este trabalho foi atravessado a todo momento pela advertência acerca do etnocentrismo em caracterizar o outro mediante o critério da ausência, seria no mínimo curioso – para não dizer trágico – se esse mesmo trabalho simplesmente caracterizasse a teoria de Kelsen pela sua incompatibilidade, inadequação, falta, enfim, pela sua incompletude com relação a outras sociedades. Ora, se todas as culturas podem beneficiar-se mutuamente de um diálogo rigorosamente horizontal entre si, como defende Boaventura de Sousa Santos,³¹⁴ seria pretensioso demais afirmar que a teoria do direito, bem como a tradição cultural que a gestou, não teriam absolutamente nada a oferecer, de maneira respeitosa, a outros contextos sociais. Assim, nada mais saudável do que lançar o olhar antropológico – com tudo o que ele tem de proveitoso – sobre si próprio.

Por meio da perspectiva antropológica, foi possível verificar que os grandes alicerces sociológicos da teoria de Kelsen, a saber, a modernidade, a política estatal e a cosmogonia monólatra, são fenômenos particulares do contexto ocidental moderno, razão pela qual não podem ser alçados ao patamar de universalidade. Os contextos sociais que deles não compartilham de maneira preponderante nem por isso são ausentes de política, direito e visões de mundo. Pensar assim, como foi enfatizado por diversas vezes, é lançar uma visão etnocêntrica sobre a figura do outro, qualificando-o pela ausência ou carência (o caminho de uma à outra costuma ser curto) com relação ao padrão de análise arbitrariamente eleito, o qual sempre coincide, não por acaso, com as referências da cultura do observador. Assim, por intermédio da antropologia política de Pierre Clastres, foi constatada a existência, em toda a sua positividade, de uma sociedade contra o Estado; no âmbito da antropologia propriamente jurídica, por outro lado, dos subgrupos ou grupos sociais secundários, munidos de mecanismos próprios de regulação jurídica que, em muitos casos, não atribuem centralidade às normas gerais e impessoais, tampouco são baseados no mode-

314 Cf. SANTOS, B. S. Por uma concepção multicultural de direitos humanos. In: _____. (Org.). *Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, p. 443-444.

lo da ordem imposta; e, por fim, cosmogonias não monólatras, que influenciam substancialmente essas representações dos fenômenos jurídico e político.

Ao se adotar uma perspectiva teórica orientada pela pureza, e tomando como pura uma regulação social essencialmente normativa e condicionada por relações de comando-obediência, parte enorme do universo da juridicidade, do volume submerso do *iceberg* (diria Le Roy) é encoberta e colocada entre parênteses. O problema identificado consiste, principalmente, em mobilizar a Teoria Pura do Direito como perspectiva exclusiva e privilegiada para a decidibilidade de conflitos. O que dessa crítica caberia atribuir a Hans Kelsen talvez sejam os limites de operabilidade de sua construção teórica. Embora sua teoria geral do direito esteja afinada com os propósitos que a nortearam no contexto da modernidade, constatação que faz justiça a sua positividade, o alcance dela é evidentemente menor do que supõem seu autor e os juristas que, de forma consciente ou não, a mobilizam para propósitos dogmáticos. Isso, por si só, não constitui um demérito da teoria; pelo contrário, é uma decorrência de sua profunda pertinência ao seu contexto social mais imediato. O problema consiste em ignorar esses limites da teoria, tornando-a uma perspectiva privilegiada, de forma implícita ou explícita, para a operação da juridicidade em uma sociedade marcada pela emergência da transmodernidade.

Assim, o fato de a Teoria Pura do Direito ser coerente com seu programa metodológico, e de esse ser de algum modo plausível diante do contexto moderno, entretanto, não a eximem de sua relação narcisista consigo mesma (diria Clastres),³¹⁵ de seu obstáculo epistemológico etnocêntrico ao universalizar o primado da norma. Afinal, o mesmo insulamento teórico que a afina às circunstâncias modernas é a condição de seu fechamento, de sua voz desafinada para falar do outro – se é que tem algo a dizer – e, portanto, do modo pelo qual pode ser mobilizada para fins decisórios. Disso decorre, enfim, a inviabilidade de recepcioná-la acriticamente sem antes observar seus limites e examinar sua pertinência ao contexto social particularmente considerado.

REFERÊNCIAS

ANDRADE L. F. S. A universalização do primado da norma: o obstáculo epistemológico etnocêntrico da teoria pura do direito. Revista *Da Faculdade De Direito, Universidade De São Paulo*, v. 112, 2018, p. 737-772. Disponível em: <https://doi.org/10.11606/issn.2318-8235.v112i0p737-772>

315 Cf. CLASTRES, P. *A sociedade contra o Estado*: pesquisas de antropologia política. Tradução de Theo Santiago. São Paulo: Cosac Naify, 2013, p. 35.

- BARBOSA, G. A Socialidade contra o Estado: a antropologia de Pierre Clastres. *Revista de Antropologia*, São Paulo, 2004, v. 47, nº 2.
- BOBBIO, N. *Direito e poder*. Tradução de Nilson Moulin. São Paulo: Editora UNESP, 2008.
- _____. *Teoria geral do direito*. Tradução de Denise Agostinetti. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.
- BOHANNAN, P. Etnografia e comparação em antropologia do direito. In: DAVIS, S. H. (Org.). *Antropologia do direito: estudo comparativo de categorias de dívida e contrato*. Tradução de Tereza Cristina Araujo Costa. Rio de Janeiro: Zahar, 1973.
- CARDOSO, S. Copérnico no orbe da antropologia política: o projeto crítico de Pierre Clastres. *Novos Estudos Cebrap*, São Paulo, n. 41, p. 121-142, mar. 1995.
- _____. Fundações de uma antropologia política (o caminho comparativo na obra de J.-W. Lapierre). *Revista de Antropologia*, São Paulo, v. 38, n.1, p. 8-47, 1995.
- CLASTRES, H. *Terra sem mal*. Tradução de Renato Janine Ribeiro. Brasília: São Paulo, 1978.
- CLASTRES, P. *Arqueologia da violência: pesquisas de antropologia política*. Tradução de Paulo Neves. 3ª ed. São Paulo: Cosac Naify, 2014.
- _____. *A sociedade contra o Estado: pesquisas de antropologia política*. Tradução de Theo Santiago. São Paulo: Cosac Naify, 2013.
- DIAS, G. N. *Positivismo jurídico e a teoria geral do direito: na obra de Hans Kelsen*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- EBERHARD, C. O Direito no mundo globalizado: em direção à “boa governança” através do diálogo intercultural. *Revista Direito, Estado e Sociedade*, n. 33, p. 6-18, jul.-dez. 2008.
- _____. Towards an intercultural legal theory – the dialogical challenge. *Social & Legal Studies*, London, v. 10, n. 2, p. 171-201, 2001.
- FERRAZ JÚNIOR, T. S. *Introdução ao Estudo do Direito*. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2011.
- FREUND, J. *Sociologia de Max Weber*. Tradução de Luís Claudio de Castro e Costa. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.
- GLUCKMAN, M. Obrigação e dívida. In: DAVIS, S. H. (Org.). *Antropologia do direito: estudo comparativo de categorias de dívida e contrato*. Tradução de Vera Maria Cândido Pereira. Rio de Janeiro: Zahar, 1973.
- GRIFFITHS, J. What is legal pluralism? *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, London, n. 24, p. 1-55, 1986.
- HABERMAS, J. *O discurso filosófico da modernidade: doze lições*. 1ª ed. Tradução de Luiz Sérgio Repa e Rodnei Nascimento. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- _____. *Técnica e ciência como ideologia*. Tradução de Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 1987.
- KELLY, J. M. *Uma breve história da teoria do direito ocidental*. Tradução de Marylene Pinto Michael. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.
- KELSEN, H. On the pure theory of law. *Israel Law Review*, [Jerusalem], v. 1, n. 1, p. 1-7, jan. 1966.
- _____. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 8ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.
- _____. *Teoria geral do direito e do Estado*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- _____. The pure theory of law: its methods and fundamental concepts. *The Law Quarterly Review*, London, v. 50, p. 474-498, oct. 1934.
- _____. What is the pure theory of law? *Tulane Law Review*, New Orleans, v. 34, p. 269-276, 1960.
- LAFER, C. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

- LE ROY, É. Norma. In: ARNAUD, André-Jean *et al* (Dir.). *Dicionário enciclopédico de teoria e de sociologia do direito*. Tradução de Patrice Charles, F. X. Willaume. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- _____. *O lugar da juridicidade na mediação*. Meritum, Belo Horizonte, v.7, n.2, p. 289-324, jul.-dez. 2012.
- LIMA, T. S.; GOLDMAN, M. Pierre Clastres, etnólogo da América. *Sexta Feira*, São Paulo, n. 6, p. 291-311, 2001.
- LUHMANN, N. O conceito de sociedade. In: NEVES, C. E. B.; SAMIOS, E. M. B. (Org.). *Niklas Luhmann: a nova teoria dos sistemas*. Porto Alegre: Editora da UFRGS; Goethe-Institut, 1997, p. 75-91.
- MACEDO JUNIOR, R. P. *Do xadrez à cortesia*: Dworkin e a teoria do direito contemporânea. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- MOORE, S. F. Law and social change: the semi-autonomous social field as an appropriate subject of study. *Law & Society Review*, [s.l.], v. 7, n. 4, p. 719-746, 1973.
- _____. Legal pluralism as omnium gatherum. *FIU Law Review*, [Miami], v. 10, n.1, p. 6-18, 2014. Disponível em <<http://collections.law.fiu.edu/lawreview/vol10/iss1/5>>. Acesso em: 15.11.15.
- RIVIÈRE, C. *Introdução à antropologia*. Tradução de José Francisco Espadeiro Martins. Lisboa: Edições 70, 2013.
- ROBERTS, S. Against legal pluralism – some reflections on the contemporary enlargement of the legal domain. *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, London, v. 42, p. 95-106, 1998.
- ROULAND, N. Pluralismo jurídico (teoria antropológica). In: ARNAUD, André-Jean *et al* (Dir.). *Dicionário enciclopédico de teoria e de sociologia do direito*. Tradução de Patrice Charles, F. X. Willaume. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- _____. *Nos Confins do Direito*. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- _____. *Legal anthropology*. Tradução de Philippe G. Planel. London: Athlone, 1994.
- SANTOS, B. S. Por uma concepção multicultural de direitos humanos. In: _____. (Org.). *Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, p. 429-461.
- SZTUTMAN, R. Introdução: Pensar com Clastres ou da atualidade do contra-Estado. *Revista de Antropologia*, São Paulo, v. 54, nº 2, p. 557-576, 2011.
- VANDERLINDEN, J. Return to legal pluralism: twenty years later. *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, n. 28, p. 149-157, 1989.
- VILLAS BÔAS FILHO, O. A questão da universalidade das categorias jurídicas ocidentais a partir da abordagem antropológica: nota sobre a discussão entre Max Gluckman e Paul Bohannan. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 110, p. 277-318, jan.-dez. 2015.
- _____. A regulação jurídica para além de sua forma ocidental de expressão: uma abordagem a partir de Étienne Le Roy. *Revista Direito & Práxis*, Rio de Janeiro, v. 6, n. 12, p. 159-295, 2015.
- _____. Da ilusão à fórmula de contingência: a justiça em Hans Kelsen e Niklas Luhmann. In: PISSARA, Maria Constança Peres; FABBRINI, Ricardo Nascimento. *Direito e filosofia: a noção de justiça na história da filosofia*. São Paulo: Atlas, 2007, p. 129-150.
- _____. Juridicidade: uma abordagem crítica à monolatria jurídica enquanto obstáculo epistemológico. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 109, p. 281-325, 2014.

_____. O direito de qual sociedade? Os limites da descrição sociológica de Niklas Luhmann acerca do direito a partir da crítica antropológica. In: FEBBRAJO, A.; SOUSA LIMA, F. R.; PUGLIESI, M. (Org.). *Sociologia do direito: teoria e práxis*. 1ª ed. Curitiba: Juruá, 2015, p. 337-366.

_____. *O direito na teoria dos sistemas de Niklas Luhmann*. São Paulo: Max Limonad, 2006.

_____. *Teoria dos Sistemas e o Direito Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2009.

VIVEIROS DE CASTRO, E. O intempestivo, ainda. In: Clastres, P. *Arqueologia da violência: pesquisas de antropologia política*. Tradução de Paulo Neves. 3ª ed. São Paulo: Cosac Naify, 2014, p. 301-360.

WEBER, M. *Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*. Tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. 4ª ed. Brasília: Universidade de Brasília, 2015, v. 1.

_____. *Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*. Tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. 4ª ed. Brasília: Universidade de Brasília, 2012, v. 2.

