

A CRISE DE SEGURANÇA JURÍDICA NO DIREITO BRASILEIRO: O CASO DO
PAGAMENTO NA DENÚNCIA ESPONTÂNEA ATRAVÉS DA COMPENSAÇÃO
TRIBUTÁRIA

*THE CRISIS OF LEGAL CERTAINTY IN BRAZILIAN LAW: THE CASE OF PAYMENT IN
SPONTANEOUS DENUNCIATION THROUGH TAX OFFSETTING*

Marco Aurélio Marrafon;¹

Thiago Dayan.²

Resumo: O presente artigo tem por objeto evidenciar a crise do princípio da segurança jurídica no pensamento jurídico brasileiro a partir de uma análise do caso específico da possibilidade da compensação como meio apto a ensejar os benefícios da denúncia espontânea em matéria tributária. Para tanto, parte da constatação da crise dos postulados modernos que ensejaram a crença na certeza do direito como origem do voluntarismo judicial, analisa o instituto da denúncia espontânea e a legislação tributária em torno dos conceitos de pagamento e meios de extinção da obrigação tributária e promove o debate acerca dos entendimentos divergentes no âmbito da Receita Federal do Brasil – RFB, do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF e do Superior Tribunal de Justiça – STJ. Ao final, pugna pelo resgate do necessário comprometimento constitucional com a segurança jurídica à luz da revalorização da legislação, sem incorrer em abstrações juspositivistas.

Palavras-chave: Estado de Direito. Segurança Jurídica. Compensação. Adimplemento Tributário. Denúncia Espontânea

Abstract: The purpose of this article is to highlight the crisis of the principle of legal certainty in Brazilian legal thinking from an analysis of the specific case of the possibility of compensation as a means capable of giving rise to the benefits of spontaneous tax reporting. Therefore, part of the verification of the crisis of modern postulates that gave rise to the belief in the certainty of the law as the origin of judicial voluntarism, analyzes the institute of spontaneous denunciation and the tax legislation around the concepts of payment and means of extinguishing the tax obligation and promotes the debate about divergent understandings within the scope of the Brazilian Federal Revenue – RFB, of fiscal resources administrative council – CARF and and the superior court of justice – STJ. In the end, it strives for the rescue

¹ Professor Adjunto de Direito e Pensamento Político na Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Doutor e Mestre em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná – UFPR com estudos doutorais na Università degli Studi di Roma Tre – Italia. Coordenador do Laboratório de Direito e Inteligência Artificial – LabDIA da FD/UERJ. Membro da Academia Brasileira de Direito Constitucional. Advogado.

² Mestre em Direito Constitucional (IDP-Brasília). Pós-graduado em Direito Tributário (Escola Paulista de Direito/SP) e em Direito Constitucional (Fundação Escola Superior do Ministério Público/MT). Conselheiro do CARF (1ª. Seção). Advogado.

Artigo convidado.

of the necessary constitutional commitment to legal security in the light of the revaluation of legislation without incurring juspositivist abstractions.

Keywords: Rule of law. Legal Certainty. Offsetting. Tax payment. Spontaneous Denunciation.

1 INTRODUÇÃO

A busca de segurança e do mínimo de previsibilidade nas decisões jurídicas foi um dos motores da superação do antigo regime feudal, marcado por pluralismo de ordens normativas e pela aplicação tópica e casuística do(s) direito(s). Posteriormente, esse mesmo anseio propiciou a superação do modelo absolutista de Estado Moderno, determinando-se o primado da lei. Desta feita, pode-se dizer que o princípio da segurança jurídica se tornou um dos pilares fundantes que motivaram a reconstrução civilizatória ocidental, de modo a contribuir para a irrupção da forma moderna de Estado, em especial enquanto Estado de Direito.

Esse princípio surge combinado com as bandeiras reitoras do constitucionalismo, tais como a presença de um sistema de garantias e direitos fundamentais individuais, da separação dos poderes e de uma Lei Fundamental estruturante que atue como freio à atuação dos agentes estatais. Seu conteúdo central reside na necessária ideia de promover antecipação das consequências jurídicas e sua estabilidade, de modo que os cidadãos possam avaliar suas ações *ex ante* e, assim, assumir os riscos de suas escolhas.

No direito penal e no direito tributário, essas determinações se mostram ainda mais importantes, uma vez que neles devem prevalecer o princípio da legalidade em sua dimensão mais restrita possível, ou seja, o Estado somente pode punir e/ou exigir obrigações dos cidadãos com base em expressa e anterior previsão legal. No entanto, o atual estado da arte da realização do direito no Brasil está marcado por uma grave crise de segurança jurídica, solapando, por conseguinte, pilares fundamentais do Estado de Direito.

É o que demonstra o exemplo privilegiado do intenso debate acerca da compensação como forma de adimplemento apta a ensejar os benefícios do instituto da delação espontânea no direito tributário. Com efeito, essa análise revela os divergentes entendimentos entre os conselheiros do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF) e de tal órgão face ao entendimento majoritário do Superior Tribunal de Justiça (STJ).

Instaura-se, assim, o primado da subjetividade do entendimento dos “juízes” em detrimento do primado da lei, o que tem gerado decisões que não somente afrontam direitos já positivados no sistema jurídico brasileiro, mas também, por serem oscilantes, atingem diretamente aqueles que operam o direito tributário e os contribuintes, promovendo insegurança jurídica.

O presente estudo parte da constatação de que o esgotamento das ficções jurídicas da modernidade jurídica levou a um ambiente niilista que tem propiciado esse grande voluntarismo judicial. Adotada essa premissa, será analisado o instituto da denúncia espontânea, tendo como cerne da discussão as definições do art. 138 do CTN e o conceito do pagamento. Por isso, serão também abordadas as formas e as possibilidades desse cumprimento da obrigação tributária.

Em que pese as searas distintas em que se encontram o CARF e o STJ, a patente divergência entre os tribunais, administrativo e judicial, nutre o sentimento de que não há compromisso com a determinação constitucional de zelar pela segurança jurídica. A fim de demonstrar a violação desse princípio, o presente trabalho analisa as principais decisões desses tribunais sobre a matéria.

Uma vez constatada a crise desse postulado fundamental, ao final sugere-se que ela é sintoma de baixo comprometimento constitucional dos intérpretes do direito e que, mais do que nunca, tornou-se necessário retomar o compromisso com a previsibilidade e controle das decisões, sem reduzir o fenômeno jurídico a formas positivistas abstratas e desconectadas com a realidade.

2 DA BUSCA DA CERTEZA À CRISE DA SEGURANÇA JURÍDICA ORIUNDA DO VOLUNTARISMO JUDICIAL

Para autores clássicos, como Lopes de Oñate, a certeza do direito, e a segurança jurídica dela advinda, é corolário para que se diferencie uma sociedade ordenada no seio dela, é garantia para a autonomia da vontade e para a liberdade individual (OÑATE, 1968, p. 47-49). Mais ainda, a legalidade deve gerar a certeza que funda a própria eticidade do Estado de Direito, uma vez que, conforme Oñate:

A vontade do Estado deve manifestar-se no Estado ético como vontade certa, quer dizer, como vontade coerente com si mesma no tempo, através do qual a

multiplicidade de vontades particulares assume legitimidade e certeza. O Estado ético reconhece a lei como valor. Vale também para o Estado, e em particular para aquele estado que se ponha como ético, o princípio segundo o qual a ética se funda, isto é, aquele da vontade e da vida conforma a si mesma, na fidelidade da ação que é fidelidade à lei. (ONATE, 1968, p. 142)

Essa posição, comum aos pensadores conservadores preocupados em assegurar maior controle e previsibilidade ao direito, em contraposição a leituras críticas e escolas de pensamento de maior índole sociológica, assenta-se em uma série de premissas próprias do cientificismo jurídico da modernidade, tais como:

- i) A tentativa de atribuir ao direito um status científico próximo ao de ciência natural, oriunda da primeira ruptura epistemológica com o senso comum de que fala Bachelard (1996).
- ii) Concepção de direito a partir de um sistema dinâmico fechado e formal (KELSEN, 2000) ou mesmo uma ordem jurídica abstrata dotada de coerência interna (BOBBIO, 1977, p. 48-49).
- iii) Utilização do método analítico para aferir a validade das normas nesse ordenamento fechado.
- iv) Compreensão do intérprete/juiz como o sujeito cognoscente, racionalista, neutro e imparcial, próprio do paradigma cartesiano-kantiano.
- v) Adoção da hermenêutica de cunho empirista-normativista, segundo a qual a linguagem é um instrumento que permite ao sujeito encontrar a verdade do objeto ou vontade da lei. (MAXIMILIANO, 1980).
- vi) Defesa do exclusivismo estatal na produção do direito (monismo jurídico).

No entanto, à luz da crítica à modernidade filosófica e jurídica, esses postulados se revelaram verdadeiras ficções que não contemplam a riqueza e a complexidade da experiência jurídica.

Assim, tem-se que, em relação a (i), não se olvida que o modelo racionalista de ciência moderna entra em forte crise, em especial em relação aos conhecimentos humanistas. Autores como Santos defendem uma dupla ruptura epistemológica, fazendo com que as ciências sociais e humanas se reencontrem com o senso comum, que se torna “esclarecido” (SANTOS, 2000).

Quanto à configuração do direito enquanto um ordenamento fechado, formal e abstrato, mencionado em (ii), compreende-se que ela opera uma cisão reducionista, típica do positivismo jurídico normativista, o qual desvincula o direito da realidade (AZEVEDO, 1989).

No mais, com o fenômeno da constitucionalização do direito e o reconhecimento da centralidade das Constituições ocidentais como núcleo irradiador da validade das normas, tal conceito de sistema fechado deu lugar à perspectiva de que o sistema jurídico se revela como um sistema de princípios e regras. Nele, os princípios garantem oxigenação e atualização, e as regras expressam o necessário fechamento do âmbito de aplicação dos princípios (MARRAFON, 2018, p. 124-133).

Do mesmo modo, o método analítico, descrito em (iii), mostra-se importante, mas insuficiente, uma vez que, conforme Miranda Coutinho, nunca se pode perceber o todo da qual se parte em busca de respostas, o que indica sua superação pela dialética e mesmo pela analética dusseliana (MIRANDA COUTINHO, 2002).

Por sua vez, o sujeito racionalista cartesiano-kantiano (iv) se revelou uma forte abstração da modernidade filosófica, especialmente após as críticas de Marx, Freud e Nietzsche, os quais demonstraram que o ser humano não se desvencilha de suas ideologias, não domina racionalmente nem a si mesmo e seu caráter transcendental é um mito fundante, respectivamente (MARRAFON, op. cit., p. 143-153).

Também a hermenêutica empirista-normativista não se sustenta, uma vez que a viragem linguística e as incursões da hermenêutica filosófica evidenciam o esgotamento desse conceito, em prol de uma leitura que esteja mais próxima dos processos reais de interpretação à luz do sujeito existencial que “está-no-mundo”, cujo universo de pré-compreensão é determinante para as conclusões auferidas decisões judiciais (por todos: STRECK, 1999).

Por fim, em relação ao monismo jurídico (vi), o pluralismo axiológico inscrito no tecido social tem gerado grave crise de legitimidade das leis gerais e abstratas, de modo que, para autores críticos, a construção da juridicidade material deve emergir da facticidade (HABERMAS, 2003).

Esse quadro teórico solapou a teoria tradicional das fontes do direito, que está em verdadeira convulsão epistemológica (MARRAFON; ROBL, 2014), e gerou uma cultura jurídica niilista, que está na origem do voluntarismo judicial (MARRAFON, 2018b), gerando

uma verdadeira crise nos postulados fundamentais de certeza e segurança jurídica inerentes ao Estado de Direito.

Daí o dilema contemporâneo em garantir o necessário controle e a previsibilidade do direito sem recair em reducionismos ou postulados positivistas, uma vez que, conforme demonstra o estudo de caso acerca do tratamento dado ao instituto da denúncia espontânea (abaixo), a atuação situação de insegurança jurídica não pode perdurar, sob pena de corroer os mais básicos fundamentos da ordem constitucional democrática brasileira.