DISCRIMINAÇÃO JUDICIAL POR IDENTIDADE DE GÊNERO: DIAGNÓSTICO E ALTERNATIVAS

ANA DE MELLO CÔRTEZ

ORIENTADOR:
PROFESSOR DOUTOR CONRADO HÜBNER MENDES

NOTA DE INÍCIO

Procurei manter o trabalho o mais fiel possível à versão original, considerando o objetivo do projeto. No entanto, gostaria de ressaltar que, como a tese foi apresentada em 2015, muito do contexto da época foi alterado, inclusive com o desenvolvimento de importantes decisões do Supremo Tribunal sobre as quais a tese trata e que estavam pendentes à época. Uma versão mais atualizada da tese foi publicada em 2019 na revista *Direito & Práxis* e está disponível online para acesso gratuito (Côrtes, Ana de Mello (2019), *Discriminação judicial por identidade de gênero: um diagnóstico / Judicial discrimination on the basis of gender identity: a diagnosis*. Revista *Direito e Práxis*, [S.l.], v. 10, n. 1, p. 101-128. ISSN 2179-8966. Available at: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/30750>). Não pretendia realizar qualquer alteração quanto ao conteúdo, mas fui obrigada a atualizar os gráficos, uma vez que o arquivo em word original se perdeu devido a um problema com o HD do meu computador ao longo desses anos e, ao converter o PDF para o word, os gráficos foram alterados em formatação. Diante da impossibilidade de utilizar os originais, utilizei os gráficos da publicação de 2019. No mais, não há alterações ou revisões, nem mesmo de eventuais falhas ou erros ortográficos.

RESUMO

A presente pesquisa objetiva diagnosticar a discriminação por identidade de gênero na prática do judiciário, especificamente quanto à questão da alteração do registro civil, e analisar as principais alternativas atualmente propostas para saná-la. Foi realizado, pois, um mapeamento dos acórdãos do TJSP relativos a alteração de prenome com data de julgamento entre 01/01/2010 e 31/12/2014 a partir dos quais foi comparado o tratamento dispensado a pessoas transexuais, travestis e transgêneras ao dispensado a pessoas cisgêneras.

Com base no tratamento discriminatório identificado de forma direta na aplicação do direito, foram analisadas a ADI 4.275, o RE 670.422 e o PL 5002/2013 quanto à adequação como meios para sanar a discriminação e garantir da melhor forma o direito à identidade de gênero (decorrente da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da vedação à discriminação, da liberdade e da privacidade) às pessoas trans, concluindo pela necessidade de uma lei que regule tais direitos.

1. INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 trouxe uma carga significativa de direitos sociais, destacando como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, Estado Democrático de Direito, a dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III) e como um de seus objetivos a promoção do bem de todos sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (artigo 3º, IV).

Ironicamente, nesse contexto, alguns grupos marginalizados seguem enfrentando violação cotidiana de seus direitos fundamentais. É o caso de travestis, transexuais e transgêneros, pessoas que, por terem identidade de gênero diversa da designada a elas no nascimento, são submetidas às mais diversas formas de discriminação¹.

No mercado de trabalho enfrentam exclusão e sujeição ao mercado informal e à prostituição (90% das travestis e mulheres transexuais se prostituem segundo dados da Associação Nacional de Travestis e Transexuais), na família expulsão, no dia a dia desrespeito aos direitos mais básicos como o uso do nome social e o uso do banheiro adequado a sua identidade de gênero.

A discriminação por identidade de gênero tem, de fato, muitas formas. Este trabalho tem como foco a discriminação que ocorre no judiciário e, ainda mais especificamente, quanto à alteração do prenome, caso em que é possível comparar o tratamento dispensado a pessoas trans e a pessoas cisgêneras e que envolve um importante direito social. O nome é o que torna o indivíduo reconhecível na esfera íntima e em relações sociais, trata-se de um relevante atributo da personalidade.

Em meio a tantas violações de direitos, muitas das pessoas pertencentes a esse grupo procuram o Judiciário objetivando a adequação do prenome e do

¹ Alguns dados e exemplos da discriminação podem ser vistos na matéria disponível em: <http://brasil.elpais.com/brasil/2015/08/28/politica/1440778259_469516.html>. Acesso em 02/09/2015.

sexo de registro àqueles que correspondem ao que vivenciam em seu dia-a-dia, como são conhecidas, como vivem. Contudo a situação no âmbito do Direito não é menos discriminatória, de forma que este trabalho pretende mapear o tratamento judicialmente conferido ao grupo, diagnosticar a discriminação e analisar as possíveis alternativas para solucionar o problema.

Embora no direito brasileiro a regra seja a imutabilidade do prenome, a definitividade não é absoluta. Estão expressas na própria legislação (Lei de Registros Públicos – Lei n.º 6015/73) hipóteses para alteração do nome civil, desde que de forma motivada. Os principais motivos elencados são o erro (de sacordo com a situação fática ou erro de grafia), a exposição a situações vexatórias e a substituição por apelido público e notório, motivos esses aplicáveis ao caso de travestis e transexuais que necessitam alterar o registro. Essas hipóteses com base nas quais este grupo tem buscado alterar o registro estão previstas nos artigos 55 § único e 58 da Lei 6.015/1973:

Parágrafo único. Os oficiais do registro civil não registrarão prenomes suscetíveis de expor ao ridículo os seus portadores. Quando os pais não se conformarem com a recusa do oficial, este submeterá por escrito o caso, independente da cobrança de quaisquer emolumentos, à decisão do Juiz competente.

Art. 58. O prenome será definitivo, admitindo-se, todavia, a sua substituição por apelidos públicos notórios.

No entanto, pretende-se, utilizando uma abordagem empírica, diagnosticar que no judiciário pessoas cisgêneras têm mais facilidade para conseguir a alteração com base em argumentos semelhantes. Em vista disso, se fazem necessários questionamentos sobre a motivação das decisões bem como sobre os requisitos exigidos de pessoas trans que não o são para as demais.

Diante da relevância do tema e da necessidade social de resolução, há diferentes vias a serem analisadas para sanar a discriminação em pauta. Em ordem cronológica, são elas: a ADI 4.275, proposta em 2009 pela Procuradoria Geral da República, o RE 670.422 originário do Rio Grande do Sul e protocolado em 2012 que teve repercussão geral reconhecida por maioria pelo STF em setembro de 2014 e o PL 5002 (Lei João W. Nery, Lei de Identidade de Gênero) proposto em 2013 pelo deputado Jean Wyllys do PSOL/RJ e pela deputada Érika Kokay do PT/DF.

O questionamento comum a todas as vias é a exigência da realização de cirurgia de redesignação de sexo para que o prenome e o sexo possam ser modificados no registro, uma exigência que não se encontra na lei de registros públicos ou qualquer diploma legal e que este trabalho pretende mostrar, por meio

da pesquisa empírica envolvendo os casos de alteração de prenome nos últimos cinco anos no Tribunal de Justiça de São Paulo, como discrimina e afeta negativamente a vida da coletividade de pessoas trans.

No âmbito da Medicina, a transexualidade ainda é considerada doença, como era a homossexualidade há cerca de 40 anos, o que implica a inclusão em documentos oficiais para diagnóstico como o Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais (DSM) e o Código Internacional de Doenças (CID). Esses documentos e a patologização em si provocam uma universalização da transexualidade, como se tivesse sintomas semelhantes em qualquer lugar do mundo e como se existisse um modelo de transexual verdadeiro a ser reconhecido².

Em defesa do rompimento com patologização da transexualidade, quanto à terminologia, optou-se por não utilizar nesta pesquisa termos que remetam à concepção da identidade de gênero trans como doença (por exemplo “transexualismo”). Utiliza-se, portanto, transexualidade e, para se referir às pessoas, transexuais, travestis e transgêneros ou pessoas trans como um termo guarda-chuva que inclui as identidades discordantes do gênero designado no nascimento.

A visão medicalizante do gênero sem quaisquer testes clínicos, utilizando apenas crenças socialmente estabelecidas, estereótipos de gênero, patologiza uma experiência identitária. Essa patologização é um instrumento que mantém as performances de gênero que fogem ao padrão hegemônico marginalizadas.³ Afinal o que é ser homem ou mulher? O que pode responder a essa pergunta além dos padrões e estereótipos normalmente utilizados? Médicas e médicos, juízas e juízes seriam pessoas aptas a decidir se alguém é suficientemente homem ou mulher para poder se chamar de transexual de verdade ou alterar seu registro?

Os padrões e estereótipos de gênero são impostos a todas as pessoas, uma vez que desde a descoberta da genitália de um bebê um gênero é designado e há uma série de expectativas sobre seus gostos, seu comportamento e sua sexualidade.⁴ Desta forma os corpos já nascem maculados por essa imposição, nossos desejos e papéis não são determinados pela natureza. A experiência transexual revela que essa designação de gênero que ocorre no nascimento (ou mes-

2 BENTO, Berenice. Pouco saber para muito poder: a patologização do gênero. In: Políticas de enfrentamento ao heterossexismo: corpo e prazer. (Org). Fernando Pocahy. Porto Alegre: Nuances, 2010. p.62.

3 BENTO, Berenice. “Transexuais, corpos e próteses”. Labrys. Estudos Feministas (Edição em português. Online), 2004, p 5

4 Idem

mo antes) nem sempre é suficiente para garantir uma identidade, nem sempre é adequada à identidade de gênero.

Os padrões sexistas de gênero, ainda muito presentes e marcantes, que dizem o que é uma mulher de verdade e o que é um homem de verdade, refletem no que se espera de uma pessoa para considerá-la transexual de verdade. Estas são as concepções que orientam os médicos e profissionais de saúde em geral ao diagnosticar e tratar pessoas transexuais⁵ e essa visão, como a pesquisa empírica pretende ilustrar, tende a predominar também no Direito, uma vez que não só desembargadores e desembargadoras fazem parte de uma sociedade marcada por esses padrões como também predomina no Direito essa visão medicalizante da transexualidade.

Este trabalho propõe primeiramente, pois, a ilustração empírica da discriminação na realidade das decisões de um tribunal brasileiro, a fim de verificar a existência da discriminação, mostrar como ela se caracteriza e perceber qual o tratamento dispensado ao grupo discriminado. A partir desse diagnóstico será realizada também a descrição e a análise comparativa das principais vias existentes atualmente para solucionar a questão.

2. DIAGNÓSTICO

Objetivando identificar a discriminação judicial por identidade de gênero e ilustrar este trabalho foram selecionados e analisados 111 acórdãos do Tribunal de Justiça de São Paulo por meio do mecanismo de pesquisa disponibilizado no site do Tribunal. A metodologia utilizada, assim como as conclusões dessa análise, é apresentada a seguir.

2.1. METODOLOGIA

O período considerado para a pesquisa foi de cinco anos, começando em 01/01/2010 e terminando em 31/12/2014. A Primeira lista de acórdãos com o espaço amostral foi feita em outubro de 2014 e a definitiva em janeiro de 2015, a fim de incluir os acórdãos restantes para o período em pauta. Na lista que corresponde ao “anexo I” e determina o espaço amostral os acórdãos estão ordenados por data de publicação.

A escolha do Tribunal cujas decisões seriam analisadas no trabalho se deu levando em conta dois pontos principais: a existência de um sistema de pesquisa pela internet regular e disponível (questão muito relevante, uma vez que

foi esse sistema que permitiu o acesso a cada um dos acórdãos pesquisados) e de um número considerável de casos sobre a pauta, o que possibilitou a análise empírica da forma que foi feita.

Foi escolhido como parâmetro de pesquisa, para que os resultados fossem mais uniformes e sem distorções, a expressão “alteração de prenome”, que apresentou resultados mais amplos e adequados à pesquisa se comparada a termos semelhantes, bem como teve incluídos em seus resultados os de palavras-chave semelhantes como “retificação de prenome” e “mudança de prenome”.

A fim de que os resultados fossem mais adequados ao tema, optou-se pela exclusão de acórdãos que abordam questões exclusivamente processuais bem como daqueles que tratam apenas de apelido de família ou desejam acréscimo/supressão de nomes. Isto é, considerou-se exclusivamente os acórdãos que discutem e dispõem sobre alteração do prenome.

O “anexo II” dessa pesquisa é composto por fichas com a resposta de cada acórdão a quesitos relevantes como os dados do acórdão, a identidade de gênero da pessoa interessada na mudança, se foi realizada cirurgia de transgenitalização, qual o resultado, quais os principais motivos para a decisão, quem foi o apelante (pessoa interessada ou Ministério Público) e se houve averbação na certidão de nascimento de que a mudança se deu por via judicial. A partir da resposta a essas questões foi feita a análise comparativa entre os acórdãos em que a pessoa interessada é transgênera e aqueles em que a pessoa interessada é cisgênera.

Na resposta aos quesitos para preenchimento das fichas mencionadas optou-se por classificar os acórdãos, quanto ao resultado da demanda, como favoráveis ou desfavoráveis à alteração do prenome. Essa classificação pareceu mais adequada, uma vez que responder quanto à procedência gerava uma classificação mais confusa: uma apelação procedente do Ministério Público é usualmente negativa para a alteração, ao passo que, se é apelante a pessoa que deseja a retificação, a procedência é positiva. Os acórdãos que tratam de mais um assunto foram classificados como favoráveis ou desfavoráveis de acordo com o que foi decidido especificamente sobre a alteração do prenome.

Também foram utilizadas siglas no preenchimento das fichas para indicar determinadas informações. Desta forma, são respondidos com “NA” quesitos não aplicáveis ao caso, isto é, a averbação na certidão quando o resultado é desfavorável e a realização de cirurgia de transgenitalização quando a pessoa interessada tem identidade de gênero cisgênera e estão marcados com a letra

“G” casos de pessoas cisgêneras que abordam questões de gênero, como, por exemplo, nome utilizado para ambos os sexos e considerado ambíguo.

Quer dizer, em alguns casos pessoas cisgêneras também procuram o judiciário por entender que o nome que consta em seu registro não condiz com sua identidade de gênero. É o caso de pessoas registradas com nomes usualmente atribuídos a ambos os sexos ou de pessoas registradas com nomes usualmente atribuídos ao sexo oposto ao seu. Essas demandas muito se assemelham às das pessoas transexuais, o que torna importante o recorte a fim de analisar comparativamente e perceber as diferenças no tratamento. Portanto, esses casos são destacados e indicados nos anexos e nas tabelas que mostram os resultados com a letra “G” entre parêntesis, o que indica se tratar de caso de pessoa cisgênera, mas que discute questão de gênero.

O enfoque da pesquisa no prenome, embora em muitos casos analisados bem como nas alternativas apresentadas haja demanda de alteração de prenome e sexo para pessoas trans, se justifica pela possibilidade de comparar a demanda e o tratamento judicial dispensado com os casos das pessoas cisgêneras e de fato constatar a discriminação por critério constitucionalmente proibido

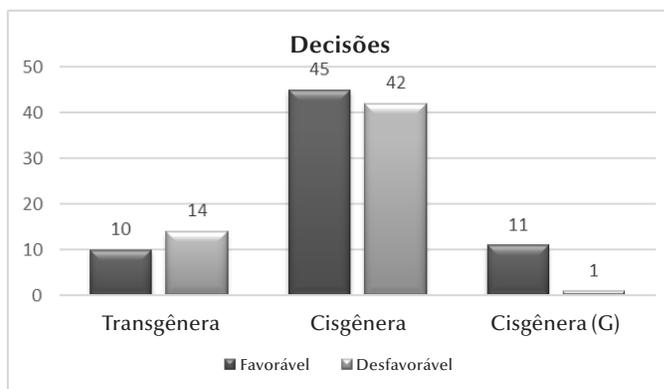
2.2. RESULTADOS DA PESQUISA EMPÍRICA

2.2.1. QUANTO ÀS DECISÕES

O primeiro gráfico tem por objetivo mostrar a quantidade de acórdãos de acordo com a identidade de gênero bem como a quantidade de decisões favoráveis ou desfavoráveis observadas. Partindo dessa análise mais rasa, levando em conta apenas deferimentos e indeferimentos, observa-se que caso a pessoa interessada na alteração do prenome seja transgênera a porcentagem de decisões favoráveis é de 42%, ao passo que se se trata de interessada cisgênera esse número sobe para 52%.

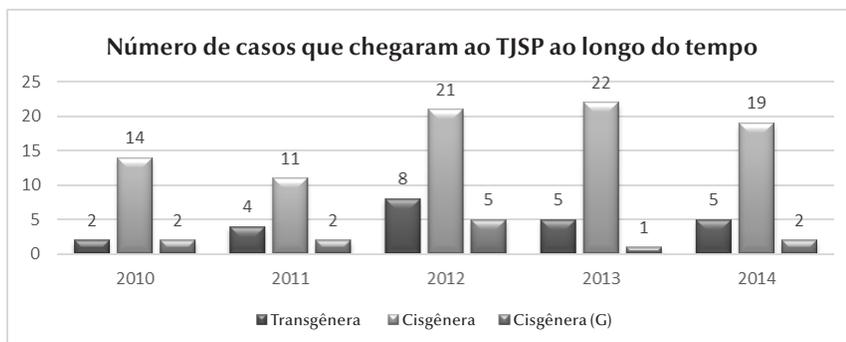
Embora essa diferença a princípio não pareça muito acentuada, é importante destacar que, além das outras peculiaridades que serão abordadas, quando é discutida no acórdão questão de gênero envolvendo pessoa cisgênera (os casos marcados com “G”, conforme explicado na metodologia) a porcentagem de decisões favoráveis é de 91%. Ou seja, quase na totalidade dos casos é reconhecido para pessoas cisgêneras o direito a não carregar um nome que não identifica seu gênero e leva a constantes situações vexatórias diariamente, direito esse que não é reconhecido nem à metade das pessoas transexuais que procuram o judiciário.

Gráfico 1:



2.2.2. DISCRIMINAÇÃO AO LONGO DO TEMPO

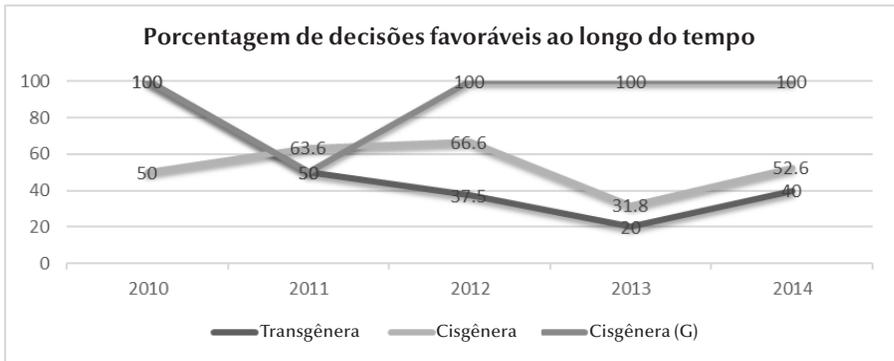
Gráfico 2:



Ao analisar quantos casos de cada um dos três grupos considerados foram apreciados pelo Tribunal de Justiça de São Paulo nos últimos cinco anos é possível perceber que o número de casos de pessoas cisgêneras que procuraram o judiciário para alterar o prenome é consideravelmente maior. O número cresceu com relação aos primeiros anos e nos últimos permaneceu estável. O número de pessoas transgêneras que procuram o judiciário com o mesmo objetivo também cresceu com relação aos primeiros anos, tendo um pico em 2012 e não variando nos dois últimos anos. Por fim, os casos de pessoas cisgêneras que desejam retificar o nome no registro por questionamentos relativos

a gênero teve o maior volume de casos em 2012 sendo que nos demais anos foram consistentemente poucos casos.

Gráfico 3:



Os números sobre a quantidade de resultados favoráveis mostram a quase totalidade de decisões nesse sentido para pessoas cisgêneras que discutem questões de gênero para a alteração do prenome, ao passo que para as transexuais as decisões no primeiro ano da pesquisa eram 100% favoráveis (todos casos em que houve a prévia realização de cirurgia de transgenitalização) e em seguida houve uma brusca queda nas decisões favoráveis, com uma pequena melhora no último ano.

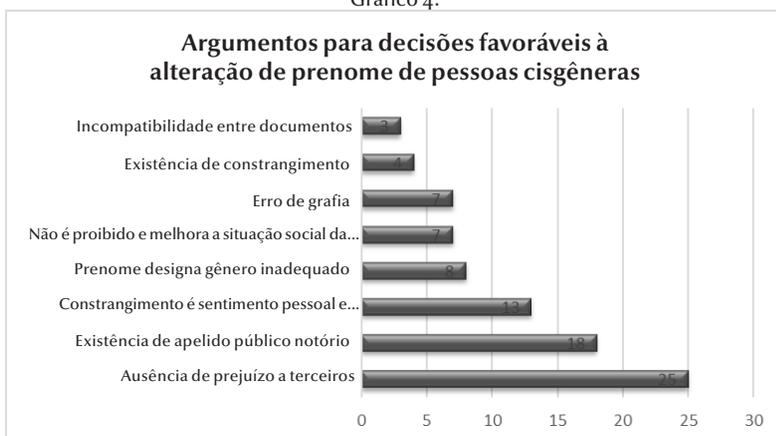
Aparentemente a diminuição nos números positivos se deve ao fato de que ao longo dos anos aumentam os casos de transexuais que procuram o judiciário sem ter previamente realizado cirurgia de redesignação sexual e, uma vez que essa cirurgia, junto a outras questões médicas, foi transformada em um requisito quase que essencial para a alteração do prenome, essa maior procura faz com que aumente o número de resultados negativos.

Quanto às pessoas cisgêneras no geral os números variaram bastante em torno de 50%, sem, no entanto, jamais chegar a menos de 30% ou mais de 70%.

2.2.3. QUANTO À MOTIVAÇÃO

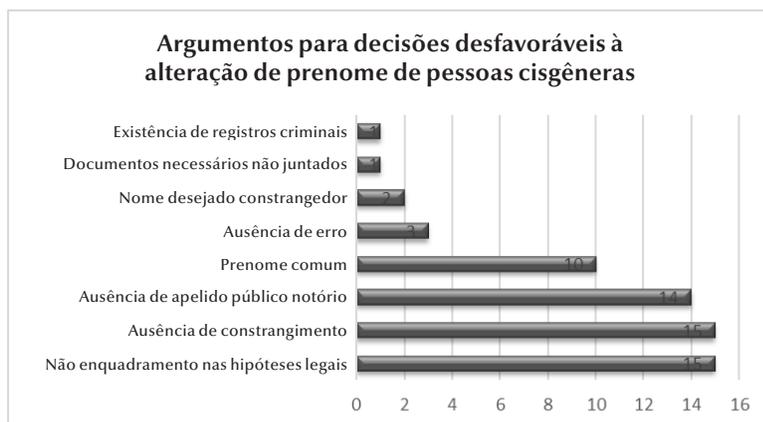
Em seguida a esses números mais gerais é importante ter em mente o que motiva essas decisões, quais são os principais argumentos utilizados para fundamentá-las.

Gráfico 4:



Principalmente nas decisões mais recentes é possível perceber que a tendência do judiciário é autorizar a mudança de prenome para pessoas cisgêneras desde que a alteração não seja expressamente proibida por lei, melhore a situação social da pessoa interessada e não cause prejuízo a terceiros. Nesse entendimento o constrangimento é considerado algo subjetivo e pessoal, dependente apenas da vivência de quem deseja alterar o registro.

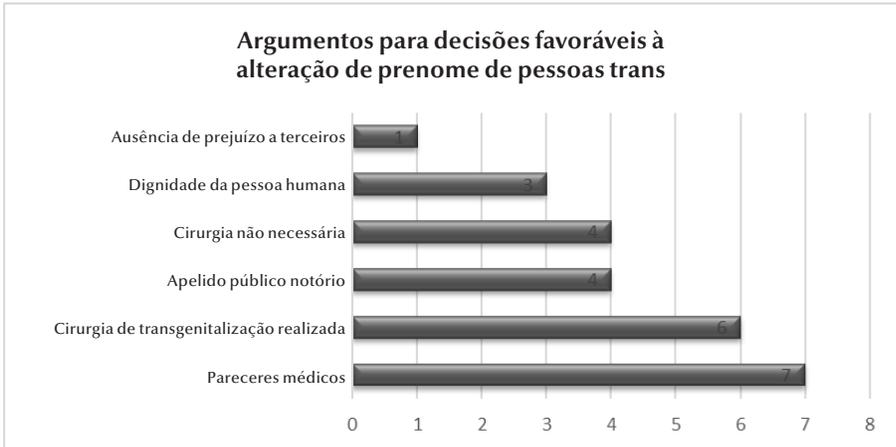
Gráfico 5:



Ao analisar os argumentos para decisões desfavoráveis a pessoas cisgêneras que desejam modificar o prenome é possível notar que em grande maioria as decisões são motivadas na lei de registros públicos, destacando-se o não enquadramento nas hipóteses legais, a ausência de apelido público notório e a

ausência de constrangimento, sendo este último o argumento mais subjetivo e cada vez mais raro na evolução ao longo dos 5 anos considerados.

Gráfico 6:



Já ao analisarmos os casos envolvendo pessoas transgêneras é flagrante que a visão medicalizante sobre a transexualidade predomina, uma vez que, em detrimento do enquadramento nas hipóteses legais ou da argumentação baseada na lei de registros públicos, em mais da metade dos acórdãos as justificativas para decisões favoráveis encontradas baseiam-se em laudos, pareceres e na realização da cirurgia de redesignação sexual.

Gráfico 7:



Ainda mais marcante do que perceber o quanto opiniões médicas e a realização de uma cirurgia são considerados algo determinante e muitas vezes o maior argumento para conceder a alteração do prenome a pessoas transexuais é perceber o que a ausência dela causa. 87% das decisões desfavoráveis à alteração de prenome por transexuais são motivadas principalmente pela mera

ausência da cirurgia de transgenitalização, tornando evidente o surgimento jurisprudencial de um requisito que não está na Lei de Registros Públicos, mas segue impedindo a plena realização dos direitos sociais de um grupo de pessoas.

A partir dos gráficos apresentados é perceptível que os principais argumentos para negar a pessoas cisgêneras a alteração do prenome se referem à ausência de requisitos legais, enquanto para pessoas transgêneras o foco está em um requisito não exigido pela Lei de Registros Públicos, mas transformado pela jurisprudência em condição: a prévia realização de cirurgia de redesignação sexual, uma operação financeiramente inacessível que, embora teoricamente realizada pelo SUS, tem uma fila de espera de décadas que ainda inclui anos de extensa avaliação psicológica.

No Brasil, há apenas seis hospitais públicos que realizam a cirurgia de transgenitalização, são eles: Hospital de Clínicas de Porto Alegre, da Universidade Federal do Rio Grande do Sul; o Hospital Pedro Ernesto da Universidade Estadual do Rio de Janeiro; o Hospital das Clínicas da Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo; o Hospital das Clínicas da Universidade Federal de Goiás; Hospital das Clínicas da Universidade Federal de Pernambuco e a partir desde ano o Hospital Estadual Mário Covas, em Santo André.