3 INSTITUTO DA DENÚNCIA ESPONTÂNEA NO DIREITO BRASILEIRO

O instituto da denúncia espontânea da infração é regulado pelo Código Tributário Nacional como excludente de responsabilidade, nos seguintes termos:

Art. 138. A responsabilidade é excluída pela denúncia espontânea da infração, acompanhando, se for o caso, do pagamento do tributo devido e dos juros de mora, ou do depósito da importância arbitrada pela autoridade administrativa, quando o montante do tributo dependa de apuração.

Parágrafo único. Não se considera espontânea a denúncia apresentada após o início de qualquer procedimento administrativo ou medida de fiscalização, relacionados com a infração.

Como é cediço, em caso de inadimplemento, a legislação tributária prevê multa moratória (devida sempre que o tributo é pago fora do prazo legal, antes de qualquer procedimento administrativo) e multa punitiva (devida por falta de pagamento, constatada pela fiscalização, motivo pelo qual a legislação prevê penalidades mais severas).

No entanto, mesmo que pareça um benefício anti-isonômico entre o contribuinte que paga tempestivamente seus tributos e o contribuinte que, pagando fora do prazo legal, seria beneficiado com a dispensa da multa moratória, tal instituto é legal e, pode-se dizer, econômico. Isso porque, antes que o Fisco invista recursos em busca do devedor, o sujeito passivo já se apresenta e promove o cumprimento de sua obrigação³.

A denúncia espontânea permite que o contribuinte compareça à repartição fiscal, antes que ocorra algum procedimento de fiscalização referente a determinado tributo e fato

³ A obrigação tributária é sua acepção como relação jurídica, sendo esta conceituada como estabelecida por lei, une o sujeito ativo (Fazenda pública) ao sujeito passivo (Contribuinte ou responsável) em torno de uma prestação pecuniária (tributo ou multa) ou não pecuniária (deveres instrumentais). E mais, as obrigações tributárias são múltiplas, de forma que um mesmo sujeito passivo pode estar vinculado a diversas esferas da Fazenda Pública.

gerador, a fim de declarar a ocorrência da infração e efetuar o pagamento de tributos em atraso, se houver.

Tal instituto tem o fito de afastar a aplicação de multa ao contribuinte. Juros e correção monetária não são excluídos, já que esta integra o valor do tributo, enquanto aqueles compõem o traço remuneratório do capital. Na mesma esteira, o que se exclui na denúncia espontânea é a multa punitiva por descumprimento da obrigação tributária. É ponto pacífico na doutrina que a multa de mora, excluída no caso de denúncia espontânea, tem caráter punitivo⁴. Diferentemente dos juros de mora, que objetiva indenizar o Fisco pelo não pagamento do tributo, no prazo estabelecido pela legislação.

De acordo com Machado Segundo, a “denúncia espontânea é o ato através do qual o sujeito passivo espontaneamente leva ao conhecimento da autoridade administrativa a prática de infrações, e paga o tributo que eventualmente delas decorrer” (MACHADO SEGUNDO, 2018, p. 153). Relevante trazer à memória que a denúncia deve ser apresentada antes do início de qualquer procedimento administrativo ou medida de fiscalização, relacionados à infração.

É inegável que o instituto da denúncia espontânea tributária proporciona ganhos significativos ao ente federativo. O procedimento fiscal para a exigência do crédito tributário, além de ter custo elevado, ainda enfrenta dificuldades para que ocorra o bom resultado na concretização da arrecadação tributária. A denúncia espontânea tem o condão de trazer aos cofres públicos valores que eram, até então, desconhecidos pela Fazenda Pública e nunca seriam passíveis de fiscalização e cobrança.

Sobre tal assunto, infere-se que, a depender da postura da autoridade fiscal, informação e controle sincronizam posições dentro do espaço estratégico tributário, ora utilizando controle por meio da informação, ora obtendo a informação por meio de controle (MENEZES, 2019, 361).

No caso do contribuinte infrator, o instituto traz a possibilidade de estabelecer a regularidade fiscal, resgatando as pendências deixadas e ainda desconhecidas por parte do

⁴ Sacha Calmon Navarro Coelho explica que “Sanção é pena, castigo, restrição ao homem, seus bens ou direitos. A norma jurídica estatuidora de sanção tem por hipóteses a prática de um ato ilícito violados de dever legal ou contratual. Por hipótese uma infração, por consequência uma restrição à vida, liberdade ou direito outros do homem. No caso a subespécie multa, a norma sancionadora tem por hipótese a prática de um ato ilícito – o descumprimento de um dever legal ou contratual – e por consequência, preceito que obriga o infrator a dar dinheiro a título de castigo (sanção). O titular da percepção, o sujeito ativo, pode ser particular ou pessoa política. No caso da multa legal é sempre o Estado ou pessoa sua. É o que ocorre com a multa tributária e também com a multa penal” (COELHO:1998, p. 19).

Fisco, com que este recebe o que lhe deveria ter sido pago e cuja satisfação, não fosse a iniciativa do contribuinte, talvez dificilmente ocorresse (PAULSEN, 2005, p. 1017).

Além de fazer cumprir com uma das finalidades da norma jurídica tributária, que é trazer recursos financeiros aos cofres públicos, interessante destacar que a confissão acompanhada do recolhimento do tributo poupa e facilita a movimentação da estrutura da administração fazendária. Nesse sentido, Carvalho define a denúncia espontânea como o meio pelo qual se exclui a responsabilidade do infrator, desde que acompanhado do pagamento do tributo, *verbis*:

[...] é modo de exclusão de responsabilidade por infração à legislação tributária, acompanhada, se for o caso, do pagamento do tributo devido e dos juros de mora, ou do depósito da importância arbitrada pela autoridade administrativa, dependa de apuração. (CARVALHO, 2009, p. 509)

Convém registrar que o objetivo precípua do art. 138 do CTN é, portanto, incentivar a quitação de tributos, de modo a regularizar a situação do contribuinte. O que se pretende, ao fim e ao cabo, é a quitação dos débitos do contribuinte. Nesse caso, o dano ao Erário restará reparado e as penalidades ficarão dispensadas.

Feitas essas breves considerações a respeito do instituto da denúncia espontânea, sem o devido esgotamento sobre o assunto, necessário passarmos para o próximo tópico e discorrer sobre o entendimento do Superior Tribunal de Justiça a respeito da denúncia espontânea.

4 DO ENTENDIMENTO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA SOBRE A DENÚNCIA ESPONTÂNEA

Das diversas discussões ocorridas no STJ a respeito da denúncia espontânea, muitas foram superadas, tais como:

- i) a aplicação da denúncia espontânea nos casos em que figuram as multas de mora⁵, pois já é entendimento consolidado que a denúncia espontânea afasta também as

⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2ª Turma). Recurso Especial n. 922.842. Relator: Min. Eliana Calmon, 24 de junho de 2008. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 24 out. 2019; *ibid.* (1ª Turma). Recurso Especial n. 774.058. Relator: Ministro Teori Albino Zavascki, 1 de outubro de 2009. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 24 out. 2019. Outros ministros expõem o mesmo entendimento de que no art. 138 do CTN não fez diferenciação entre multa moratória e multa punitiva.

multas de mora. O instituto serve, inclusive, para o contribuinte que fez a declaração parcial do débito tributário acompanhado do pagamento integral e retifica a declaração antes que a administração tributária notifique-o de qualquer fiscalização;

- ii) nos casos em que os débitos são declarados pelo contribuinte e não havendo pagamento, o entendimento majoritário é de que não cabe a denúncia espontânea posteriormente⁶. Ou seja, o entendimento é de que não se configura a denúncia espontânea nos casos de tributos sujeitos a lançamento por homologação declarados pelo contribuinte e recolhidos fora do prazo de vencimento⁷. O contribuinte em mora com o tributo, por ele mesmo declarado, não pode invocar o art. 138 do CTN para se livrar da multa relativa ao atraso⁸;
- iii) não pagamento ou depósito integral foi caso de incidência da súmula TFR n° 208, cujo enunciado reza que a simples confissão de dívida, acompanhada do seu pedido de parcelamento, não configura denúncia espontânea⁹; e,
- iv) STJ já firmou entendimento de que a denúncia espontânea não tem o condão de afastar a multa do recolhimento do tributo fora do prazo legal, já que os efeitos do art. 138, do CTN não se estendem às obrigações acessórias¹⁰.

No caso específico do presente trabalho, a discussão se perfaz na possibilidade de o contribuinte efetuar o pagamento da denúncia espontânea por meio do pedido de compensação. Todavia, o STJ, em publicação recente, consolidou entendimento de que é incabível a aplicação do benefício da denúncia espontânea, previsto no art. 138 do CTN, nos casos de compensação tributária, justamente porque, nessa hipótese, a extinção do débito estará submetida à ulterior condição resolutória da sua homologação pelo Fisco, a qual, caso

⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (1ª Seção). Recurso Especial n. 1.149.022. Relator: Min. Luiz Fux, 9 de junho de 2010. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 24 out. 2019.

⁷ Nesse sentido, a Súmula n. 360-STJ: “o benefício da denúncia espontânea não se aplica aos tributos sujeitos a lançamento por homologação regularmente declarados, mas pagos a destempo”.

⁸ Ibid. (1ª Turma). Recurso Especial n. 180.918. Relator: Min. Humberto Gomes de Barros, 18 de novembro de 2003. Disponível em: www.tj.jus.br. Acesso em: 24 out. 2019.

⁹ Ibid. (2ª Turma). Recurso Especial n. 534.599. Relator: Min. Castro Meira, 18 de março de 2004. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 24 out. 2019.

¹⁰ Ibid. (2ª Turma). Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial n. 88.344. Relatora: Min. Eliana Calmon, 17 de dezembro de 2013. Disponível em: www.tj.jus.br. Acesso em: 24 out. 2019.

não ocorra, implicará o não pagamento do crédito tributário, havendo por consequência, a incidência dos encargos moratórios¹¹.

Interpretando em sentido contrário, caso contribuinte faça a denúncia espontânea desenhada pela literalidade do art. 138, CTN, conforme entendimento do STJ, e efetue o pagamento em pecúnia, esse ato se configuraria adiantamento que estará sujeita à ulterior homologação por parte da autoridade administrativa.

Ora, não faz sentido estabelecer a diferenciação entre o adiantamento do pagamento realizado nos tributos sujeitos a lançamento por homologação e a apresentação da compensação tributária, pois ambas as hipóteses estão sujeitas à ulterior homologação. Nesse sentido:

Assim, caso se levasse ao extremo da literalidade – como parece sugerir os precedentes do STJ – o entendimento de que o pagamento a que se refere o art. 138 do CTN apenas poderia se referir à hipótese do inc. I do art. 156 do mesmo código, então nem mesmo poderia alcançar a hipótese do inc. IV, na qual a extinção combina a antecipação do recolhimento com a necessidade de homologação do pagamento pela autoridade administrativa. Ou seja, se confinar obtusamente o conceito de pagamento do art. 138 do CTN ao inc. I do art. 156 implicaria recusar a denúncia espontânea tanto na hipótese de extinção pela compensação como no lançamento por homologação, o que na prática esvaziaria qualquer utilidade ao referido dispositivo. (ALLEGRETTI; DAYAN, 2020, p. 88)

A divergência entre o Fisco e os contribuintes a respeito de tal assunto toma assento no significado da palavra “pagamento”. A princípio, para a população em geral, parece simples o conceito de pagamento, mas no direito tributário tal palavra possui acepção própria, conforme será debatido a seguir.