Em agosto de 2008 foi publicada pelo Ministério da Saúde uma portaria definindo Diretrizes Nacionais para o processo transexualizador no SUS e foram habilitados quatro centros de referência (os quatro primeiros citados acima).⁶ Hoje em dia, sete anos depois, passaram a realizar a cirurgia apenas mais dois hospitais, um número ainda pequeno, principalmente considerando a localização restrita a alguns grandes centros de estados determinados.

Como a pesquisa empírica mostrou, a tendência jurisprudencial quanto à alteração de prenome de pessoas cisgêneras tem evoluído no sentido de que a decisão deve ser favorável caso a mudança não seja proibida por lei, melhore a situação pessoal da pessoa interessada e não cause prejuízo a terceiros, no entanto, tal reconhecimento não tem sido estendido às pessoas trans na maioria dos casos. A discriminação se evidencia ainda mais ao constatar casos em que a mesma Câmara e o mesmo Relator julgam que o constrangimento é pessoal e subjetivo, cabendo apenas ao interessado saber a angústia de tolerar o nome, quando se trata de pessoas cisgêneras (Apelação nº. 0003986-90.2010.8.26.0137), enquanto julga que, para pessoas transgêneras, apesar de todo o constrangimento e da adequação aos requisitos legais, caso não te-

nha sido realizada a cirurgia de transgenitalização, há falta de interesse de agir (Apelação nº. 0025917-51.2013.8.26.0071).

Vale destacar que especificamente dentre os casos em que a identidade de gênero é cisgênera, mas são discutidas questões de gênero no acórdão “(G)”, em todos os casos de decisão favorável o constrangimento é reconhecido como algo óbvio diante de inadequação do prenome de registro ao gênero vivenciado no cotidiano ou de ambiguidade no prenome. No único caso desse grupo que teve decisão desfavorável ao longo dos cinco anos analisados a justificativa foi que o nome é aplicável a ambos os sexos e alguns nomes com essa peculiaridade são comuns.

2.2.4. QUANTO À EXIGÊNCIA DE CIRURGIA DE TRANSGENITALIZAÇÃO COMO REQUISITO PARA A ALTERAÇÃO DO PRENOME

Considerando o requisito discriminatório apontado no tópico anterior, a realização da cirurgia de transgenitalização, cabe analisar quantas das pessoas trans que não puderam ou quiseram passar por tal procedimento tiveram decisões favoráveis aos seus pedidos no Tribunal de Justiça de São Paulo. Dentre os que compõe esse grupo apenas 23% conseguem alterar o prenome.

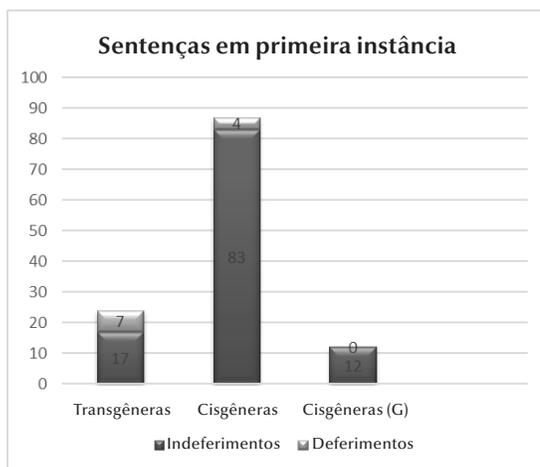
Gráfico 8:



Caso a cirurgia de transgenitalização não tenha sido realizada, uma das principais questões discutidas nas alternativas que a segunda fase dessa pesquisa analisará, os dados mostram que apenas 24% das pessoas interessadas têm decisões favoráveis, contra 42% das pessoas transgêneras interessadas em geral, 52% das pessoas cisgêneras interessadas em geral e 91% das pessoas cisgêneras que discutem questões de gênero.

2.2.5. QUANTO À SENTENÇA NA PRIMEIRA INSTÂNCIA

Gráfico 9:

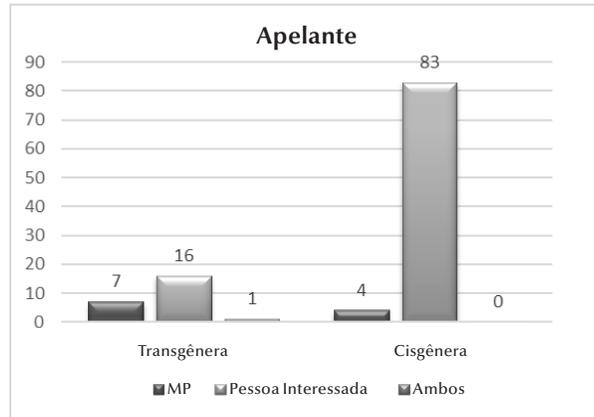


Outro dado obtido é como os casos que chegam ao Tribunal de Justiça de São Paulo foram decididos em primeira instância. A totalidade dos casos de pessoas cisgêneras que discutem questões de gênero para a alteração do prenome (G) foram decididos de forma desfavorável na primeira instância, de forma que chegam ao Tribunal por meio do desejo da pessoa interessada em reverter a decisão. O dado é parecido com o das pessoas cisgêneras em geral, caso em que menos de 5% dos casos foram deferidos em primeira instância, já no caso das pessoas transgêneras o número de casos em que a retificação foi deferida em primeira instância e é questionada no tribunal chega a quase 30%.

2.2.6. QUANTO AO APELANTE

Observar quem apela para que os casos cheguem na segunda instância é interessante para perceber que, ao passo que quando se trata de pessoas de identidade cisgênera apenas 5% dos casos são apelações do Ministério Público diante de decisões favoráveis em primeira instância, para pessoas transgêneras essa porcentagem é aproximadamente seis vezes maior. Essa disparidade evidencia o inconformismo deste órgão com decisões favoráveis à adequação do nome dessas pessoas transgêneras à realidade que vivenciam. Dentre todos os acórdãos analisados, em apenas um o Ministério Público recorreu se colocando favoravelmente à mudança, este está marcado no gráfico 2 como “ambos”, uma vez que interessado e Ministério Público apelaram.

Gráfico 10:



A quantidade tão expressivamente mais elevada de casos em que o Ministério Público recorre de decisões favoráveis em primeira instância à alteração do prenome de transexuais indica que o órgão tende a questionar que esse direito social seja garantido a esse grupo específico, alguns trechos de manifestações selecionados podem evidenciar essa questão:

“Insurge-se o Ministério Público, alegando que **o artigo 58, caput, da Lei de Registros Públicos, não permite a alteração pretendida**. Sustenta a imutabilidade do nome como forma de garantir a identificação da pessoa. **Afirma ser impossível tal mudança, tendo em vista que a capacidade de reprodução, a qual a cirurgia de mudança de sexo não é capaz de atender, é o principal requisito para o deferimento da retificação**. Aduz que seria criada uma **dificuldade para a sociedade entender uma pessoa, antes conhecida como sendo do sexo masculino, ter o registro como feminino**. Pleiteia a manutenção do registro original do requerente.”
(Trecho da manifestação do Ministério Público no acórdão 9118328-91.2004.8.26.0000 – grifo meu)

O primeiro trecho selecionado mostra que o inconformismo do Ministério Público atinge até mesmo os casos em que a cirurgia de transgenitalização foi realizada, alegando que o artigo 58 da Lei de Registros Públicos não permite a alteração pretendida quando na verdade não há quaisquer vedações nesse sentido e colocando como principal requisito para o deferimento a capacidade reprodutiva. Tal requisito não faz sentido tanto por não ser mencionado em nenhum momento no dispositivo legal em questão ou nos demais que devem ser observados quanto por não ter qualquer relação com o prenome ou o registro público da pessoa, até mesmo porque existem pessoas, cisgêneras e transgêne-

ras, que não possuem capacidade reprodutiva pelos mais variados motivos. O direito à identidade de gênero dessas pessoas não poderia ser tolhido ou questionado com esse pretexto.

Na mesma manifestação também é usada como justificativa para negar um direito social a pessoas trans a dificuldade que a sociedade tem de entender a transexualidade. Pretendendo, assim, negar direitos a um grupo marginalizado, que concernem a sua esfera pessoal, devido ao pensamento retrógrado de uma parcela da sociedade.

“Inconformado, apela o Ministério Público do Estado de São Paulo alegando, em síntese, a impossibilidade da pretendida alteração do nome e sexo do apelado **enquanto este persistir homem anatomicamente**, resguardando-se, assim, o registro civil de uma contradição entre o fato anotado e o fato naturalístico, até porque os registros públicos retratam a realidade, dando a publicidade necessária para que os fatos jurídicos produzam seus legais efeitos (fls.69/76).

[...]

A d. Promotoria de Justiça opinou pela improcedência da ação em virtude de o autor ainda ser homem no que diz respeito ao órgão genital. Ponderou que este fato enseja conseqüências jurídicas e sociais relevantes, tais como a possibilidade do autor freqüentar vestiários e banheiros femininos; eventualmente contrair matrimônio; de poder ser exposto à situação constrangedora e de difícil solução caso seja revistado (ex vi, em aeroportos ou postos de imigração); sem falar na remota, porém possível, situação de ter que ser recolhido a estabelecimento prisional feminino.” (Trechos da manifestação do Ministério Público citados no acórdão 0003073-19.2009.8.26.0663 – grifo meu)

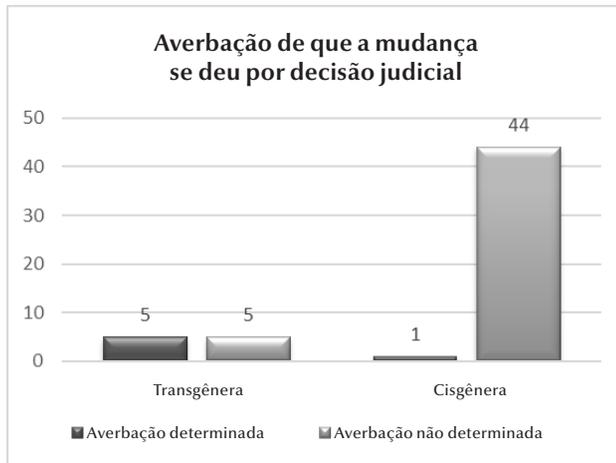
No segundo exemplo selecionado é possível notar que também há casos em que o Ministério Público defende a cirurgia de transgenitalização como pré-requisito para a alteração, utilizando como justificativas situações jurídicas e sociais pelas quais a pessoa interessada pode passar, que, no entanto, também já deveriam ser realizadas de acordo com sua identidade de gênero como frequentar banheiros e contrair matrimônio.

Considerando especificamente as decisões favoráveis em primeira instância das quais o Ministério Público recorreu é possível constatar que em 73% dos casos a pessoa interessada havia realizado cirurgia de redesignação sexual, nesses casos a sentença foi mantida. No entanto, nos demais casos, casos em que a cirurgia não havia sido realizada, a sentença foi revertida, gerando um resultado desfavorável à alteração.

2.2.6. QUANTO À AVERBAÇÃO NA CERTIDÃO DE NASCIMENTO DE QUE A MUDANÇA SE DEU POR DECISÃO JUDICIAL

Ainda que para que qualquer retificação de prenome seja exigida a apresentação de certidões cíveis, criminais e de protestos para que fraudes sejam evitadas, sob o pretexto de proteger o interesse de terceiros, em alguns casos o Tribunal determina que seja averbado na certidão de nascimento que a mudança ocorreu por decisão judicial. Tal determinação se observa em 50% dos casos de pessoas transgêneras e apenas 2% dos casos de pessoas cisgêneras. O que justificaria uma diferença tão grande na exigência da averbação para um grupo quando não se observa o mesmo para o outro?

Gráfico 11:



2.2.7. QUANTO AO TRATAMENTO DISPENSADO À PESSOA TRANSGÊNERA INTERESSADA NA RETIFICAÇÃO

Quanto à forma como as pessoas transgêneras são tratadas, observa-se que em 96% dos casos utiliza-se pronomes de tratamento de acordo com o gênero designado no nascimento, evidenciando que a identidade de gênero quase nunca é respeitada, mesmo nos casos em que a decisão é favorável e reconhece o direito à mudança do prenome. O Judiciário definitivamente não é um espaço que costuma respeitar identidades de gênero transexuais.

Gráfico 12:



2.3. DISCRIMINAÇÃO DIRETA NA APLICAÇÃO DO DIREITO

No cerne da questão, a alteração de prenome objetivada por uma pessoa transgênera não difere da almejada por uma pessoa cisgênera, são postuladas com base nas mesmas hipóteses da Lei de Registros Públicos e, principalmente se considerarmos o grupo de pessoas cisgêneras (G), que busca a modificação do prenome por questões de gênero, é notável que mesmo os motivos e as formas de constrangimento enfrentadas são muito semelhantes.

A pesquisa empírica realizada, contudo, revela que o tratamento dispensado a esses grupos, por sua vez, não é nada semelhante. Ainda que o constrangimento seja verificado em ambos os casos, inclusive na mesma temática (inadequação ao gênero) são exigidos de um grupo requisitos que não só não são para o outro como também não encontram amparo na Lei.

Uma pesquisa empírica sobre retificação de prenome de pessoas transgêneras foi realizada por Miriam Ventura⁷ considerando todos (45 acórdãos) os acórdãos dos Tribunais de Justiça Estaduais, Federais, do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal que trataram do tema até o ano de 2006 e obteve resultados comparáveis, com cerca de metade das decisões desfavoráveis, marcadas pelo determinismo biológico, sendo que mesmo as favoráveis possuem limitações, como considerar a transexualidade uma enfermidade e a realização de cirurgia de transgenitalização como um requisito determinante.

Essas decisões, assim como as analisadas nessa pesquisa, em sua maioria privilegiam diagnósticos, tratamentos e a cirurgia de transgenitalização em

7 VENTURA, Miriam. "Transexualidade: algumas reflexões jurídicas sobre a autonomia corporal e autodeterminação da identidade sexual" In Em defesa dos direitos sexuais. Org. Roger Raupp Rios. PortoAlegre: Livraria do Advogado, 2007

detrimento de argumentos e provas que deveriam ser necessárias à alteração do prenome de qualquer pessoa como o constrangimento, a violação a direitos fundamentais, a existência de apelido público notório e a completa inadequação do prenome de registro à vivência cotidiana da pessoa interessada. Em suma, os verdadeiros requisitos legais são quase irrelevantes para pessoas transgêneras e no Brasil não há ainda lei específica que trate de identidade de gênero ou dos direitos de pessoas transgêneras.

É perceptível que na ausência de regulamentação para esses direitos da personalidade a questão tem sido decidida a partir de uma concepção de sexo ligada diretamente à anatomia da genitália e a estereótipos de comportamento de gênero, muito dependente da valoração e do julgamento de profissionais da medicina. E nesse vácuo legal fica nas mãos do Judiciário decidir sobre os direitos da personalidade desse grupo de pessoas.

Segundo Raupp Rios⁸ a discriminação direta:

“... ocorre quando qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência, fundados em origem, raça, sexo, cor, idade ou quaisquer outras formas de discriminação proibidas, têm o propósito de anular ou prejudicar o reconhecimento, gozo ou exercício em pé de igualdade de direitos humanos e liberdades fundamentais, nos campos econômico, social, cultural ou em qualquer campo da vida pública.”

O que difere a discriminação direta da indireta é que, ao passo que esta produz um prejuízo a um grupo a partir de práticas neutras, aquela discrimina por meio de uma diferenciação estabelecida com esse propósito. Isto é, na discriminação direta é dispensado a um grupo (ou indivíduo) um tratamento desigual e menos favorável por um critério de diferenciação juridicamente proibido.

As conclusões às quais a pesquisa leva evidenciam um tratamento diferenciado por meio do estabelecimento de requisitos não presentes em lei que, sendo direcionado a apenas um grupo (pessoas trans), discrimina configurando uma situação menos favorável a esse grupo, visto que tantas vezes tais requisitos impedem a adequação do prenome no registro civil, um direito da personalidade que muito afeta a dignidade dessas pessoas.

Importante reiterar que o ordenamento jurídico brasileiro veda explicitamente a discriminação nessa modalidade direta, como é possível ver entre os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil no artigo 3º, IV da Constituição Federal de 1988, tratando-se, pois, de questão constitucional.

8 RIOS, R. R. Direito da Antidiscriminação: discriminação direta, indireta e ações afirmativas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p 89.

Na modalidade direta de discriminação as manifestações principais são três: a discriminação explícita (presente no texto legislativo ou diretamente decorrente dele), a discriminação na aplicação do direito (independente da intenção do legislador, medidas são aplicadas de forma discriminatória) e a discriminação na concepção (exigências aparentemente neutras criadas para discriminar determinado indivíduo ou grupo).

No caso da retificação de prenome de pessoas trans a modalidade identificada é a discriminação na aplicação do direito. A Lei de Registros públicos não faz qualquer menção a exigências extras para transexuais, sendo absolutamente neutra com relação à identidade de gênero. No entanto, na sua aplicação o Judiciário tem exigido requisitos especificamente direcionados em prejuízo do grupo.

Também se faz necessário elaborar um recorte de classe quanto aos requisitos, uma vez que o tratamento e ainda mais a cirurgia de transgenitalização são extremamente caros e, ainda que realizados pelo Sistema Único de Saúde, são demorados e de difícil acesso.⁹ Para que seja cogitada a cirurgia de redesignação sexual é exigido um tratamento psiquiátrico compulsório com duração mínima de dois anos, somente depois desse período a pessoa poderá aguardar numa fila que dura anos para a realização da cirurgia.

No Brasil a exigência desses requisitos é agravada pela dificuldade ao acesso a meios para cumpri-los, uma vez que o acesso a saúde especializada para pessoas trans é extremamente precário. Existem apenas cinco hospitais públicos (um sexto está sendo habilitado este ano) aptos a realizar a cirurgia tão exigida para retificação de prenome no país, o Hospital das Clínicas em São Paulo, por exemplo, realiza apenas uma por mês. Mesmo o acesso às demais fases do tratamento é precário, uma vez que os ambulatórios especializados não estão em todos os estados do país e enfrentam dificuldades mesmo em grandes cidades.

Todas as exigências de um padrão de corpo estereotipado a cada gênero somadas à dificuldade de conseguir realizar modificações corporais de forma responsável e a já mencionada quantidade de mulheres transexuais e travestis que se prostituem (para essas prostitutas também há um padrão corporal a seguir) levam muitas pessoas a se medicarem por conta própria ou recorrerem a métodos perigosos como o uso de silicone industrial.

Entre as hipóteses que tornam questionável a exigência de tratamentos e cirurgias também está o caso de transexuais, transgêneros e travestis que não

9 A militante trans Daniela Andrade fala sobre as dificuldades enfrentadas no judiciário e no processo transexualizador na entrevista disponível em <http://www.revistacapitolina.com.br/entrevista-com-daniela-andrade/>. Acesso em 24/05/2015.

desejam se submeter à cirurgia por quaisquer motivos pessoais, pessoas às quais não faz sentido negar direitos sociais porque não desejam fazer intervenções cirúrgicas em seus corpos.

Quaisquer que sejam os motivos para que não tenha sido realizada uma cirurgia, o critério é inadequado para negar direitos, se baseia em uma concepção patologizante da transexualidade que traz junto a exigência de outros laudos e tratamentos médicos e é claramente discriminatório ao, na aplicação do direito, colocar uma exigência a mais direcionada a um grupo.

3. ALTERNATIVAS

Uma vez percebida a discriminação em suas várias manifestações na prática das decisões, passa-se à análise das principais vias vistas atualmente como possíveis soluções para os problemas verificados.

A. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.275

A ADI 4.275 foi proposta em 2009 pela então Procuradora Geral da República Débora Macedo Duprat de Britto Pereira e pede a interpretação conforme a Constituição Federal do artigo 58 da Lei nº. 6.015/73 (Lei de Registros Públicos), na redação dada pela Lei nº. 9.708/98, reconhecendo o direito de transexuais à alteração do prenome independentemente de cirurgia de transgenitalização.

Acompanharam a petição inicial representações de movimentos sociais, especificamente da ABLGT (Associação Brasileira de Gays, Lésbicas, Bissexuais, Travestis e Transexuais) e da ANTRA (Articulação Nacional de Travestis e Transexuais).

A ADI diferencia as abordagens biomédica (distúrbio de identidade de gênero) e social da transexualidade (autodeterminação do indivíduo) e as coloca como não excludentes. A tese sustentada diz respeito apenas a transexuais e sustenta que há um direito fundamental à identidade de gênero, decorrente da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III, Constituição Federal), da igualdade (artigo 5º, caput, Constituição Federal), da vedação a discriminações (artigo 3º, inciso IV, Constituição Federal), da liberdade (artigo 5º, caput, Constituição Federal) e da privacidade (artigo 1º, inciso III, Constituição Federal). Defende-se que a dignidade da pessoa humana só existe se for permitido à pessoa afirmar suas identidades multifacetadas.

Abordando o artigo 58 da Lei nº 6.015/73, que fala de apelido público notório, argumenta-se que o nome social pelo qual transexuais e travestis são conhecidos e conhecidas no seu dia a dia nada mais é do que um apelido público notório, o que por si só já caracteriza cumprimento de uma hipótese legal. A questão do constrangimento e da possibilidade de substituição do prenome de registro quando ele é ridículo ou vexatório também cabe muito bem no caso, uma vez que é óbvio o constrangimento causado por ter em seus documentos um nome e um sexo que não correspondem aos seus.

A possibilidade de alteração do prenome sem a realização de quaisquer cirurgias deve surgir do fato de que não é a cirurgia que faz de alguém trans, eis que a transexualidade não é conferida por um ato cirúrgico.

O modelo proposto para o Brasil se assemelha ao alemão, nele há duas hipóteses: a mudança do registro com ou sem a realização de cirurgia, sendo que no caso de não haver cirurgia os requisitos para a alteração seriam ter no mínimo 18 anos de idade, ter convicção de pertencer ao sexo oposto ao qual foi designado ao nascer há pelo menos três anos e a presunção razoável de que a identidade de gênero não será mais modificada. A avaliação desses requisitos ficaria a cargo de especialistas em psicologia, medicina e sociologia.

O não-reconhecimento do direito de pessoas transgêneras alterarem o prenome e o sexo independentemente de cirurgia, portanto, lesionaria preceitos fundamentais da Constituição Federal, uma vez que violaria todos os princípios citados, sendo cabível interpretação conforme a Constituição Federal para que seja reconhecido o nome social como apelido público notório acarretando a mudança do registro.

Os pedidos incluem o reconhecimento a transexuais do direito à alteração do prenome com ou sem realização de cirurgia de transgenitalização, sendo que nesse último caso são colocados novos requisitos.

Devido à relevância da matéria, o então ministro presidente, Gilmar Mendes, requisitou ainda em 2009 informações definitivas a serem prestadas no prazo de 10 dias e a posterior remessa à Advocacia Geral da União e à Procuradoria Geral da República para manifestação no prazo de 5 dias (artigo 12 da Lei 9.868/99).

Após as referidas informações, o STF tem recebido pedidos de ingresso de *amici curiae*, sendo o primeiro protocolado em 06/06/2011 e o mais recente em 22/05/2015. Atualmente os autos estão conclusos com o ministro relator, Marco Aurélio.

B. RECURSO EXTRAORDINÁRIO 670.422

O Recurso em questão foi interposto após uma decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul provida em parte (permitindo alterar o nome com averbação na certidão de nascimento, mas não o sexo) e embargos de declaração rejeitados. O interessado alega violação dos artigos 1º, inciso III; 3º; 5º, inciso X e 6º, caput, da Constituição Federal e repercussão geral da matéria, uma vez que se discute a necessidade de realizar cirurgia de transgenitalização como condição para alterar o registro.

O Recorrente destaca que a esfera de todo o grupo de transexuais que buscam adequar o registro a sua identidade de gênero sem a realização de procedimentos cirúrgicos será afetada pela decisão, de forma que se busca um precedente histórico de repercussão não só jurídica como também social. Dentre os argumentos destaca-se o dever de defesa da intimidade e do respeito à identidade sexual por parte do Estado, visto que não importa a genitália para qual o gênero é exteriorizado pela pessoa, gênero não pode ser reduzido ao elemento morfológico

O juízo de primeiro grau havia decidido pela alteração apenas do nome no registro e que para alterar o sexo é necessária cirurgia de transgenitalização, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul manteve a decisão e, por entender que nem mesmo com a cirurgia transexuais adquirem todas as características do sexo oposto ao designado no nascimento, entendeu que seria o caso de averbar na certidão de nascimento que a mudança se deu por via judicial.

O ministro Dias Toffoli (relator) ao apreciar o caso entendeu que a necessidade ou não de cirurgia de transgenitalização para alteração nos assentos do registro civil, o conteúdo jurídico do direito à autodeterminação sexual e a possibilidade jurídica ou não de utilização do termo “transexual” no registro civil têm natureza constitucional porque expõem o limites entre direitos fundamentais (como personalidade, dignidade da pessoa humana, intimidade, saúde) e os princípios da publicidade e da veracidade dos registros públicos. Desta forma as questões ultrapassam os limites dos interesses das partes e atingem todo o grupo de transgêneros não cirurgiados com interesse em alterar o registro civil, revelando relevância jurídica e social.

Em 12/09/2014 o Supremo Tribunal Federal, por maioria, reputou constitucional a questão, vencido o Ministro Teori Zavascki e, também por maioria, vencido o Ministro Teori Zavascki, reconheceu a existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada. Desde então recebeu pedidos de ingresso

de *amici curiae* do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM) e do Instituto De Bioética, Direitos Humanos e Gênero (ANIS), ambos deferidos.

Considerando o reconhecimento da existência de repercussão geral da matéria suscitada no recurso extraordinário, em 19/05/2015 foi determinada a remessa dos autos à Procuradoria-Geral da República para que ratifique o parecer anterior ou oferte nova manifestação. Em 02/06/2015 os autos foram remetidos à Procuradoria Geral da República para vista.

C. PROJETO DE LEI 5.002/2013

Em fevereiro de 2013 a Deputada Federal Érika Kokay do PT/DF e o Deputado Federal Jean Wyllys do PSOL/RJ propuseram projeto de lei que dispõe sobre o direito à identidade de gênero e propõe a alteração do artigo 58 da Lei 6.015 de 1973 (Lei de Registros Públicos). Embora existam tentativas anteriores de abordar o tema em projetos de lei, trata-se do mais recente e atualizado projeto quanto às demandas dos movimentos sociais.