5 A RECEITA FEDERAL DO BRASIL E A DIVERGÊNCIA DE ENTENDIMENTOS A RESPEITO DO PAGAMENTO DA DENÚNCIA ESPONTÂNEA ATRAVÉS DA COMPENSAÇÃO

A expressão “pagamento” trouxe grande divergência no que tange à possibilidade de efetuá-lo por meio de compensação, no caso de denúncia espontânea. No art. 138 do Código Tributário Nacional está descrito que a responsabilidade pela infração é excluída pela

¹¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (1ª Seção). Recurso de Agravo Regimental nos Embargos de Declaração no Recurso Especial n. 1704799/PR. Relator: Min. Gurgel de Faria, 03 de junho de 2019. Disponível em: www.tj.jus.br. Acesso em: 24 out. 2019.

denúncia espontânea, desde que o pagamento do tributo seja acrescido de juros moratórios ou depósito da importância arbitrada pela autoridade administrativa. Outro requisito é a ausência de notificação por parte do contribuinte de qualquer procedimento fiscalizatório em curso, relacionado com a infração.

A Receita Federal já emanou diversos entendimentos sobre o assunto. O primeiro veio por meio da Nota Técnica Cosit nº 01/2012¹², que orientava a administração tributária federal a também receber o instituto da denúncia espontânea, quando compensada via DComp, pois as formas de extinção do crédito tributário se comunicam e, por consequência, possuem a mesma natureza jurídica. Sendo assim, devem produzir o mesmo efeito jurídico, qual seja, a extinção do crédito tributário.

Embora tal entendimento já esteja superado, a fundamentação principal anterior estava ancorada no art. 108, I, do CTN, que diz: “Na ausência de disposição expressa, a autoridade competente para aplicar a legislação tributária utilizará sucessivamente, na ordem indicada: I – a analogia. [...]”¹³. No artigo, o Fisco Federal entendeu que existe o emprego de analogia para fins de interação da legislação tributária, desde que tal uso não resulte “na exigência do tributo não previsto em lei”, conforme dispõe o art. 97, do CTN, que trata do princípio da tipicidade.

Contudo, depois da inconsistência de entendimentos, gerada pela Nota Técnica Cosit nº 01/2012, e seu posterior cancelamento, foi editada, no ano de 2014, nova solução de consulta Cosit nº 384¹⁴, que oficializou o entendimento de que somente o pagamento em pecúnia teria o efeito da aplicação na denúncia espontânea. Vale ressaltar que o objetivo central das discussões de interpretação gira em torno da possibilidade de o contribuinte utilizar o meio da compensação como substituição do pagamento em pecúnia, fazendo assim *jus* aos benefícios da denúncia espontânea.

¹² MINISTÉRIO DA FAZENDA. RFB. Solução de Consulta Interna COSIT n. 01/2012 de 06 de janeiro de 2012. Disponível em <http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?visao=anotado&idAto=50643>. Acesso em: 15 out. 2019.

¹³ BRASIL. Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, estados e municípios. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172.htm. Acesso em: 07 out. 2019 [art. 108, inc. I, com Redação dada pela Lei Complementar nº 104, de 2001].

¹⁴ MINISTÉRIO DA FAZENDA. RFB. Solução de Consulta Interna COSIT n. 384/2014 de 26 de dezembro de 2014. Disponível em: <http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?idAto=59931&visao=anotado>. Acesso em 15 out. 19.

Hodiernamente, com o intuito de dar um fim à presente discussão, foi expedida pela RFB a solução de consulta Cosit n. 233¹⁵, publicada no mês de agosto do presente ano, que estabelece cinco pontos importantes:

- i) a denúncia espontânea, descrita no art. 138 do CTN, será instrumentalizada por meio das declarações em cumprimento às obrigações acessórias previstas na legislação tributária, sob pena de sua inoccorrência;
- ii) a denúncia espontânea afasta aplicação da multa, inexistindo, nesse caso, diferenciação entre multa acessória ou punitiva;
- iii) a prestação da obrigação acessória a destempo, para configurar a denúncia espontânea, não elide a multa pelo descumprimento da obrigação acessória;
- iv) o procedimento legal da denúncia espontânea não impede o lançamento da multa pelo atraso no descumprimento da obrigação acessória; e,
- v) a extinção do crédito tributário mediante compensação não equivale ao pagamento, conforme dispõe art. 138 do CTN, para fins de configuração da denúncia espontânea.

Dessa consulta, destaca-se o item (v), pois possui sentido conformador com o entendimento de que não se pode usar dos benefícios da denúncia espontânea no pagamento feito por meio da compensação. Ou seja, determina que adimplemento por compensação não é pagamento. Porém, nos moldes do art. 156 do CTN, ainda que pagamento e compensação não se confundam e sejam regidas por regramento diferentes, ambas tratam das formas de extinção do crédito tributário. É nessa diferenciação que está alojado o mote da questão. Trata-se de um vetor interpretativo, acerca do significado da expressão pagamento.

Verifica-se que, em tese, não existe uma uniformidade para o emprego da expressão no CTN, sendo ela utilizada tanto em seu sentido mais amplo, de adimplemento da obrigação tributária, como em seu sentido mais restrito, de pagamento em moeda. Entretanto, o órgão fiscalizador sustenta que o pagamento e a compensação, mesmo sendo formas de extinção do crédito tributário nos termos do art. 156 do CTN, não se comunicam, visto que o pagamento integral do tributo devido dentro do prazo estipulado na legislação é dotado de definitividade, ou seja, dotado de certeza e liquidez, diferentemente do regramento da

¹⁵ MINISTÉRIO DA FAZENDA. RFB. Solução de Consulta Interna COSIT n. 233/2019 de 16 de agosto de 2019. Disponível em: <http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?visao=anotado&idAto=103038>. Acesso em: 15 out. 19.

compensação, que se torna definitiva com a homologação por parte da Administração Federal, após a verificação da presença dos requisitos legais que a autorizam.

A aplicação da compensação não detém os mesmos efeitos no art. 138 do CTN, dado que são incompatíveis o art. 138 do CTN com o art. 170 do CTN e o art. 74 da Lei n. 9.430 de 27 de dezembro de 1996¹⁶. Ora, nos termos do art. 156, inciso II, e do art. 170 do CTN, a compensação é forma legítima de extinção do crédito tributário, o que significa que a compensação implica a regularização da situação do contribuinte e, como tal, é meio hábil para se atingir a finalidade do art. 138 do CTN.

Mais do que isso, no âmbito federal, o parágrafo 2º do art. 74 da Lei nº 9.430, determina que “a compensação declarada à Secretaria da Receita Federal extingue o crédito tributário, sob condição resolutória de sua ulterior homologação”¹⁷. Ou seja, por disposição expressa de lei, a compensação implica a extinção do crédito tributário, o que significa a total regularização da dívida, como quer o espírito do art. 138 do CTN.

Todavia, para que se chegue à conclusão acima esposada, é necessário o exercício de interpretação sistemática e conforme o sistema constitucional. Em um primeiro olhar, o pagamento vem a ser uma espécie do gênero adimplemento, ou seja, um meio direto e voluntário de extinguir a obrigação (DINIZ, 2007, p. 206). No mesmo entendimento, Pontes de Miranda ensina que é comum nos sistemas jurídicos a utilização do termo pagamento como sinônimo de adimplemento de uma obrigação (MIRANDA, 1959, p. 72). Também Beviláqua entende que o pagamento é a execução voluntária da obrigação (BEVILÁQUA, 1943, p. 80).

De posse de todos esses entendimentos, fica claro que a compensação poderia ser interpretada como pagamento, mas o entendimento atual da administração tributária federal é que não se pode fazer *jus* aos benefícios da denúncia espontânea com o pagamento feito, por meio da compensação.

Isto é, mesmo que a declaração de compensação opere os mesmos efeitos do pagamento, sendo meio perfeitamente válido para que possa considerar atingida a finalidade da denúncia espontânea, ela não é admitida. Tal divergência despontou nos meandros da

¹⁶ BRASIL. Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996. Dispõe sobre a legislação tributária federal, as contribuições para a seguridade social, o processo administrativo de consulta e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9430.htm. Acesso em: 24 out. 2019.

¹⁷ Ibid.

Receita Federal, trafegou parcimoniosamente pelo Superior Tribunal de Justiça e obteve acoplamento no Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF), órgão responsável por decisões de última instância administrativa nas questões tributárias da seara federal.

No CARF, o tema recebeu interpretações contrárias nas Câmaras Superiores, e também nas chamadas Câmaras baixas, com decisões que contrariam, inclusive, decisões judiciais de tribunais superiores.

6 ENTENDIMENTOS DO CARF

Não bastasse a divergência de entendimento dentro da Receita Federal do Brasil, a respeito do pagamento do tributo, objeto da denúncia espontânea por meio da compensação, o CARF, também, vem apresentando sinais de divergência.

A não convergência dentro do CARF denota o mesmo fundamento: o conceito da expressão pagamento. A 1ª Câmara Superior de Recursos Fiscais tinha posição consolidada no sentido de negar os efeitos da denúncia espontânea no caso de compensação, conforme dispõe o Acórdão nº 9101-002.969¹⁸. No entanto, nesse julgado há o nascimento de posição contrária, ou seja, de que se pode aceitar a compensação como forma de pagamento.

Relevante se faz demonstrar que a posição divergente se funda na possibilidade de que, se o pagamento feito por meio da compensação for glosado, a administração tributária federal poderá cobrar o crédito tributário, acrescido da multa e todos os encargos legais, não gerando prejuízo para o Estado. E mais, o STJ já se pronunciou em algumas interessantes ocasiões, decidindo nesse sentido, solidificando o pensamento esposado e corroborando essa interpretação¹⁹.

Nesse contexto, há de ressaltar que o fundamento da mudança de decisão está amparado no argumento de que o pagamento, no sentido amplo, significa adimplemento da obrigação. Desse modo, o instituto compensatório possui efeito de extinção do crédito

¹⁸ MINISTÉRIO DA FAZENDA. CARF (1ª Seção). Recurso Especial do contribuinte. Processo n. 15578.000095/200789. Relator: Marcos Aurélio Pereira Valadão, 5 de julho de 2017. Disponível em: <https://carf.fazenda.gov.br/sincon/public/pages/ConsultarJurisprudencia/consultarJurisprudenciaCarf.jsf>. Acesso em: 24 out. 2019.

¹⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (1ª Turma). Recurso Especial n. 1122131/SC. Relator: Min. Napoleão Nunes Maia Filho, 24 de maio de 2016. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 24 out. 2019; e *ibid.* Agravo Regimental no Recurso Especial n. 1136372/RS. Relator: Ministro Hamilton Carvalho, 04 de maio de 2010. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 24 out. 2019; e mais, vejamos: *ibid.* AgRg no Resp n. 1.556.446/RS, Relator: Min. Humberto Martins; *ibid.* Resp n. 1.189.926/RJ. Relator: Min. Mauro Campbell Marques; *ibid.* Resp n. 1.245.347/RJ. Relator: Min. Castro Meira. Disponíveis em: www.stj.jus.br. Acesso em: 24 out. 2019.

tributário, mesmo que dependa de posterior análise, podendo ser cobrado o débito tributário acrescido de multa se houver o indeferimento.

Insta salientar que, na 3ª Câmara Superior de Recursos Fiscais, tal pensamento não se mostra diferente, ou seja, a divergência paira também sobre o significado dos termos pagamento e compensação. Ademais, é importante que a interpretação seja perpetrada de dois modos, literal ou restrita.

No sentido restrito, entende-se que a expressão “pagamento” tem o sinônimo de quitação em dinheiro. Se viesse a ser adotada pela legislação do art. 138 do CTN, teria que vir expressa no texto, o que não ocorre, não tendo sido definido como pagamento. No que tange ao sentido literal, como não há definição, a expressão pagamento pode ser entendida no sentido jurídico de forma mais ampla.

Na jurisprudência do CARF, tal questão é tormentosa, sobretudo, se observarmos dois acórdãos recentes da Câmara Superior de Recursos Fiscais – CSRF, abaixo indicados, que decidiram a matéria em sentidos diametralmente opostos:

COMPENSAÇÃO. DENÚNCIA ESPONTÂNEA. COMPENSAÇÃO.