Conhecido como Projeto de Lei de Identidade de Gênero ou Lei João W. Nery (homenagem a um homem transexual), o projeto de lei em questão prevê já em seu artigo primeiro que toda pessoa tem direito ao reconhecimento de sua identidade de gênero, ao livre desenvolvimento da sua pessoa conforme essa identidade de gênero e a ser tratada de acordo com ela, especialmente no tocante a identificação nos documentos que mostrem sua identidade pessoal, que contenham seu prenome e seu sexo.

Esse documento se baseia na compreensão de identidade de gênero enquanto algo que depende apenas da vivência interna e individual de cada pessoa, podendo ou não corresponder ao designado no nascimento, e também traz a noção de que o exercício do direito à identidade de gênero pode envolver tratamentos médicos, modificação corporal ou da aparência, no entanto, caso haja procura a esses recursos ela deve ser uma escolha livre, não uma imposição cuja ausência limita o exercício do direito à identidade de gênero.

A forma proposta para alteração de prenome e sexo no caso é a solicitação em cartório de retificação do registro no caso em que não coincidam com a identidade de gênero auto-percebida. Dessa forma seriam considerados requisitos ser maior de 18 anos, apresentar ao cartório uma solicitação escrita requerendo a retificação de acordo com a Lei de Identidade de Gênero e a emissão de novos documentos conservando a numeração original. São expressamente excluídos como requisitos em quaisquer casos intervenções cirúrgi-

cas, terapias hormonais, qualquer tipo de tratamento ou diagnóstico médico e autorização judicial.

Para pessoas menores de 18 anos interessadas na retificação a solicitação deveria ser realizada pelos responsáveis legais em conformidade expressa com a vontade da criança ou adolescente sempre levando em consideração os princípios da capacidade progressiva e do interesse superior da criança. Nos casos em que não seja possível conseguir o consentimento de responsáveis legais de adolescente com interesse em alterar prenome e sexo, o projeto prevê assistência da Defensoria Pública para requerer autorização judicial. Em todos os casos pessoas menores de 18 anos contam com a assistência da Defensoria Pública, conforme estabelecido no Estatuto da Criança e do Adolescente.

Cumprido o procedimento em cartório sem nenhum trâmite administrativo adicional, pelo projeto o funcionário do cartório deve registrar a alteração de sexo e prenome, emitir novos documentos e informar os órgãos responsáveis pelos registros públicos para que dados eleitorais, de antecedentes criminais e possíveis ações judiciais sejam atualizados, sendo proibida qualquer referência à Lei de Identidade de Gênero ou ao registro anterior nos novos documentos, exceto com autorização expressa da pessoa interessada.

Na hipótese prevista no projeto de lei não seria necessário que alguém advogasse no caso, seria um procedimento simples em cartório gratuito e sigiloso, sem qualquer publicidade não autorizada. Até mesmo a publicação pela imprensa prevista para os casos de retificação nos artigos 56 e 57 da Lei 6.015/73 não seria realizada de acordo com a nova lei.

A alteração da certidão de nascimento em cartório possibilitaria a mudança de todos os demais documentos e seriam mantidos a maternidade ou paternidade e o matrimônio, sendo alterados também os registros de filhos e filhas e a certidão de casamento.

O projeto de lei aponta como garantia para a continuidade jurídica os números da carteira de identidade de do Cadastro de Pessoa Física, que resguardariam interesses de terceiros.

Também são resguardados o direito a intervenções cirúrgicas e hormonais sendo o único requisito o consentimento e não qualquer avaliação psicológica ou psiquiátrica, devendo ser tais tratamentos oferecidos de forma gratuita pelo SUS.

Outro importante ponto do projeto de lei é assegurar que a identidade de gênero seja respeitada ainda que o prenome não tenha sido retificado nos documentos, por meio da utilização do nome social para citações, chamadas

e quaisquer outras interações verbais e registros em âmbitos públicos ou privados. Fica também protegido o direito à identidade de gênero contra limitação, restrição, exclusão ou supressão causada por normas, regulamentações ou procedimentos.

A redação proposta para o artigo 58 da lei 6.015/73 é:

“Art. 58º. O prenome será definitivo, exceto nos casos de discordância com a identidade de gênero auto-percebida, para os quais se aplicará a lei de identidade de gênero. Admite-se também a substituição do prenome por apelidos públicos notórios.”

A justificativa do projeto de lei se inicia com a caracterização da transexualidade como um estigma que não se pode ocultar, devido à forma como é experimentada. Essa visibilidade forçada tem influência nas expulsões de casa, da escola, da família e também no preconceito e na violência sofridos.

Ao mesmo tempo em que existe a visibilidade forçada pela forma como a identidade está inscrita no corpo, muita invisibilidade é enfrentada, no caso tem destaque a invisibilidade legal. A atual situação da legislação brasileira provoca por vezes uma inconsistência entre o social e o jurídico, pessoas que existem no cotidiano, mas não encontram sua identidade correspondente nos documentos e pessoas que só existem nos documentos e não no mundo real.

A inconsistência é flagrante diante de pessoas que vivem e são percebidas de uma forma, mas que a omissão da legislação atual e os requisitos jurisprudencialmente criados insistem em impedir que essa vivência esteja nos documentos. Há uma autoridade atribuída ao judiciário para que decida os limites entre masculinidade e feminilidade e quem fica de qual lado, desta forma é negado diariamente a travestis, transexuais e transgêneros o direito de serem quem são.

Há referência na justificativa, ainda, o artigo “No Brasil todo mundo é índio, exceto quem não é” do Antropólogo Eduardo Viveiros de Castro, no qual é feito o debate sobre reconhecimento oficial de identidades e sobre a pretensão estatal e científica de estabelecer critérios objetivos para reconhecê-las e legitimá-las. O que é produzido fora das normas e padrões não tem o selo de qualidade do Estado. Nessa compreensão, travestis, transexuais e transgêneros são hoje no Brasil pessoas sem esse selo de qualidade, pessoas clandestinas, como se ser homem ou mulher pudesse ser algo determinado por inspeção.

Érika Kokay e Jean Wyllys vêem como insuficientes as soluções provisórias de portarias, decretos e decisões administrativas reconhecendo o uso do nome social. O MEC, por exemplo, define nome social como “aquele pelo qual

essas pessoas se identificam e são identificadas pela sociedade”, uma forma de assumir que a situação que se enfrenta com a lei atual perpetua a diferença entre realidade e registro público.

Cerca de 16 estados à época do projeto de lei possuíam alguma regulamentação sobre o nome social, algo que também já existe no âmbito do Ministério da Educação, do Sistema Único de saúde e da Administração Pública Federal, tornando perceptível que o Estado começa a reconhecer a discordância que há entre a vida real e os documentos. Entretanto, a manutenção dessa dupla identidade não resolve o problema ao todo.

A solução definitiva para o caso seria uma lei federal, como já existe em outros países, de forma que o projeto de lei se baseia na lei argentina, considerada a mais avançada das atualmente existentes, e na definição de identidade de gênero prevista nos princípios de Yogyakarta, apresentados à Organização das Nações Unidas por uma comissão internacional de juristas em 2007, sobre a aplicação do Direito Internacional dos Direitos Humanos no tocante a orientação sexual e identidade de gênero. Esse documento apresenta a seguinte definição de identidade de gênero:

“a vivência interna e individual do gênero tal como cada pessoa o sente, a qual pode corresponder ou não com o sexo atribuído após o nascimento, incluindo a vivência pessoal do corpo. O exercício do direito à identidade de gênero pode envolver a modificação da aparência ou da função corporal através de meios farmacológicos, cirúrgicos ou de outra índole, desde que isso seja livremente escolhido. Também inclui outras expressões de gênero, como a vestimenta, os modos e a fala.”

O projeto de lei estabelece os mecanismos jurídicos para reconhecimento da identidade de gênero tornando possível a retificação para pessoas trans, sendo preocupações centrais o acesso rápido, fácil, sigiloso, gratuito, pessoal e livre de requisitos invasivos.

Por fim, é defendida uma tendência mundial, iniciada pela França e pela Argentina, da despatologização da transexualidade, como ocorreu com a homossexualidade nos anos 80. A aprovação do projeto de lei já traria para o direito essa tendência, assegurando sempre a continuidade das relações jurídicas por meio da notificação sigilosa dos órgãos competentes, com a mudança do prenome e do sexo permanecem os direitos e as obrigações, bem como as relações de emprego, matrimônio e paternidade ou maternidade.

Ainda na questão da saúde, a lei regulamenta as intervenções cirúrgicas e tratamentos de forma gratuita pelo SUS, que já se realizam no Brasil, mas o

projeto traz a garantia para o âmbito legal. Contudo, o exercício regulamentado em lei tem como pressupostos a despatologização, fim do diagnóstico como “disforia de gênero”, a completa independência entre modificações corporais e o reconhecimento da identidade de gênero, a independência entre cirurgias e tratamentos hormonais não havendo de nenhuma forma a obrigação de realizar ambos, a gratuidade pelo SUS e a cobertura por planos de saúde particulares e a livre escolha da pessoa para realizar ou não quaisquer procedimentos.

Além da lei argentina e dos Princípios da Yogyakarta já mencionados o projeto de lei também se baseia na proposta de anteprojeto do Estatuto da Diversidade Sexual construído por diversas Comissões da Diversidade Sexual da OAB, na declaração “The voices against homophobia e transphobia must be heard” de Thomas Hammarberg, representante do Conselho da Europa para os Direitos Humanos, publicizado na condecoração “Combating discrimination on the grounds of sexual orientation or gender identity across Europe: sharing knowledge and moving forward” que aconteceu na França em 2012 e nas recomendações da Associação Brasileira dos Homens Trans.

O Projeto de Lei n.º 5.002/2013 foi apresentado em 20/02/2013. Em 26/03/2013 a mesa diretora da câmara pediu que fosse apensado ao Projeto de Lei n.º 4.241/2012, da autoria da Deputada Federal Érika Kokay, que dispõe sobre o direito à identidade de gênero de forma menos elaborada do que o projeto posterior (aqui abordado).

O Deputado Federal Jean Wyllys requereu então que o projeto fosse desapensado, visto que o Projeto de Lei n.º 4.241/2012 estava, por sua vez, apensado ao Projeto de Lei n.º 70/1995 da autoria do então Deputado Federal José Coimbra (PTB-SP). Este projeto dispõe sobre intervenções cirúrgicas que visam modificar o corpo e os genitais de pessoas trans, não se confundindo com a garantia de direitos da personalidade relativos ao Registro Público.

O pedido foi deferido. No entanto, em 31/01/2015 o projeto foi arquivado pela mesa diretora da câmara tendo em vista o fim da legislatura, nos termos do artigo 105 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados. Tanto Jean Wyllys quanto Érika Kokay pediram o desarquivamento da proposição e esta foi desarquivada.

Em 16/04/2015 o projeto, encaminhado à Comissão de Direitos Humanos e Minorias (CDHM), teve como relatora designada a Deputada Federal Janete Capiberibe (PSB-AP). Sendo devolvido sem manifestação, teve novo relator designado na comissão, o Deputado Federal Luiz Couto (PT-PB).

4. CONCLUSÕES

4.1. CONTEXTO

Não há dúvidas de que quaisquer das alternativas apresentadas, se concretizadas, representariam avanços para combater a discriminação diagnosticada. A situação atual de insegurança jurídica e requisitos arbitrariamente criados na aplicação da Lei 6.015/73 é insustentável e ameaça direitos fundamentais. É incompatível, pois, com uma constituição que tem como fundamento a dignidade da pessoa humana e como objetivo ausência de discriminação a perpetuação de uma realidade tão flagrante de discriminação.

Chamada “Constituição Cidadã”, a Constituição Federal de 1988 incorpora a promessa de construção de uma democracia que vai além do sistema de governo e diz respeito a garantia de direitos sociais, com objetivos claros de transformação social. Esses objetivos estão muito distantes do que é revelado na pesquisa empírica: uma violação sistemática dos direitos de um grupo tanto pela discriminação direta na aplicação do direito quanto pelo desrespeito constante à identidade do grupo, sendo indispensável a adoção das alternativas apresentadas para solucionar a questão.

A Lei de Registros Públicos, de 31 de dezembro de 1973, anterior à própria Constituição Federal de 1988, foi elaborada em um tempo em que o debate sobre direitos da personalidade de pessoas trans não era recorrente, talvez nem mesmo existente. Não há no Brasil uma legislação específica sobre identidade de gênero e, embora o texto da lei de 1973 não seja em si discriminatório, sua aplicação indica que nesse ponto o direito não foi capaz de acompanhar a evolução da sociedade e de acolher esse grupo, mantendo pessoas transexuais, travestis e transgêneras à margem. A insustentabilidade da situação pode ser verificada até mesmo pelo próprio surgimento das vias distintas buscando uma solução urgente para o problema verificado.

Os novos contornos que a Constituição brasileira assumiu em 1988, com o compromisso de assegurar direitos sociais, tiveram como uma das consequências mais marcantes o fenômeno chamado de judicialização da política, isto é, a fuga de temas políticos para o direito. Essa possibilidade de garantia de direitos por meio do judiciário não parece ter sido imprevista, mas sim desejada, há inclusive mecanismos criados constitucionalmente para tal.¹⁰ No tema em pauta podemos perceber que, ainda que haja também o recurso à via le-

10 VERÍSSIMO, Marcos Paulo. A Constituição de 1988, vinte anos depois: Suprema Corte e ativismo judicial “à brasileira”. Revista Direito GV, São Paulo, v. 4, jul.-dez. 2008, p 409

gislativa é muito marcante o recurso ao direito. Resta saber qual a saída mais adequada para o caso.

O controle de constitucionalidade no Brasil se construiu em um longo processo incremental, o que pode ter levado a algumas contradições e redundâncias. Nesse sentido, as mudanças trazidas na Constituição de 1988 (e posteriormente pela Emenda Constitucional nº 45/2004) são muito significativas e representam um divisor de águas do controle de constitucionalidade. Alguns exemplos são a criação de novas ações do controle de constitucionalidade concentrado (ampliação do repertório de ações) e a ampliação dos legitimados.

Com a Emenda Constitucional nº 45/2004 surgem ainda mais novos mecanismos como a súmula vinculante e a repercussão geral e, mais recentemente observamos o avanço, típico do Estado Social, do direito sobre questões anteriormente reservadas à seara política, há um clima político de maior expectativa e maior deferência com o Poder Judiciário.

4.2. ANÁLISE DAS ALTERNATIVAS

Pela via concentrada de controle de constitucionalidade, a proposta de interpretação conforme a constituição do artigo 58 da lei 6.015/73 atinge em grande parte a discriminação diagnosticada e pretende pacificar na jurisprudência o que pode parecer óbvio: que nomes sociais de transexuais, travestis e transgêneros são apelidos públicos notórios e que o constrangimento dessas pessoas por carregar documentos com nome e sexo que não correspondem a sua identidade de gênero existe, porque esses documentos não correspondem à realidade.

Contudo, a abordagem na Ação Direta de Inconstitucionalidade não se liberta completamente da compreensão patologizante da transexualidade e, inspirada no modelo alemão, propõe que o STF, ao estabelecer a interpretação conforme mencionada, fixe requisitos para aquelas pessoas que não realizaram a cirurgia de transgenitalização, quais sejam ter no mínimo 18 anos de idade, ter convicção de pertencer ao sexo oposto ao qual foi designado ao nascer há pelo menos três anos e a presunção razoável de que a identidade de gênero não será mais modificada.

Desta forma, ainda que o possível deferimento da ADI traga avanços, especialmente tendo em mente que a não realização da cirurgia de transgenitalização é o principal argumento para negar o direito a identidade de gênero para pessoas trans (gráfico 7), permanecem as exigências a serem atestadas por profissionais da saúde, baseadas em estereótipos e sintomas padrão para

a doença da “disforia de gênero”, supondo os mesmos sintomas em qualquer lugar do mundo a serem cumpridos para alcançar o título de transexual real.

Em suma, a interpretação como proposta pela via do controle concentrado de constitucionalidade mantém requisitos não presentes em lei e jurisprudencialmente criados voltados especialmente a um grupo, o das pessoas trans. Ainda que essas pessoas sejam reconhecidas pelo apelido público notório (nome social) e passem por constrangimentos causados pelo que consta no registro não poderão alterá-lo sem o arbítrio de profissionais da medicina, da psicologia e da sociologia. Também não são abordadas na ADI questões relevantes e evidentemente discriminatórias percebidas na pesquisa empírica, como a averbação na certidão de nascimento de que a mudança se deu por decisão judicial e o tratamento da pessoa interessada pelo nome social nas etapas que antecedem a mudança.

As vantagens dessa abordagem envolvem pacificar a jurisprudência sobre cessar definitivamente o requisito da cirurgia de transgenitalização que motiva a maior parte das decisões que negam a mudança do prenome e do sexo a pessoas trans e é a parte mais custosa do tratamento atualmente imposto. Se o tratamento hormonal, psicológico e psiquiátrico voltado para transexuais, travestis e transgêneros é de difícil acesso e presente em apenas algumas grandes cidades em poucos estados do país, a cirurgia de transgenitalização realizada pelo SUS em pouquíssimos hospitais habilitados e com fila de espera de anos é ainda mais.

Seguindo a via do controle difuso de constitucionalidade, no Recurso Extraordinário 670.422 o questionamento central é a exigência de cirurgia de transgenitalização para mudança de prenome e sexo. As principais vantagens da via anteriormente analisada se mantêm nesse caso. No entanto, não são especificamente sugeridos requisitos a serem estabelecidos pelo Supremo Tribunal Federal. No caso também é discutida especificamente a possibilidade de averbação da condição de transexual na certidão de nascimento, uma forma de discriminação destacada na pesquisa empírica e não abordada na ADI.

Nesse caso, a decisão de reconhecimento de que há repercussão geral e de que se trata de questão constitucional pelo Supremo Tribunal Federal pode ser encarada com otimismo. Inclusive, no mesmo mês, dias antes desta decisão o Tribunal reconheceu a repercussão geral em um recurso extraordinário que discute a utilização de banheiros adequados à identidade de gênero por pessoas trans, ou seja, tem como pauta o direito dessas pessoas de serem tratadas socialmente de acordo com sua identidade de gênero.

Introduzida pela Emenda Constitucional nº. 45/2004, a repercussão geral passa a ser um requisito para a admissão de recursos extraordinários. Trata-se de uma espécie de filtro recursal que também possibilita julgamentos por amostragem, o que significa que as instâncias inferiores devem reproduzir o entendimento da corte ao julgar casos idênticos ao caso paradigmático.¹¹

Os efeitos das decisões no controle difuso de constitucionalidade são um importante debate atual, dentre as já mencionadas mudanças trazidas pela Constituição Federal de 1988 destaca-se a ênfase dada ao controle concentrado de constitucionalidade, diferentemente do que ocorria nas anteriores, com ampla legitimação e a outorga do direito de propositura a diferentes órgãos da sociedade. Os procedimentos de decisão nas duas formas de controle se assemelham, a via concentrada e a difusa se aproximam e o papel do Senado Federal na atribuição de efeitos *erga omnes* no controle difuso chega a ser questionada no próprio STF.

Nesse contexto, o instituto da repercussão geral e a possibilidade de julgamento por amostragem podem ser vistos como uma contribuição para a criação de uma espécie de sistema brasileiro de precedentes, há, inclusive, pesquisa empírica desenvolvida pela Sociedade Brasileira de Direito Público (SBDP) sobre a experiência de implementação do instituto no Brasil que, realizada entre os anos de 2004 e 2010, indica que as decisões proferidas pelo STF em recursos extraordinários em que a repercussão geral é reconhecida têm sido de fato seguidas pelas instâncias inferiores e que mesmo o reconhecimento da repercussão geral em si influencia as decisões.¹²

Desta forma, a uniformização da jurisprudência não escapa às vantagens dessa via que parece ser atualmente a mais encaminhada e próxima de alguma avaliação e resposta à questão.

Por fim, o projeto de lei de identidade de gênero, pela via legislativa, difere dos demais não só por estar garantindo tais direitos fora do âmbito do Poder Judiciário como também por propor em essência uma regulação do direito à identidade de gênero a parte da Lei de Registros Públicos já existente.

Acompanhando a abordagem já observada em leis específicas sobre o tema a partir de países como a Argentina (destacada na elaboração do projeto como o país com a legislação mais avançada sobre o tema), essa via é a única dentre as analisadas que separa expressamente o direito à identidade de gênero de quaisquer critérios medicalizantes ou da avaliação por profissionais da

11 “Repercussão geral e o sistema brasileiro de precedentes”. Série Pensando o Direito da SAL-MJ, 2010. p 7

12 *Ibidem*. p 13

medicina. Também é a única a revelar uma preocupação expressa com o tratamento de acordo com a identidade de gênero adequada daquelas pessoas que ainda não retificaram os documentos e a vedar a averbação não autorizada da mudança na certidão de nascimento.

Observa-se, no caso, o tratamento da transexualidade como uma experiência identitária, não como uma doença, acompanhando demandas de movimentos sociais de pessoas trans que entendem que pode haver disforia para elas com determinadas partes do seu corpo, mas isso não acontece com todas as pessoas e não deve ser o que define a transexualidade.

Isto é, na evolução dos termos médicos o anteriormente chamado “trans-torno de identidade” na Classificação Internacional de Doenças (CID) já foi alterado para “disforia de gênero”. A disforia, caracterizada pela angústia com relação a uma parte do corpo não é característica de todas as pessoas travestis, transexuais e transgêneras, da mesma forma que também existem pessoas cisgêneras disfóricas com relação a determinada parte do próprio corpo. A abordagem do projeto de lei mostra a superação do entendimento de que existem sintomas (os mesmos em todos os contextos) a verificar para que uma pessoa possa ser considerada verdadeiramente transexual e que a identidade de gênero possa ser atribuída a alguém por um profissional com um diploma em medicina de forma mais adequada do que pela própria pessoa que vivencia a experiência identitária. Cirurgias e tratamentos hormonais não alteram sexo ou gênero, apenas modificam corpos e especificamente genitais.

Seguindo esse raciocínio, o projeto de lei tira do arbítrio de juízes e juízas a decisão sobre a identidade de gênero, definida apenas pela vivência interna e individual tornando, portanto, o processo de alteração de prenome e sexo muito mais simplificado, pessoal e sigiloso.

Os tratamentos médicos nessa abordagem não devem existir compulsoriamente ou mesmo exigir padrões binários de gênero (ou homem ou mulher em estereótipos bem definidos), o direito à saúde para pessoas trans, também regulado pelo projeto deve ser direcionado a quem deseja e precisa e deve ser individualizado. Cabendo pontuar que a ainda que aprovada a lei não resolveria todos os problemas da população de travestis, transexuais e transgêneros nesse âmbito, uma vez que o acesso à saúde voltado a esse público permanece precário, de difícil acesso e restrito a poucas localidades. Entretanto, proporciona certamente o acesso facilitado ao direito à identidade de gênero nos documentos de acordo com a realidade e o fim de muita discriminação desnecessariamente imposta.

4.3. QUESTÃO CONSTITUCIONAL

Na decisão do Supremo Tribunal Federal que reconheceu a repercussão geral no Recurso Extraordinário 670.422 as questões constitucionais identificadas que permeiam a exigência de cirurgia de transgenitalização para alteração do registro civil, o conteúdo jurídico da autodeterminação sexual e a possibilidade de se averbar a decisão no registro civil foram os limites entre direitos fundamentais como personalidade, dignidade da pessoa humana, intimidade e saúde e os princípios da publicidade e da veracidade dos registros públicos.

Quanto ao princípio da veracidade o que se busca com as alternativas apresentadas é justamente que os documentos correspondam à realidade, que as pessoas trans tenham documentos que de fato informem como são conhecidas, como vivem e como estabelecem suas relações. As circunstâncias vivenciadas por muitas dessas pessoas, situações em que não existem documentos que as identifiquem, mas sim documentos que não correspondem a ninguém na realidade, não são compatíveis com a veracidade.

Os documentos públicos devem ser fiéis aos fatos da vida, dessa forma, a alteração do prenome e do sexo civil não fere o princípio da veracidade registral, na verdade garante que seja respeitado. Há erro na desconformidade dos registros públicos de pessoas trans com o que vivenciam em sua realidade, ao adequar o nome e o sexo a essa realidade em detrimento do arbitrariamente designado no nascimento, a retificação apenas reafirma o princípio da veracidade.

Muito se fala em capacidade reprodutiva, especialmente nos casos de retificação de sexo no registro, mas tal objeção não é pertinente, uma vez que o Registro Civil não informa ou tem qualquer conhecimento sobre a capacidade reprodutiva dos indivíduos.

As preocupações quanto à publicidade se justificam especialmente para resguardar interesses de terceiros que poderiam ser lesados com a retificação, preocupações essas recorrentes mesmo no caso de pessoas cisgêneras. Entretanto, a alteração do prenome e do sexo civil, em quaisquer casos, não exime a pessoa interessada de responsabilidade penal, cível ou tributária.

A continuidade da titularidade das obrigações não é garantida somente pelo prenome e pelo sexo, mas sim por uma caracterização mais completa da pessoa, que inclui dados como o número de inscrição no CPF e no RG e a filiação. A responsabilidade penal também é mantida mediante aviso às autoridades competentes, sempre informando a retificação nos processos judiciais nos quais a pessoa interessada seja parte.

Quanto a essa inquietação, tanto o projeto de lei de identidade de gênero, que prevê expressamente a continuidade jurídica pelo número da carteira de identidade e do Cadastro de Pessoa Física (artigo 7º, §4º) e o informe imediato da mudança para a atualização de dados eleitorais, de antecedentes criminais e processos judiciais (artigo 6º, inciso III), quanto a interpretação da constituição de forma não discriminatória requerida na ADI 4.275 e no RE 670.422, caso no qual seriam realizados os mesmos procedimentos observados em casos de mudança de prenome de pessoas cisgêneras, resguardam direitos e interesses que poderiam vir a ser ameaçados.

Afastadas as objeções faz sentido que a retificação de prenome e sexo para pessoas trans no mínimo siga a tendência que vem sendo observada para pessoas cisgêneras, ou seja, seja concedida caso não seja proibida por lei, melhore a situação pessoal da pessoa interessada e não cause prejuízo a terceiros.

Uma vez que não há ameaça aos princípios da publicidade e da veracidade, não há que se cogitar restrição aos direitos fundamentais da personalidade, da dignidade da pessoa humana, da intimidade e da saúde.