A regular compensação realizada pelo contribuinte é meio hábil para a caracterização de denúncia espontânea, nos termos do art. 138 do CTN, cuja eficácia normativa não se restringe ao adimplemento em dinheiro do débito tributário.²⁰

DENÚNCIA ESPONTÂNEA. ART 138 DO CTN. DECLARAÇÃO DE COMPENSAÇÃO. INAPLICABILIDADE.

Para fins de denúncia espontânea, nos termos do art. 138, do CTN, a compensação tributária, sujeita a posterior homologação, não equivale a pagamento, não se aplicando, por conseguinte, o afastamento da multa moratória decorrente pelo adimplemento a destempo.²¹

Pois bem, para dar seguimento à unificação de entendimento no CARF, seguiu-se argumentação de que na elaboração do CTN já existe a vinculação e a concepção de que a denúncia espontânea satisfaria o crédito tributário, o que denota que a expressão pagamento é sinônimo de adimplemento. No entanto, como de praxe, posições contrárias se ergueram, sustentando que, de acordo com o art. 162 do CTN, o pagamento só é considerado extinto depois da homologação.

²⁰ MINISTÉRIO DA FAZENDA. CARF. Acórdão nº 9101-003.687, de 07 de agosto de 2018. Disponível em: <https://carf.fazenda.gov.br/sincon/public/pages/ConsultarJurisprudencia/consultarJurisprudenciaCarf.jsf>. Acesso em: 24 out. 2019.

²¹ Ibid. Acórdão nº 9101-004.127, de 11 de abril de 2019. Disponível em: <https://carf.fazenda.gov.br/sincon/public/pages/ConsultarJurisprudencia/consultarJurisprudenciaCarf.jsf>. Acesso em: 24 out. 2019.

Ademais, a discussão continua no sentido de que a compensação regulada pelo art. 170 do CTN não se sujeita à homologação, contrariando o art. 74 da Lei nº 9.430/1996. Desse modo, não pode a lei federal contrapor o que está descrito no CTN, visto que lei ordinária não pode revogar lei complementar²².

Por fim, cabe destacar que, conforme art. 62, § 2º, do RICARF, as decisões definitivas de mérito, proferidas pelos tribunais superiores em matéria infraconstitucional, deverão ser reproduzidas pelos conselheiros no julgamento dos recursos no âmbito do CARF. Porém, o entendimento do STJ de que a denúncia espontânea não se configura por meio de compensação não foi firmado em regime de recurso repetitivo, de maneira que, em relação a esse tema, não se aplica a sistemática descrita.

7 CONCLUSÃO: O NECESSÁRIO RESGATE DA SEGURANÇA JURÍDICA NO DIREITO

A denúncia espontânea constitui importante instrumento para a exclusão de responsabilidade para os contribuintes de boa-fé, desde que, quando constatado o cometimento de infração à legislação tributária, antecipe-se ao eventual procedimento de fiscalização por parte das autoridades públicas, confesse a irregularidade cometida e recolha o tributo juntamente com os juros e correção.

No entanto, a divergência entre decisões em julgados do próprio CARF e entre os posicionamentos do Conselho e do STJ, acerca da possibilidade de compensação como forma de adimplemento apto a ensejar os benefícios da denúncia espontânea, revela, acima de tudo, um baixo compromisso com o mandamento constitucional de observância da segurança jurídica.

Ora, é certo que a partir da legislação posta, são criadas expectativas e estabelecida a confiança nos direitos já constituídos dos contribuintes relacionados a determinadas posições jurídicas. No entanto, a análise pormenorizada do estéril debate sobre se compensação constitui forma de pagamento ou não, sem a devida conexão com a relevância constitucional do princípio da segurança jurídica enquanto corolário do Estado de Direito e verdadeira cláusula pétrea da Constituição de 1988, revela um apego exacerbado com conceitos

²² DANIEL NETO, Carlos Augusto. CARF diverge sobre a possibilidade da denúncia espontânea ser por compensação. Disponível em https://www.conjur.com.br/2019-fev-13/direto-carf-carf-divergesobre-denuncia-espontanea-feita-compensacao#_ftn2. Acesso em: 10 out. 2019.

abstratos, típico das escolas pandectistas que, ao final, acabaram solapando a certeza do direito.

Com efeito, tendo em vista que a Constituição de 1988 é fundamento de validade e matriz irradiadora de sentido de toda a ordem jurídica, impõe-se a fixação de interpretação conforme à Constituição, resolvendo-se a questão a partir da ênfase na necessária previsibilidade e controle das expectativas normativas geradas com a possibilidades do art. 138 do CTN.

Admitida essa premissa, as discussões travadas levariam à conclusão dialógica de que a compensação é sim meio hábil para adimplir o débito e extinguir a obrigação tributária, sendo aplicável, inclusive, para fins de obtenção dos benefícios da denúncia espontânea. No caso concreto, a segurança jurídica se projeta no compromisso constitucional de fazer gerar a suas titulares pretensões devidamente amparadas por lei ou por decisões que deem guarida a essa proteção.

Assim, a segurança jurídica e, atrelado a ela, o princípio da legalidade, pode ser visualizada como uma norma fundante da ordem constitucional que determina as regras – gerais ou de decisão – que lhe atribuem efetividade. No entanto, o sintoma dessa cultura jurídica de baixo comprometimento constitucional se expressa no entendimento presente hoje no CARF de que, para fins de denúncia espontânea, nos termos do art. 138, do CTN, a compensação tributária, sujeita a posterior homologação, não equivale a pagamento. Por conseguinte, não permite o afastamento da multa moratória decorrente do adimplemento a destempo²³.

Em tempos de crise dos postulados da modernidade, a solução perpassa por resgatar a importância do primado da legislação em detrimento do voluntarismo judicial, a partir de uma leitura constitucional comprometida em garantir os direitos fundamentais, dentre eles a segurança jurídica enquanto postulado maior do Estado de Direito, sem recair em reducionismos positivistas ou discussão abstrata de conceitos.

REFERÊNCIAS

²³ MINISTÉRIO DA FAZENDA. CARF. Processo n. 16327.000268/2007-83. Acórdão nº 9101-004.384. Relatora: conselheira Viviane Vidal Wagner, 01.10.2019. Disponível em: <https://carf.fazenda.gov.br/sincon/public/pages/ConsultarJurisprudencia/consultarJurisprudenciaCarf.jsf>. Acesso em: 24 out. 2019.

ALLEGRETTI, Ivan; DAYAN, Thiago. A denúncia espontânea no lançamento por homologação: o parcelamento e a compensação tributária. In: BUISSA, Leonardo; BEVILACQUA, Lucas (Coords.). *Processo Tributário*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Crítica à dogmática e hermenêutica jurídica*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris editor, 1989.

BACHELARD, Gaston. *A formação do espírito científico: contribuição para uma psicanálise do conhecimento*. Trad. Estela dos Santos Abreu. Rio de Janeiro: Contraponto, 1996.

BOBBIO, Norberto. *Dalla struttura alla funzione: nuovi studi di teoria del diritto*. Milano, 1977.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado*. 6. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1943. v. 4.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

COELHO, Luiz Fernando. *Teoria crítica do direito*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris editor, 1991.

COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Comentários a constituição de 1988: Sistema Tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 1988.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: Teoria Geral das Obrigações*. 22. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre faticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Col. Biblioteca Tempo Universitário, n. 101. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 2003. v. 1.

_____. *Democracia: entre faticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Col. Biblioteca Tempo Universitário, n. 102. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 2003b. v. 2.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6. ed. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MARRAFON, Marco Aurélio. *Hermenêutica, sistema constitucional e aplicação do direito*. 2. ed. Florianópolis: Emais Editora, 2018.

_____. *Pós-verdade processual está na origem do voluntarismo judicial*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-jun-11/constituicao-poder-pos-verdade-processual-origem-voluntarismo-judicial>. Acesso em: 27 jul. 2020.

MARRAFON, Marco Aurélio; ROBL FILHO, Ilton Norberto. A crise das fontes jurídicas enquanto crise do Estado Democrático de Direito. *Revista Eletrônica Direito e Política*, Itajaí: Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, v. 9, n.

3, set./dez. 2014. ISSN 1980-7791. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica. Acesso em: 27 jul. 2020.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

MENEZES, Paulo Roberto Brasil Teles de. Fiscalização tributária no constitucionalismo do século XXI. In: FANTONI, André; DAYAN, Thiago; OLIVEIRA, Welson. *Processo Administrativo Tributário no Piauí*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. Glosas ao 'Verdade, dúvida e certeza', de Francesco Carnelutti para os operadores do direito. In: *Anuário Ibero-Americano de Direitos Humanos (2001-2002)*. Rio de Janeiro: [s.n.], 2002.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado: parte Especial*. Rio de Janeiro: Bolsoi, 1959. t. 24.

OÑATE, Flavio Lopes de. *La certeza del diritto*. Milano: Giufrè Editore, 1968.

PAULSEN, Leandro. *Direito Tributário: Constituição, Código Tributário à luz da doutrina e da jurisprudência*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, ESMAFE, 2005.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *A crítica da razão indolente contra o desperdício da experiência: para um novo senso comum. A ciência, o direito e a política na transição paradigmática*. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2000. v. 1.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Introdução a uma ciência pós-moderna*. 3. ed. Rio de Janeiro: Graal, 2000.

STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

*THE PUBLIC PROSECUTION SERVICE AND THE PROSECUTOR'S FREEDOM OF
EXPRESSION*Valter Shuenquener de Araujo;²⁴Camila Almeida Porfiro.²⁵

Resumo: O presente artigo analisa os limites da liberdade de expressão dos membros do Ministério Público à luz do direito brasileiro e internacional. Em primeiro lugar, serão explorados o conteúdo e os limites desse direito fundamental, que ostenta posição preferencial no sistema constitucional pátrio. Em seguida, far-se-á um exame crítico dos deveres funcionais de promotores e procuradores, previstos na legislação, com ênfase nos fundamentos e objetivos institucionais do Ministério Público. Por fim, com base na orientação do Conselho Nacional do Ministério Público e de órgãos do Direito Internacional, serão apresentados parâmetros para a manifestação desses agentes, notadamente para fins de aplicação de sanções disciplinares.

Palavras-chave: Liberdade de expressão. Ministério Público. Deveres funcionais. Proporcionalidade. Sanção.

Abstract: This article aims to analyze the freedom of expression limits of the Public Prosecution Service members in the Brazilian and international law. First, we will explore the content and limits of this fundamental right, which holds a preferred position in the country constitutional system. Then, a critical exam of the prosecutor's functional duties is made, as well as of the foundations and institutional objectives of the Public Prosecution Service. Finally, based on the jurisprudence of the National Council of the Public Prosecution Service, the article presents parameters for the manifestation of these agents, especially for the purpose of applying disciplinary sanctions.

Keywords: Freedom of expression. Public Prosecution. Functional Duties. Proportionality. Sanction.

Resumen: El presente artículo analiza los límites de la libertad de expresión de los miembros del Ministerio Público de acuerdo con el derecho brasileño e internacional. En primer lugar, se exploran el contenido y los límites de ese derecho fundamental, que ostenta posición

²⁴ Professor Associado de Direito Administrativo da UERJ da Faculdade de Direito da UERJ (Departamento de Direito do Estado). Mestre e Doutor em Direito Público pela UERJ. KZS pela Ruprecht-Karls Universität de Heidelberg.

²⁵ Mestranda em Direito Público na UERJ. Assessora de Ministro do Supremo Tribunal Federal.

preferencial en el sistema constitucional patrio. A continuación, se hace un examen crítico de los deberes funcionales de fiscales dispuestos en la legislación, así como de los fundamentos y objetivos institucionales del Ministerio Público. Por último, con base en la orientación del Consejo Nacional del Ministerio Público y de órganos del Derecho Internacional, se presentan parámetros para la manifestación de esos agentes, especialmente para la aplicación de sanciones disciplinarias.

Palabras clave: Libertad de expresión. Ministerio Público. Deberes funcionales. Proporcionalidad. Sanción.