4.4. A NECESSIDADE DE UMA LEI DE IDENTIDADE DE GÊNERO

Materialmente a alternativa que melhor assegura os direitos em pauta é a Lei de Identidade de Gênero. O projeto mostra uma preocupação específica voltada ao direito à intimidade ao vedar a averbação da identidade de gênero transexual na certidão de nascimento¹³. A dignidade da pessoa humana também recebe atenção específica com a garantia do tratamento de acordo com a identidade de gênero mesmo antes da retificação. Nesse instrumento, até mesmo pelo escopo diferenciado dos demais é regulado e garantido também o direito à saúde.

A possível ressalva a ser feita diz respeito à factibilidade, uma vez que o Recurso Extraordinário aparenta ser a possibilidade mais encaminhada e próxima de resolução. Essa via também se apresenta bastante promissora destacadamente por não propor requisitos medicalizantes a serem estabelecidos pelo STF para o caso de pessoas que não realizaram a cirurgia de transgenitalização e por questionar especificamente a questão da averbação na certidão. Considerando a possibilidade de julgamento por amostragem, reconhecida a repercussão geral, e os avanços recentes no julgamento desse recurso em específico, pode ser que surja como uma opção mais célere para garantia de direitos

13 Conforme observado na análise das alternativas, embora esse ponto seja também questionado no Recurso Extraordinário, não é levantado na Ação Direta de Inconstitucionalidade.

para esse grupo tão marginalizado de pessoas enquanto não avança o debate e a aprovação de uma Lei de Identidade de Gênero nos moldes da Argentina. Não há dúvidas, de todo modo, que tanto essa via quanto a Ação Direta de Inconstitucionalidade podem melhorar significativamente a situação social das pessoas afetadas.

É preciso ter em mente, no entanto, que ainda que essa melhora seja alcançada uma série de questões na ausência de uma lei de identidade de gênero seguirão sem regulação, baseadas em uma lei de 1973 quando a existência de pessoas transexuais sequer era considerada ou reféns de critérios discriminatórios jurisprudencialmente criados. A pretensão de uma lei que fale sobre identidade de gênero é uma realidade em muitos países, até mesmo em alguns com contextos e culturas próximas à brasileira. Um exemplo é o Uruguai, que na lei nº 18.620 de 17.11.2009 estabelece:

Artículo 1º. (Derecho a la identidad de género).- Toda persona tiene derecho al libre desarrollo de su personalidad conforme a su propia identidad de género, con independencia de cuál sea su sexo biológico, genético, anatómico, morfológico, hormonal, de asignación u otro.

Este derecho incluye el de ser identificado de forma que se reconozca plenamente la identidad de género propia y la consonancia entre esta identidad y el nombre y sexo señalado en los documentos identificatorios de la persona, sean las actas del Registro de Estado Civil, los documentos de identidad, electorales, de viaje u otros.

Artículo 2º. (Legitimación).- Toda persona podrá solicitar la adecuación de la mención registral de su nombre, sexo, o ambos, cuando los mismos no coincidan con su identidad de género.¹⁴

Também vale mencionar a Lei Argentina nº 26.743 de 09.05.2012 que inspira o projeto de lei brasileiro:

ARTICULO 1º.- Derecho a la identidad de género. Toda persona tiene derecho:

- a. Al reconocimiento de su identidad de género;*
- b. Al libre desarrollo de su persona conforme a su identidad de género;*
- c. A ser tratada de acuerdo con su identidad de género y, en particular, a ser identificada de ese modo en los instrumentos que acreditan su identidad respecto del/los nombre/s de pila, imagen y sexo con los que allí es registrada.*

¹⁴ O texto completo da lei uruguaia está disponível em: http://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CCPR/Shared%20Documents/URY/INT_CCPR_ADR_URY_15485_S.pdf Acesso em 11/09/2015.

ARTÍCULO 2º.- Definición. Se entiende por identidad de género a la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente, la cual puede corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo.

Esto puede involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios farmacológicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que ello sea libremente escogido. También incluye otras expresiones de género, como la vestimenta, el modo de hablar y los modales.

ARTÍCULO 3º.- Ejercicio. Toda persona podrá solicitar la rectificación registral del sexo, y el cambio de nombre de pila e imagen, cuando no coincidan con su identidad de género auto percibida.¹⁵

Essas leis tiram travestis, transexuais e transgêneros da invisibilidade legal e garantem o direito à identidade de gênero, o direito a serem nos documentos quem são na realidade, algo que para quem não pertence a esses grupos pode parecer banal, mas que na realidade atual não é conferido a pessoas trans.

O projeto de lei de 2013 leva em consideração os Princípios de Yogyakarta, referentes à aplicação da legislação internacional de direitos humanos quanto a orientação sexual e a identidade de gênero, faz sentido que o Brasil enquanto estado-membro da Organização das Nações Unidas os leve em consideração. A auto definição e a autodeterminação plenas da identidade de gênero como parte essencial da personalidade, previstas nestes princípios, só são realizadas completamente com a regulação em uma legislação específica como a que se propõe.

Os princípios bem como as leis mais avançadas na pauta, como as da Argentina e do Uruguai, acompanham uma tendência de despatologização da transexualidade que, impulsionada pela atuação de movimentos sociais do mundo todo, tende, inclusive, à retirada dessa experiência identitária da lista de doenças mentais no CID-11, com lançamento previsto para 2015.¹⁶

Importantes medidas para a garantia de direitos desse grupo já foram tomadas no âmbito judiciário, como a garantia da cobertura da cirurgia de transgenitalização pelo SUS¹⁷, e pode ser que o mesmo ocorra nesse caso, ainda assim permanece a invisibilidade legal.

15 O texto completo da lei argentina está disponível em: http://www.tgeu.org/sites/default/files/ley_26743.pdf. Acesso em 11/09/2015.

16 Já foi anunciado que o “transexualismo” não estará mais no CID, conforme se vê na notícia disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/equilibrioesaude/2013/12/1378921-transexualismo-deve-sair-da-lista-de-doencas-mentais.shtml> Acesso em 20/09/2015

17 BRASIL. Tribunal Regional Federal da quarta região. Acórdão na apelação cível Nº 2001.71.00.026279-9/RS. Relator: RIOS, Roger Raupp. Publicado no DJ de 23/08/2007.

As medidas de garantia do uso do nome social (que mostram um reconhecimento do Estado de que o nome que consta no registro civil difere da auto-identificação e da identificação social), bem como quaisquer medidas que ainda se apoiem em critérios patologizantes da transexualidade mostram-se insuficientes, ainda que tragam avanços. De forma que a aprovação de uma lei nesse sentido simbolizaria uma vitória na luta diária enfrentada por tantas pessoas por reconhecimento, sobrevivendo a tantas violações de direitos fundamentais.

Diante da controvérsia jurisprudencial, de tantas situações discriminatórias identificadas e de inúmeras violações de direitos, se torna flagrante a necessidade de que haja também no Brasil uma lei federal que regulamente definitivamente o direito à identidade de gênero e ao seu livre desenvolvimento, incluindo a possibilidade de alteração do registro e o respeito a essa identidade independentemente da alteração, bem como o direito à saúde para pessoas trans.

Travestis, transexuais e transgêneros já são pessoas publicamente conhecidas pelo seu nome social, o que falta é a anuência do Estado para que essa realidade esteja refletida também nos documentos. A melhor maneira de reconhecer direitos tão primordiais da personalidade, talvez a única que permita seu exercício pleno, é uma legislação que valorize a autodeterminação e destaque a autonomia do indivíduo na vivência da sua identidade de gênero. A aprovação do Projeto de Lei de Identidade de gênero é o único caminho que não só não inclui recursos patologizantes como requisitos como os proíbe expressamente e que tira das mãos do judiciário o arbítrio sobre quem é ou não homem ou mulher, sobre os limites entre masculinidade e feminilidade e sobre quem tem ou não o direito a ter sua identidade de gênero reconhecida nos documentos oficiais.

5. BIBLIOGRAFIA

- Ação Direta de Inconstitucionalidade 4275;
- BENTO, Berenice. Pouco saber para muito poder: a patologização do gênero. In: Políticas de enfrentamento ao heterossexismo: corpo e prazer. (Org.) Fernando Pocahy. Porto Alegre: Nuances, 2010;
- BENTO, Berenice. “Transexuais, corpos e próteses”. Labrys. Estudos Feministas (Edição em português. Online), 2004;
- BIANCARELLI, A. A Diversidade Revelada, F. Fulanetti: São Paulo, 2010
- BUTLER, Judith. Gender Trouble: Feminism and the Subversion of Identity. New York: Routledge, 1990.
- CASTRO, E. V. No Brasil todo mundo é índio, exceto quem não é. In: Carlos Alberto Ricardo; Fanih Ricardo. (Org.). Povos indígenas no Brasil (2001?2005). São Paulo: ISA, 2006, v., p. 41-49.

- NERY, João Walter. *Viagem solitária: memórias de um transexual trinta anos depois*. 1ª Ed. São Paulo: Leya, 2011
- MENDES, Conrado Hübner. *Direito Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2011;
- PELÚCIO, Larrisa. *Plurais na singularidade – reflexões sobre travestilidades, desejo e reconhecimento*. (Org.) Fernando Pocahy. Porto Alegre: Nuances, 2010;
- Projeto de Lei 5002/2013 (Lei João W. Nery, Lei de Identidade de Gênero); Recurso Extraordinário 670.422;
- “Repercussão geral e o sistema brasileiro de precedentes”. *Série Pensando o Direito da SAL-MJ*, 2010.
- RIOS, R. R. . *O Direito da Antidiscriminação e a Tensão entre o Direito à Diferença e o Direito Geral de Igualdade*. *Direitos Fundamentais & Justiça*, v. 18, p. 169-177, 2012.
- RIOS, R. R. ; NARDI, H. C. ; MACHADO, P. S. . *Diversidade Sexual: políticas públicas e igualdade de direitos*. *Athena Digital*, v. 12, p. 255-266, 2012.
- RIOS, R. R. *Direito da Antidiscriminação: discriminação direta, indireta e ações afirmativas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- VENTURA, Miriam. “Transexualidade: algumas reflexões jurídicas sobre a autonomia corporal e autodeterminação da identidade sexual” In *Em defesa dos direitos sexuais*. Org. Roger Raupp Rios. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007;
- VERÍSSIMO, Marcos P. *Controle de Constitucionalidade e Ativismo Judicial*. In: Daniel Wang. (Org.). *Quando Têmis encontra seu Príncipe: diálogos entre Ciência Política e Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2012;
- VERÍSSIMO, Marcos Paulo. *A Constituição de 1988, vinte anos depois: Suprema Corte e ativismo judicial “à brasileira”*. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 4, p. 407-440, jul.-dez. 2008.
- YIN, Robert K. *Case Study Research: Design and Methods (Applied Social Research Methods)*. Sage Publications, 2005.

Este livro foi composto em fonte A Caslon Pro regular
11/14 e impresso em papel pólen 80 g/m² nas oficinas da
Renovagraf

Leitura recomendada para estudantes de Direito de todo o Brasil, a obra **METODOLOGIA POR JOVENS JURISTAS: As melhores Teses de Láurea da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (2015-2019)** é um verdadeiro presente de veteranas para futuras gerações de calouros. Para além de um compilado dos trabalhos de conclusão de curso premiados pela mais tradicional instituição de ensino jurídico do país, trata-se de um guia de metodologia jurídica acessível e fundamentado no compartilhamento experiências entre pares.

Duas antigas alunas da Faculdade de Direito da USP contataram-me enquanto Diretor com uma proposta surpreendente: organizar um volume com os trabalhos vencedores do Prêmio de Melhores Teses de Láurea dos últimos cinco anos, aliados a um guia de metodologia. Endossei o projeto com muito entusiasmo e a obra que agora vem a público é o fruto de seu esmerado trabalho: um livro com qualidade editorial, conteúdo invejável e ampla cobertura temática. Os trabalhos nele contidos, com temas complexos e atuais abordados com profundidade e fluidez e amparados em pesquisa de qualidade, também demonstram a condução atenta das orientações por parte dos professores e, principalmente, a qualidade dos nossos alunos. Mais do que me enlevar pelo convite para prefaciá-la, registro minha honra de ter estado à frente da Faculdade ao tempo da realização desta obra, de representar a “Velha Academia” e de fazer parte da formação de juristas e pessoas tão fora da curva como Letícia, Ana e todos os autores e autoras deste livro.

Floriano de Azevedo Marques Neto

Enquanto alunas de graduação, vivenciamos muitas dúvidas e inseguranças no desenvolvimento de nossas Teses de Conclusão de Curso e, tão logo concluímos nossos trabalhos, passamos a ser indagadas e observar as nossas próprias inquietudes em nossas calouras e calouros. Guiadas pela convicção compartilhada de que não há fórmula única para superar o desafio de desenvolver uma boa dissertação e notando a demanda de estudantes de Direito por contato com visões e estratégias distintas para o desenvolvimento de suas pesquisas, apresentamos este guia de metodologia e coletânea de trabalhos, desenvolvido com o generoso apoio da Faculdade de Direito da USP e dos demais colegas com trabalhos premiados por nossa alma mater nos anos compreendidos nesta obra. Esperamos que o acesso aos trabalhos e às preciosas dicas e experiências de suas autoras e autores possa elucidar e desmistificar o processo de desenvolvimento de uma tese jurídica e, assim, acolher, amparar e orientar novos ingressantes na bellissima jornada que é descobrir a sua própria metodologia de pesquisa.

Letícia Machado Haertel e Ana de Mello Côrtes

QUARTIER LATIN
20 Anos