1 INTRODUÇÃO

A liberdade de expressão dos membros do Ministério Público é tema sensível e complexo, que carece de maior investigação doutrinária e de mais densa e consolidada jurisprudência. Uma das razões para a existência de profundos debates sobre a possibilidade de aplicação de sanções em razão de excessos decorre da abertura semântica de seus deveres funcionais. A título de ilustração, “*guardar decoro pessoal*” e “*manter ilibada conduta pública e particular*” são conceitos jurídicos indeterminados, que tornam árdua a tarefa de apurar infrações disciplinares relacionadas a excessos em manifestações públicas desses agentes. Deveras, apesar de titulares do direito à liberdade de expressão, os integrantes do *parquet* devem ser zelosos no momento de externar suas ideias, opiniões e pensamentos, visto que seu comportamento, ainda que no âmbito privado, “*pode afetar a imagem da Instituição*” (BRASIL, 2016a).

Enquanto representantes de uma instituição com prerrogativas específicas, espera-se que as manifestações de membros do *parquet* não desborem dos próprios fundamentos e objetivos constitucionais da instituição. A violação a deveres funcionais atinge, nesse sentido, a dignidade do cargo exercido e a reputação do próprio Ministério Público, cuja atuação alberga a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais disponíveis, consoante predica o art. 127 da Constituição da República.

Em primeiro lugar, o presente artigo explicita o conteúdo e os limites do direito fundamental à liberdade de expressão, com destaque à sua posição preferencial no sistema constitucional brasileiro e aos parâmetros que devem ser utilizados nas hipóteses de ponderação com valores conflitantes. Em seguida, se buscará definir, com maior precisão, os deveres e vedações funcionais que atingem os membros do Ministério Público, a fim de que se garanta maior segurança jurídica no momento da aplicação de sanções disciplinares. Por

fim, o artigo apresenta uma análise de precedentes do CNMP e de órgãos internacionais a respeito do tema. Conforme se verá, tanto no Brasil quanto no direito comparado, tem sido prestigiado o entendimento de que o direito de livre expressão do membro do Ministério Público deve observar as vedações e os deveres funcionais que lhe são impostos pela lei e pelo texto constitucional.

2 A LIBERDADE DE EXPRESSÃO ENQUANTO DIREITO FUNDAMENTAL: DIMENSÕES E POSIÇÃO PREFERENCIAL

À semelhança do que ocorre nos Estados Unidos da América e em outros países do mundo ocidental, a liberdade de expressão ocupa uma posição de grande destaque no sistema constitucional brasileiro. No dizer de Rui Barbosa, “de todas as liberdades, a do pensamento é a maior e a mais alta. Dela decorrem todas as demais. Sem ela todas as demais deixam mutilada a personalidade humana, asfixiada a sociedade” (BARBOSA, 1978, p. 100). Não nos afastaremos dessa premissa e consideramos, na mesma linha defendida por André Farah, que o Estado não pode querer ser um inimigo da liberdade de expressão, devendo, ao revés, atuar como seu parceiro, de modo a preservar a qualidade e a integridade do debate público (FARAH, 2018, p. 55).

Por sua vez, há múltiplas disposições que a consagram na Carta de 1988. No art. 5º, por exemplo, foram asseguradas as liberdades de manifestação do pensamento, de consciência, de crença e de expressão da atividade intelectual, artística e científica, bem como o amplo acesso à informação e o direito de resposta. Já no *caput* do art. 220, a Constituição determina que “a manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo, não sofrerão qualquer restrição observado o disposto nesta Constituição”, sendo “vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística”.

No âmbito internacional, o Brasil é signatário de inúmeras convenções que protegem e regulam o exercício do direito fundamental à liberdade de expressão. O Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, por exemplo, incorporado ao direito brasileiro por meio do Decreto nº 592/92, dispõe que “toda pessoa terá direito à liberdade de expressão; esse direito incluirá a liberdade de procurar, receber e difundir informações e ideias de qualquer natureza, independentemente de considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, em forma

imprensa ou artística” (Art. 19). No mesmo sentido, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, promulgada no Brasil pelo Decreto nº 678/92, consagra a proibição de censura prévia e detalha o âmbito de incidência dessa liberdade:

Convenção Americana sobre Direitos Humanos

Artigo 13. Liberdade de pensamento e de expressão.

1. Toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito compreende a liberdade de buscar, receber e difundir informações e ideias de toda natureza, sem consideração de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro processo de sua escolha.
2. O exercício do direito previsto no inciso precedente não pode estar sujeito a censura prévia, mas a responsabilidades ulteriores, que devem ser expressamente fixadas pela lei e ser necessárias para assegurar: a. o respeito aos direitos ou à reputação das demais pessoas; ou b. a proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral públicas.
3. Não se pode restringir o direito de expressão por vias ou meios indiretos, tais como o abuso de controles oficiais ou particulares de papel de imprensa, de frequências radioelétricas ou de equipamentos e aparelhos usados na difusão de informação, nem por quaisquer outros meios destinados a obstar a comunicação e a circulação de ideias e opiniões.
4. A lei pode submeter os espetáculos públicos a censura prévia, com o objetivo exclusivo de regular o acesso a eles, para proteção moral da infância e da adolescência, sem prejuízo do disposto no inciso 2.
5. A lei deve proibir toda propaganda a favor da guerra, bem como toda apologia ao ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitação à discriminação, à hostilidade, ao crime ou à violência. (BRASIL, 1992)

Na linha das citadas convenções internacionais, é possível distinguir a liberdade de expressão das liberdades de informação e de imprensa. A primeira pode ser definida como o direito de manifestar e difundir pensamentos, ideias, opiniões e sentimentos; já a liberdade de informação é conceituada como o direito de transmissão e comunicação de fatos, abrangendo tanto o direito de informar quanto o direito de ser informado (BARROSO, 2004, p. 18; CARVALHO, 1999, p. 25). Por fim, a liberdade de imprensa ostenta uma dimensão essencialmente coletiva e designa o direito dos meios de comunicação social de proferirem quaisquer ideias, opiniões e manifestações, bem como de transmitir fatos e notícias (FARIAS, 2004, p. 83-89).

No plano histórico, é cediço que o tratamento privilegiado da liberdade de expressão no sistema jurídico brasileiro tem raízes no esforço de redemocratização conduzido pela Constituição de 1988, que assegurou o fim da censura política e artística praticada pelo regime militar então vigente. Em perspectiva jusfilosófica, por seu turno, a tutela ampla e pormenorizada da liberdade de expressão se deve às funções essenciais que ela desempenha

na participação democrática e na garantia dos demais direitos fundamentais (SCHAUER, 1982, p. 15-72).

Nesse diapasão, a possibilidade de difusão de opiniões e de pontos de vista sobre os mais variados temas de interesse público é condição *sine qua non* para a subsistência de um regime democrático. A liberdade de expressão é, assim, essencial para o florescimento do debate público e a conscientização da população a respeito de decisões políticas, sendo uma verdadeira “guardiã da democracia” (POST, 1995, p. 1-10; FISS, 2005, p. 33-66). Nas palavras de Konrad Hesse, “a liberdade de informação é pressuposto de publicidade democrática” (HESSE, 1998), na medida em que os pilares de uma consolidada democracia são erigidos por meio do debate crítico na esfera pública em torno das mais variadas ideias e formas de pensamento. A tutela do processo comunicativo é, assim, fundamental para a manutenção da democracia (POST, 2009, p. 179).

A relação simbiótica entre a realização da democracia e esse direito fundamental foi, inclusive, externada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), ao enfatizar que “a liberdade de expressão é uma pedra angular na existência de uma sociedade democrática.” (CORTE IDH, 1985) e pela Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH) que declarou, em diversas ocasiões, que “a liberdade de expressão (...) constitui uma das fundações essenciais de uma sociedade democrática” (CEDH, 1986). Sob essa perspectiva, as liberdades comunicativas são imprescindíveis para a construção de uma visão crítica dos agentes públicos e a respeito deles próprios, compelidos a tornarem-se mais responsivos à vontade da cidadania (POST, 1995, p. 184).

Um segundo fundamento ínsito ao direito à liberdade de expressão recai no princípio da dignidade da pessoa humana. A possibilidade de exprimir ideias, pensamentos e interesses é medida necessária à realização existencial de um indivíduo, ao livre desenvolvimento de sua personalidade e à construção de grupos sociais de interesses comuns (SARMENTO, 2006, p. 242). O direito à liberdade de expressão ainda se legitima pelo relevante papel que exerce na proteção de outros direitos, como bem ressaltado pela Comissão Interamericana de Direito Humanos ao assentar que “a carência de liberdade de expressão é uma causa que ‘contribui ao desrespeito a outros direitos humanos’” (CIDH, 1997). No mesmo sentido, Amartya Sen esclarece que a criação de obstáculos para uma livre e sincera circulação de ideias e de pensamento gera “por efeito direto a redução da qualidade da vida humana, mesmo que o

país autoritário que imponha essa supressão [da comunicação livre entre as pessoas] calhe de ser riquíssimo, sob o ponto de vista do seu produto nacional bruto” (SEN, 2012).

Destaque-se, também, que todas as pessoas são titulares desse direito fundamental, mostrando-se inviável qualquer tese capaz de extinguir as liberdades comunicativas, em virtude do exercício de determinada profissão ou de uma qualidade pessoal (MACHADO, 2002, p. 392-404). É que o estímulo ao livre intercâmbio de opiniões, provenientes de diferentes origens, mostra-se indispensável para a formação de uma sociedade política livre e garantidora de direitos fundamentais (OSÓRIO, 2017, p. 53-67).

Por todas as razões delineadas, a liberdade de expressão ostenta, nas democracias contemporâneas, uma posição preferencial (*preferred position*) que dificulta a imposição de restrições e consagra uma hierarquia axiológica em comparação com os demais direitos fundamentais (FARIAS, 2000, p. 167; CARVALHO, 1999, p. 51; ARAÚJO, 2002). Isso não significa, porém, que a liberdade de expressão seja um direito absoluto e incompatível com eventual restrição. Em verdade, a posição preferencial designa tão somente uma “dimensão de peso”, que compele o intérprete a preservar, na maior medida possível, a livre manifestação de fatos e ideias (BARROSO, 2004, p. 20). Tal enquadramento impõe um mais denso e elevado grau de fundamentação para o afastamento do referido direito no caso concreto e para o reconhecimento de ulteriores medidas de responsabilização (ARABI, 2019, p. 127).

A teoria externa dos direitos fundamentais reconhece que a liberdade de expressão pode colidir com outros direitos ou valores constitucionais, como os direitos da personalidade, a igualdade ou mesmo razões de interesse público (ALEXY, 2008, p. 89-90). Nessas hipóteses, é a técnica da ponderação que definirá qual direito deve prevalecer, não sendo possível concluir, *a priori*, que a liberdade de expressão será sempre integralmente preservada. Todavia, consoante destacado por Owen Fiss e Daniel Farber, eventuais restrições não podem atingir grau censório ou gerar um *chilling effect*, também chamado de “efeito resfriador do discurso”, que inibe o debate público através do medo de cidadãos e jornalistas de serem alvo de reprimendas ou ações judiciais indenizatórias (FISS, 2005, p. 33-66; FARBER, 2003, p. 79-102; FARAH, 2018, p. 67).

Nesse tema, a Convenção Americana de Direitos Humanos fixa os seguintes parâmetros para as hipóteses de colisão da liberdade de expressão com outros direitos:

2. O exercício do direito previsto no inciso precedente não pode estar sujeito a censura prévia, mas a responsabilidades ulteriores, que devem ser expressamente fixadas pela lei e ser necessárias para assegurar:
 - a. o respeito aos direitos ou à reputação das demais pessoas; ou
 - b. a proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral públicas.
3. Não se pode restringir o direito de expressão por vias ou meios indiretos, tais como o abuso de controles oficiais ou particulares de papel de imprensa, de frequências radioelétricas ou de equipamentos e aparelhos usados na difusão de informação, nem por quaisquer outros meios destinados a obstar a comunicação e a circulação de ideias e opiniões.
4. A lei pode submeter os espetáculos públicos a censura prévia, com o objetivo exclusivo de regular o acesso a eles, para proteção moral da infância e da adolescência, sem prejuízo do disposto no inciso 2.
5. A lei deve proibir toda propaganda a favor da guerra, bem como toda apologia ao ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitação à discriminação, à hostilidade, ao crime ou à violência. (BRASIL, 1992)

Nota-se que, nos termos da Convenção Americana, a liberdade de expressão pode gerar responsabilidade em casos de discurso de ódio, colisão com direitos da personalidade, proteção da segurança nacional, ordem pública, saúde ou moral públicas, em situações de desrespeito da reputação das pessoas e diante da necessidade de tutela moral da infância e da adolescência. O discurso do ódio, por exemplo, oprime o destinatário do discurso e impede um equilibrado nivelamento dos argumentos, inviabilizando que todos possam exprimir suas opiniões (SARMENTO, 2016). Especificamente em relação ao conflito com os direitos da personalidade, Luís Roberto Barroso (2004, p. 35-36) também destaca os seguintes elementos a serem considerados na técnica da ponderação:

Na colisão entre a liberdade de informação e de expressão, de um lado, e os direitos da personalidade, de outro, destacam-se como elementos de ponderação: a veracidade do fato, a licitude do meio empregado na obtenção da informação, a personalidade pública ou estritamente privada da pessoa objeto da notícia, o local, a veracidade do fato, a licitude do meio empregado na obtenção da informação, a personalidade pública ou estritamente privada da pessoa objeto da notícia, o local do fato, a natureza do fato, a existência de interesse público na divulgação, especialmente quando o fato decorra da atuação de órgãos ou entidades públicas, e a preferência por medidas que não envolvam a proibição prévia da divulgação.

Finalmente, em sede jurisprudencial, o Supremo Tribunal Federal já reconheceu a posição preferencial da liberdade de expressão e fixou os contornos para o seu exercício. Na ADPF 130, o STF declarou não recepcionada, em sua integralidade, a Lei de Imprensa (Lei nº 5.250/67), elaborada durante o regime militar. Na ocasião, o Ministro Ayres Britto destacou que “a Constituição brasileira se posiciona diante de bens jurídicos de personalidade para, de imediato, cravar uma primazia ou precedência: a das liberdades de pensamento e de

expressão lato sensu” (BRASIL, 2009). Na ADPF 187, a seu turno, o Ministro Luiz Fux defendeu a “proteção qualificada” da liberdade de expressão que, nos casos de colisão com outros princípios constitucionais, deve possuir “uma dimensão de peso prima facie maior” (id., 2014a).

Por outro lado, a Suprema Corte brasileira também enfatizou que a liberdade de expressão não é um direito absoluto e está sujeita a limitações razoáveis. Ao julgar a ADI 5.136 MC, por exemplo, o STF entendeu que a Lei Geral da Copa (Lei n. 12.663/2012), ao proibir a entrada de cartazes, bandeiras e símbolos com mensagens ofensivas, não violava o direito fundamental à liberdade de expressão (id., 2014a). Na mesma linha, ao julgar a Ação Originária 1.390, a Corte destacou que “embora seja livre a manifestação do pensamento, tal direito não é absoluto. Ao contrário, encontra limites em outros direitos também essenciais para a concretização da dignidade da pessoa humana: a honra, a intimidade, a privacidade e o direito à imagem” (id., 2011).

De todo o exposto, é possível fixar as seguintes premissas teóricas: (i) a liberdade de expressão é direito fundamental consagrado na Constituição de 1988 e em convenções internacionais das quais o Brasil é signatário; (ii) todos os indivíduos são titulares deste direito fundamental, independentemente da função que exercem ou de outras qualidades pessoais; (iii) no sistema constitucional pátrio, a liberdade de expressão ostenta posição preferencial, que denota uma nítida prioridade e maior “dimensão de peso” nas hipóteses de colisão com os demais direitos fundamentais; (iv) em casos específicos e excepcionais, é possível estabelecer restrições à liberdade de expressão, caracterizadas, primordialmente, pelos efeitos sancionadores e pela responsabilidade resultantes dos excessos, e desde que as medidas sejam razoáveis, proporcionais e que consagrem a essência de outro direito ou garantia com *status* jusfundamental.

3 O PAPEL CONSTITUCIONAL E OS DEVERES FUNCIONAIS DO MEMBRO DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Em suas múltiplas prerrogativas, o Ministério Público atua na defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais disponíveis, consoante disposto no art. 127 da Constituição da República. No exercício dessas atribuições, os membros do *parquet* realizam o controle da juridicidade de atos praticados por autoridades

públicas, sendo, também, titulares da ação penal e da ação civil pública. De acordo com o art. 129, II, da Carta de 1988, compete ao Ministério Público atuar como fiscal da ordem jurídica e “zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias à sua garantia”.

Com efeito, a amplitude dos papéis desempenhados por essa instituição rende amplas discussões a respeito dos limites e prerrogativas dos seus membros. Como bem destacado por Piero Calamandrei (1960, p. 59):

Entre todos os cargos judiciários, o mais difícil, segundo me parece, é o Ministério Público. Este, como sustentáculo da acusação, devia ser tão parcial quanto um advogado, e como guarda inflexível da lei, devia ser tão imparcial como um juiz. Advogado sem paixão, juiz sem imparcialidade, tal o absurdo psicológico no qual o Ministério Público, se não adquirir o sentido do equilíbrio, se arrisca - momento a momento - a perder, por amor da sinceridade, a generosa combatividade do defensor, ou, por amor da polêmica, a objetividade sem paixão do magistrado.

De acordo com o princípio institucional da independência funcional, inscrito no artigo 127, §1º, da Constituição da República, os membros do Ministério Público, no exercício de suas atividades funcionais, sujeitam-se apenas à Constituição e às leis, estando plenamente protegidos contra indevidas ingerências e pressões externas e internas (DI PIETRO, 2010, p. 8-9). No âmbito disciplinar, a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (Lei nº 8.625/1993) estabelece normas gerais para a organização do MP dos Estados, enquanto a Lei Complementar nº 75/1993 representa o estatuto do MP da União.

Segundo o art. 236 da Lei Orgânica do MPU, os membros do MP da União, em respeito à dignidade de suas funções e à da Justiça, devem “*guardar segredo sobre assunto de caráter sigiloso que conheça em razão do cargo ou função*” e “*guardar decoro pessoal*”, sendo vedado o exercício de atividade político-partidária. Por sua vez, o art. 43 da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público dispõe que são deveres dos membros do MP “*manter ilibada conduta pública e particular*” e “*zelar pelo prestígio da Justiça, por suas prerrogativas e pela dignidade de suas funções*”. Além desses diplomas, destaque-se que a própria Constituição da República veda, de forma expressa, aos membros do MP o exercício de atividades político-partidárias (art. 128, II, alínea “e”, CRFB).

Da leitura dos indigitados dispositivos, é possível concluir que os deveres e vedações funcionais dos membros do MP espelham tipos abertos, de conteúdo impreciso e

indeterminado. São cláusulas gerais a serem conformadas pela doutrina ou, no caso concreto, pelas decisões judiciais ou administrativas. O significado das expressões legais “*decoro pessoal*” ou “*ilibada conduta pública e particular*”, por exemplo, dependem de um certo grau de subjetividade do intérprete e dos elementos do caso concreto, o que pode, na ausência de uma fundamentação adequada e robusta, provocar insegurança jurídica no momento da aplicação de sanções disciplinares. Nesse particular, Vítor Fernandes Gonçalves, ex-Corregedor-Geral do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, tece as seguintes considerações:

(...) releva considerar-se quebra de decoro aquela conduta pessoal comprometedora da dignidade das funções, a conduta que traz reflexos negativos aos valores defendidos pela instituição, destoando, dentro de um contexto de racionalidade e proporcionalidade, do conceito médio social que se tem de um membro do MP e do cargo por ele ocupado. Deve existir, portanto, uma correlação necessária entre a conduta praticada e o interesse público na proteção da dignidade institucional, apurado este à luz da razoabilidade.

Em verdade, na prática, a quebra de decoro assume a função de cláusula geral, outorgando às administrações superiores dos MPs da União e dos Estados um generoso espaço de movimentação, dentro do qual é incluída uma quantidade imensa de condutas pessoais externas dos membros, muitas delas constituindo tipos criminais comuns. (...) Esse caráter praticamente subsidiário explica a grande importância que assume a previsão da quebra do decoro para a reprimenda disciplinar dos membros das carreiras de Estado, dos agentes políticos em geral, o que não constitui exceção em relação aos membros do MP. (GONÇALVES, 2008, p. 9-10)

A atuação do membro do Ministério Público é, assim, restringida pelos deveres funcionais de manter conduta compatível com o exercício do cargo, de zelar pela dignidade da justiça e pelo prestígio de suas funções, bem como de respeitar os membros do Ministério Público e magistrados e de tratar com urbanidade os magistrados e demais agentes do meio jurídico. Conforme se verá, estes deveres funcionais desempenham relevante papel na definição do alcance da liberdade de expressão de membros do *parquet*.

4 OS LIMITES DA MANIFESTAÇÃO DO MEMBRO DO MINISTÉRIO PÚBLICO À LUZ DO DIREITO BRASILEIRO

Os deveres funcionais previstos nas leis de regência do Ministério Público têm fundamentado, com alguma frequência, restrições ao direito à liberdade de expressão desses agentes sob a forma de punição e de imputação de responsabilidade civil. Considerando que o MP representa uma “função essencial à justiça”, cuja responsabilidade alcança a defesa da

ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127 da CRFB 1988), mostra-se razoável que seus membros não se manifestem de forma atentatória à democracia ou aos direitos fundamentais.

Nessa perspectiva, manifestações públicas de membros do Ministério Público não devem se afastar dos vetores axiológicos e dos parâmetros éticos e jurídicos que norteiam a atuação da instituição. No dizer de Konrad Hesse, “cada direito fundamental encontra seu limite principalmente lá onde termina seu alcance material (...) Esses limites imanentes aos direitos fundamentais devem ser determinados por interpretação” (1998). Assim, por não ostentar caráter absoluto, a liberdade de expressão dos membros do Ministério Público pode, eventualmente, ceder lugar a outros direitos e valores constitucionais, que restariam comprometidos por manifestações atentatórias aos deveres funcionais desses agentes.

Consoante destacado nos autos do Processo Administrativo Disciplinar 1.00283/2016-73, o Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), órgão de controle da instituição, “não possui competência para censurar, conceder licença ou exercer o controle prévio quanto a quaisquer manifestações a serem exaradas por Membros do Ministério Público” (BRASIL, 2016b). Quanto ao tema, portanto, o entendimento do Conselho está alinhado à melhor doutrina, *verbis*:

Em regra, eventuais excessos apenas podem ser valorados após o efetivo exercício da liberdade de manifestação ou informação, não se admitindo juízos prévios, cuja existência consubstanciaria odiosa censura. Presume-se, neste momento, que devem prevalecer as liberdades públicas constitucionais, cuja ilegitimidade ou excesso apenas poderão ser avaliados após a exteriorização de seu conteúdo. (...) seu exercício imoderado pode ensejar responsabilização e limitações, advindas do próprio texto constitucional. (...) A posição preferencial não veda a atribuição de consequências jurídicas àquilo que se expressou, mas antes reforça a sua possibilidade, a partir da valorização do exercício responsável das liberdades constitucionais. (ARABI, 2019, p. 129-131)

Nesse diapasão, é plenamente possível que o órgão instaure apuração disciplinar para averiguar excesso ou abuso do direito às liberdades comunicativas. Devido à posição preferencial, porém, as restrições à liberdade devem ser pontuais e condizentes com os valores que o constituinte originário buscou preservar. De fato, o sistema jurídico pátrio exige que eventuais restrições sejam fixadas à luz do princípio da proporcionalidade e da adequação entre meios e fins (GARCIA, 2003, p. 40).

Uma vez que os membros do Ministério Público, tal como todos os indivíduos, são titulares do direito fundamental à liberdade de expressão, não deve haver qualquer censura

prévia, e sim, quando couber, responsabilização ulterior, inclusive de caráter disciplinar. À guisa de exemplo, é clara a inconstitucionalidade da antiga Lei Orgânica do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (Lei Complementar Estadual nº 28/82), editada no período do regime militar, que proibia expressamente que membros do Ministério Público se manifestassem “por qualquer meio de comunicação, a respeito de assuntos pertinentes ao seu ofício ou à Instituição, bem como sobre a atuação funcional de qualquer dos membros, salvo quando autorizado pelo Procurador-Geral”. Esta restrição, além de ostentar caráter nitidamente censório, é manifestamente desproporcional, porquanto tamanha restrição não encontra justificativa na preservação de outro direito fundamental (GARCIA, 2003, p. 42).

Por outro lado, deve-se destacar que promotores e procuradores, enquanto agentes públicos submetidos a um regime democrático e republicano, possuem o dever de publicidade e transparência em relação a atos praticados no exercício de suas funções, ressalvadas, claro, as hipóteses legais de sigilo. Sobre o tema, aliás, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos consagrou, expressamente, no marco jurídico interamericano sobre o direito à liberdade de expressão (CIDH, 2009), o “dever” de funcionários públicos de se manifestarem “em cumprimento de suas funções constitucionais e legais, sobre assuntos de interesse público”. Confira-se:

Para a Corte Interamericana, a transcendente função democrática da liberdade de expressão exige que em determinados casos, os funcionários públicos façam pronunciamentos sobre assuntos de interesse público, no cumprimento de suas atribuições legais. Em outras palavras, sob certas circunstâncias, o exercício de sua liberdade de expressão não é somente um direito, mas também um dever. Nos termos do tribunal, “a Corte [Interamericana] reiterou numerosas vezes a importância que a liberdade de expressão tem em uma sociedade democrática, especialmente no que se refere a assuntos de interesse público. (...) Por isso, não só é legítimo, mas em certas ocasiões é também um dever das autoridades estatais pronunciar-se sobre questões de interesse público. (ibid.)

Em outros termos, há casos em que os membros do Ministério Público não têm apenas o direito, mas o *dever* de se pronunciar sobre assuntos de interesse público vinculados às suas funções, especialmente para garantir o direito à informação da sociedade. Como agentes políticos, os integrantes do *parquet* têm a missão de se manifestar em favor da defesa dos bens sob a sua proteção e de prestar contas sobre sua atuação. Porém, é certo que essa atribuição obriga a adoção de cautelas maiores no discurso em cotejo com o público em geral. Os deveres funcionais e a preservação de ética e reputação institucional exigem a preservação da confiança pública no Ministério Público (ACCIOLY, 2009). Nesse sentido, as observações

de Tom Ginsburg e Nino Garoupa em relação à reputação do Poder Judiciário se ajustam com perfeição ao MP: para os autores, aquele Poder “depende quase inteiramente de sua reputação para garantir o cumprimento de suas decisões, obter recursos e manter sua influência política”, sendo necessário, portanto, construir uma imagem de prestígio institucional e boa reputação perante a opinião pública (GAROUPA; GINSBURG, 2015, p. 43).

Da mesma forma, o dever funcional de manter conduta ilibada, dentro e fora da atuação profissional, se justifica pelo fato de “o comportamento do membro do Ministério Público em sua vida privada, mesmo que não agindo a título do desempenho do cargo, pode afetar a imagem da instituição” (BRASIL, 2016a). Deveras, enquanto representante de uma instituição com prerrogativas e valores específicos, as manifestações do *parquet* não devem desbordar dos próprios fundamentos e objetivos constitucionais do Ministério Público na democracia brasileira. Como ressaltado, a quebra de deveres funcionais por membros do MP atinge, também, a dignidade do cargo e, em última análise, a reputação da própria instituição. Os valores a serem resguardados, portanto, são o prestígio e os contornos axiológicos da instituição, que se manifestam pela conduta de seus membros (ACCIOLY, 2009).

Em síntese, a liberdade de expressão de membros do Ministério Público é delimitada pelo artigo 236, inciso X, da Lei Orgânica do Ministério Público da União (LC 75, de 20 de maio de 1993) e pelo artigo 43, inciso I, da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (Lei 8.625, de 12 de fevereiro de 1993), que prescrevem a obrigação de o agente guardar decoro pessoal e manter ilibada conduta pública e particular. Ademais, a liberdade de atuação dos integrantes do *parquet* é igualmente atingida pela vedação a atividades político-partidárias, consoante prevê o artigo 128, § 5º, inciso II, alínea “e”, da Constituição da República.

A seu turno, relativamente à vedação à “atividade político-partidária”, Leonardo Accioly ressalta que ela se caracteriza pela “ativa e contumaz demonstração pública de preferência por um político, ideologia política, candidato ou sigla, além de participação em atos de campanha, tanto presencialmente quanto nos meios de comunicação e nas redes sociais” (ibid.). Nas palavras de Hugo Nigro Mazilli, “é evidente que ao Juiz e ao Promotor, como cidadãos, não se lhes pode vedar tenham opinião político-partidária”, o que não se admite é que “se filiem a partidos políticos, participem de campanhas por estes promovidas ou de atos de propaganda ou adesão pública a programas ou propostas partidárias” (MAZILLI, 1992). É fundamental, portanto, distinguir a opinião política episódica dissociada

de uma candidatura específica, daquele comportamento perene favorável a um candidato ou partido político.

Em síntese, a liberdade de expressão, enquanto direito fundamental, não pode ser utilizada por membro do MP para afastar a proibição constitucional do exercício de atividade político-partidária. Isto porque, nas palavras de Paulo Bonavides, o MP é instituição autônoma, independente e sem vinculação político-partidária, que “nem é governo, nem oposição. O Ministério Público é constitucional; é a Constituição em ação, em nome da sociedade, do interesse público, da defesa do regime, da eficiência e salvaguarda das instituições” (BONAVIDES, 2003, p. 530).

Assim, além da vedação de fundar partidos políticos, pertencer a órgãos de direção partidária ou de concorrer a postos eletivos, também é vedado aos membros do *parquet* realizar manifestações públicas de apoio incontestes a determinado candidato ou partido político. Consoante decidido pelo Conselho Nacional do Ministério Público, nos autos da Reclamação Disciplinar nº 219/2016-83, ao MP cabe a tarefa de zelar pela lisura do processo eleitoral, promovendo a investigação e a responsabilização de candidatos e titulares de mandatos eletivos, “sendo esperada da instituição uma postura isenta e impessoal em relação à disputa política, abstenendo-se de manifestar suas preferências ou inclinações pessoais, sob pena de prejudicar a própria credibilidade da instituição frente à sociedade” (BRASIL, 2016a).

Por fim, merecem destaque os seguintes excertos da Recomendação de Caráter Geral CN-CNMP nº 1/2016, que dispõe sobre a liberdade de expressão, a vedação da atividade político-partidária, o uso das redes sociais e do e-mail institucional por parte dos membros do MP:

III – A vedação de atividade político-partidária aos membros do Ministério Público, salvo a exceção prevista constitucionalmente (§ 3º do art. 29 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias), não se restringe apenas à prática de atos de filiação partidária, abrangendo, também, a participação de membro do Ministério Público em situações que possam ensejar claramente a demonstração de apoio público a candidato ou que deixe evidenciado, mesmo que de maneira informal, a vinculação a determinado partido político.

IV – A vedação de atividade político-partidária aos membros do Ministério Público não impede aos integrantes da Instituição o exercício do direito relativo às suas convicções pessoais sobre a matéria, as quais não devem ser objeto de manifestação pública que caracterize claramente, mesmo que de modo informal, atividade político-partidária.

V – A impessoalidade e a isenção em relação à atividade político-partidária são deveres constitucionais do Ministério Público e dos seus membros na sua condição de garantias constitucionais fundamentais de acesso à justiça da sociedade, que asseguram à Instituição e aos seus membros o pleno e efetivo exercício das suas atribuições.

VI – Não configura atividade político-partidária, vedada constitucionalmente, o exercício da liberdade de expressão na defesa pelo membro do Ministério Público de valores constitucionais e legais em discussões públicas sobre causas sociais, em debates ou outras participações ou manifestações públicas que envolvam a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

VII – Não configura atividade político-partidária a crítica pública por parte do Membro do Ministério Público dirigida, entre outros, a ideias, a ideologias, a projetos legislativos, a programas de governo, a medidas, sendo vedados, ataques de cunho pessoal, que possam configurar violação do dever de manter conduta ilibada e de guardar decoro pessoal, direcionados a candidato, a liderança política ou a partido político, com a finalidade de desacreditá-los perante a opinião pública em razão de ideias ou ideologias de que discorde o membro do Ministério Público. (...)

IX – O membro do Ministério Público deve tomar os cuidados necessários ao realizar publicações em seus perfis pessoais nas redes sociais, agindo com reserva, cautela e discrição, evitando-se a violação de deveres funcionais.

X – O membro do Ministério Público deve evitar, em seus perfis pessoais em redes sociais, pronunciamentos oficiais sobre casos decorrentes de sua atuação funcional, sem prejuízo do compartilhamento ou da divulgação em seus perfis pessoais de publicações de perfis institucionais ou de notícias já publicadas oficialmente pelo Ministério Público. (BRASIL, 2016)

A citada Recomendação nº 1/2016, apesar de não ter caráter cogente, traça parâmetros razoáveis para a efetiva ponderação entre valores eventualmente colidentes. Nesse cenário, os elementos fáticos do caso concreto terão o condão de demonstrar como serão equacionados os limites e o alcance da liberdade de expressão de membros do *parquet*.

5 A ORIENTAÇÃO DO CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO (CNMP)

O posicionamento do CNMP é firme no sentido de que o direito fundamental à liberdade de expressão não pode ser utilizado como justificativa para a violação de deveres funcionais ou para afastar a vedação do exercício de atividades político-partidárias. Há variados precedentes em que o órgão nacional de controle aplicou penas de censura ou advertência a promotores que se referiram de modo atentatório a instituições da República, como o Congresso Nacional, a Presidência da República ou a Tribunais superiores, ou se expressaram de forma a violar direitos fundamentais ou valores constitucionais caros à instituição.

Em dezembro de 2018, por exemplo, o Plenário do CNMP aplicou a pena de censura, convertida em advertência, a promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de Alagoas que violara deveres funcionais ao utilizar palavras depreciativas para referir-se ao Congresso Nacional. No caso, o promotor teria utilizado expressões injuriosas e desrespeitado o Poder Legislativo que, segundo o entendimento do conselheiro relator, “não pode ser alvo de

tamanha chacota e desrespeito por parte de um membro do Ministério Público que possui, dentre suas missões institucionais, o dever de zelar pelos poderes constituídos” (BRASIL, 2018d).

No voto, o relator ressaltou, ainda, que “o membro do Ministério Público não pode usar expressões de baixo calão em suas manifestações públicas, devendo resguardar o decoro de sua linguagem e o respeito às pessoas e instituições” (ibid.). Posteriormente, a pena de censura foi convertida em advertência, em virtude de o promotor de Justiça ter se retratado perante a comissão processante do PAD e se retirado da rede social em que publicou as palavras depreciativas ao Congresso Nacional (id., 2018).

Na Reclamação Disciplinar nº 219/2016-83, por sua vez, o CNMP apurou a participação de membros do Ministério Público do Distrito Federal em manifestação popular contrária ao processo de *impeachment* da, então, Presidente da República, em que ostentavam uma faixa contendo a expressão “*Ministério Público contra o golpe*”. No caso, a Corregedoria Nacional optou por não promover a responsabilização disciplinar individual, mas, no exercício de seu papel de orientação funcional, determinou a instauração de procedimento de estudos destinado a subsidiar a “definição de diretrizes de atuação da Corregedoria Nacional no que tange às normas de conduta dos membros do Ministério Público, especialmente no âmbito do exercício do direito à liberdade de expressão e a proibição constitucional do exercício da atividade político partidária” (id., 2016a), o que fundamentou a elaboração da Recomendação nº 01/2016 da Corregedoria Nacional do Ministério Público. Do voto exarado pelo relator do voto, destacamos os seguintes excertos:

(...) não há como negar ao membro do Ministério Público o direito à liberdade de crença, inclusive política e ideológica, e o direito de assim expressar seus pensamentos e suas ideias. Nesse campo, contudo, *espera-se que tome cautelas para evitar que suas preferências político-ideológicas possam ser entendidas pelos jurisdicionados como relacionadas ao exercício do cargo, o que decerto pode afetar a imparcialidade e a independência necessárias ao fiel cumprimento da função ministerial – imparcialidade aqui entendida como atuação isenta e impessoal, sem vinculação partidária ou ideológica. (...) Se o membro do Ministério Público deve atuar de forma objetiva, sem simpatias ou animosidades pessoais, sem vinculação a ideologias ou a partidos, é importante que assim preserve sua imagem de imparcialidade, evitando que, em sua vida privada, seus posicionamentos políticos possam ser vistos pela comunidade como relacionados ao cargo e condicionantes de seu atuar. É dizer, os jurisdicionados precisam ter confiança que serão investigados ou processados de forma independente e objetiva, por autoridade isenta e imparcial. Como enfatizado nas justificativas da proposta, é preciso preservar a credibilidade do membro do Ministério Público. Logo, a imparcialidade deve existir tanto como uma questão real quanto aparente, de razoável percepção, pelos padrões de um observador médio. É certo que a imagem de*

parcialidade prejudica a confiança dos jurisdicionados na Instituição. (Grifo nosso)
(BRASIL, 2016a)

Já a Revisão de Processo Disciplinar nº 1.00475/2018-97 tratou de caso em que promotor proferiu, em grupo fechado de rede social, críticas contundentes a afastamentos remunerados de membros do Ministério Público para concorrer a cargos políticos. Na hipótese, o conselheiro relator destacou que “o exercício do direito de crítica pode até ser considerado injusto por quem o recebe, mas quando não guarda sentido calunioso, difamatório ou injurioso, e sim a expressão mais livre do pensamento humano, não pode ser censurado nem perseguido” (BRASIL, 2018b). Em razão da posição preferencial da liberdade de expressão, o CNMP absolveu o promotor acusado, em decisão assim ementada:

REVISÃO DE PROCESSO DISCIPLINAR MEMBRO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO. MANIFESTAÇÃO PUBLICADA EM GRUPO FECHADO NA REDE SOCIAL FACEBOOK. PEDIDO DE MODIFICAÇÃO DE DECISÃO CONDENATÓRIA PROFERIDA PELO ÓRGÃO ESPECIAL DO COLÉGIO DE PROCURADORES DE JUSTIÇA. EXERCÍCIO DO DIREITO CONSTITUCIONAL DE CRÍTICA. MANIFESTAÇÃO ALBERGADA PELA LIBERDADE DE EXPRESSÃO. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO PARA MODIFICAR A DECISÃO CONDENATÓRIA E ABSOLVER O PROMOTOR DE JUSTIÇA. (id., 2018b)

No mesmo sentido, o Plenário do CNMP, na Revisão de Processo Disciplinar nº 1.00098/2018-03 (id., 2018a), absolveu promotor da penalidade de advertência aplicada por Ministério Público estadual. No caso, o promotor teria se manifestado, em sua rede social, de forma ofensiva aos integrantes do órgão Especial do Colégio de Procuradores. O julgado restou ementado:

REVISÃO DE PROCESSO DISCIPLINAR. MEMBRO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO. SUPOSTAS OFENSAS PROFERIDAS NA REDE SOCIAL FACEBOOK AOS INTEGRANTES DO ÓRGÃO ESPECIAL DO COLÉGIO DE PROCURADORES DO MP/SP. REGIME JURÍDICO DIFERENCIADO APLICADO AOS MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO BRASILEIRO. "POSIÇÃO PREFERENCIAL" OCUPADA PELA LIBERDADE DE EXPRESSÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO. PONDERAÇÃO DE VALORES CONSTITUCIONAIS. VOTO PELA PROCEDÊNCIA DO PEDIDO DE REVISÃO PARA ABSOLVER ARAÚJO DA PENALIDADE DE ADVERTÊNCIA APLICADA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO. (ibid.)

A seu turno, no PAD nº 1.00479/2018-01, o CNMP aplicou duas sanções de censura à promotora de justiça, que exarou em suas redes sociais manifestação ofensiva ao Supremo Tribunal Federal e ao Congresso Nacional, incitando atos de coação e violência, inclusive por

meio de força militar. Na decisão, o conselheiro relator destacou que todo excesso de linguagem que atenta contra o prestígio da justiça e das instituições da república, independentemente de ter sido proferido “no exercício do cargo ou não, vale dizer, na vida pública ou privada, é passível de ser punido disciplinarmente”, eis que “o desprestígio causado ao MP e à dignidade da função não se dá apenas no momento em que o membro está oficiando” (BRASIL, 2018c), *in verbis*:

PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. MANIFESTAÇÕES EM REDE SOCIAL. EXCESSOS VERIFICADOS NAS HIPÓTESES. INSTIGAÇÃO DE VIOLÊNCIA CONTRA O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. UTILIZAÇÃO DE PALAVRAS DEPRECIATIVAS DIRECIONADAS A MINISTROS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. VIOLAÇÃO DE DEVERES FUNCIONAIS. CONDENAÇÃO. CENSURA. PROCEDENCIA. (...) O membro não se despe da função de promotor quando externa qualquer opinião ou quando em sua vida privada comete qualquer conduta inadequada. O membro do Ministério Público, manifestando-se em processos ou na vida privada, sempre deve zelar pelo prestígio da Justiça, por suas prerrogativas e pela dignidade de suas funções. (...) Portanto, manter a conduta particular ilibada é a antítese do conteúdo das postagens realizadas pela requerida, quando incita práticas violentas (pela via militar) contra o Supremo Tribunal Federal, tratando de forma desrespeitosa, publicamente, parte dos seus Ministros, de quem afirma pretender a tomada das togas pela coação. (ibid.)

Em outro caso, o Corregedor Nacional do Ministério Público, mediante a Portaria CNMP-CN nº 79, de 13 de março de 2018, determinou a instauração de Processo Administrativo Disciplinar em face de procurador de justiça que, entre outras manifestações, teria afirmado em sua página pessoal do *Facebook* que o, então, Presidente da República foi “*inconsequente e calunioso ao insinuar recebimento de valores por parte do PGR*”. No caso, o Corregedor Nacional determinou a instauração de PAD por verificar a ocorrência de infração disciplinar por violação ao dever legal previsto no artigo 236, X (guardar decore pessoal), que poderia ensejar a aplicação da sanção disciplinar de censura, nos termos do artigo 240, inciso II, ambos da Lei Complementar nº 75/1993 (Lei Orgânica do Ministério Público da União).

Ainda, mediante a portaria CNMP-CN 0106, de 9 de abril de 2018, o Corregedor Nacional de Justiça determinou a instauração de processo administrativo disciplinar em desfavor de procurador de justiça que, ao final de seu discurso em evento oficial proclamou a expressão “FORA TEMER”. Nos termos da portaria, “ao assim proceder, o processado deixou de observar o dever legal de guardar decore pessoal e de manter conduta pública

ilíbada, atentando contra a dignidade de suas relevantes funções e o prestígio do Ministério Público”, o que poderia ensejar a sanção de advertência.

Por fim, no PAD nº 1.00898/2018-99, relativo à instauração de processo disciplinar para apurar eventual excesso em manifestação de membro do MP, o conselheiro Valter Shuenquener de Araújo destacou que é preciso identificar, com cautela, quando uma manifestação é excessiva para que eventual vulgarização não acarrete uma indevida e indireta censura, *in verbis*:

o Direito brasileiro vive um novo desafio sem precedentes e sem qualquer jurisprudência consolidada, seja no território nacional ou nas cortes estrangeiras. O desafio é o de saber, diante do contexto tecnológico contemporâneo, quando uma manifestação de vasto alcance e repercussão de um membro do Ministério Público é ofensiva a uma instituição ou a autoridades estatais, de modo a justificar a aplicação de uma sanção disciplinar, e sem que isso represente um indevido e indireto cerceamento da liberdade de expressão que a todos deve ser assegurada. (PAD nº 1.00898/2018-99, rel. Cons. Luiz Fernando Bandeira de Mello Filho, data do julgamento: 23/04/2019) (BRASIL, 2019)

Com efeito, dos julgados colacionados é possível concluir que o CNMP, sem determinar a censura da manifestação, tece uma avaliação crítica do conteúdo das manifestações dos acusados, averiguando a presença de excesso ou abuso do direito à liberdade de expressão. Somente nos casos em que a manifestação, externada no exercício do cargo ou em redes sociais, contraria frontalmente os deveres funcionais ou os valores institucionais do Ministério Público é que se instaura o procedimento disciplinar e se pune. Nesse sentido, ressalte-se que a manifestação apurada pelo CNMP pode surgir tanto em ocasiões em que o membro do *parquet* atua em nome da instituição, quanto em situações da vida privada, como é o caso de manifestações em redes sociais, em que o indivíduo nem sempre está agindo em função do exercício do cargo.

6 A LIBERDADE DE EXPRESSÃO DE MEMBROS DO MP E MAGISTRADOS NO DIREITO COMPARADO

São inúmeros os instrumentos internacionais que fixam os limites e alcances do exercício da liberdade de expressão por funcionários públicos e membros do Ministério Público. A Comissão Interamericana de Direitos Humanos, no “Marco jurídico interamericano sobre o direito à liberdade de expressão” (CIDH, 2009), por exemplo, ressalta

que as manifestações exaradas por funcionários públicos estão submetidas a certas restrições, em razão das funções desempenhadas. A Corte Interamericana, por sua vez, aponta que estes agentes devem exercer seu direito à liberdade de expressão “com uma diligência ainda maior do que a empregada pelos particulares, em atenção ao alto grau de credibilidade de que gozam e cuidando de evitar que os cidadãos recebam uma versão manipulada dos fatos” (CORTE IDH, 2008). Nesse sentido, o Marco Jurídico Interamericano, aprovado pela Comissão Interamericana, estabelece os seguintes parâmetros para o exercício desse direito por agentes públicos:

Pelas obrigações estatais de garantia, respeito e promoção dos direitos humanos, é dever dos funcionários públicos assegurar-se de que ao exercerem sua liberdade de expressão, não estejam causando a violação de direitos fundamentais. Nas palavras da Corte Interamericana, “devem considerar que, na condição de funcionários públicos, têm uma posição de garante dos direitos humanos fundamentais das pessoas, e, por isso, suas declarações não podem chegar a desconhecer esses direitos”. Como consequência, os funcionários públicos não podem, por exemplo, violar o princípio de presunção de inocência ao imputarem a meios de comunicação ou jornalistas delitos que ainda não foram investigados e definidos judicialmente.

(...) Os funcionários públicos também têm o dever de assegurar-se de que com os seus pronunciamentos não estão lesando os direitos daqueles que contribuem para a deliberação pública mediante a expressão e difusão do seu pensamento, tais como os jornalistas e os meios de comunicação. A esse respeito, a Corte Interamericana indicou que os funcionários públicos devem prestar atenção ao contexto no qual se expressam, para assegurar-se de que suas expressões não constituam “formas de ingerência direta ou indireta, ou pressão lesiva aos direitos daqueles que pretendem contribuir para a deliberação pública mediante a expressão e a difusão de seu pensamento”. Esse dever dos funcionários públicos se acentua em situações nas quais ocorrem “conflitualidade social, alterações da ordem pública ou polarização social ou política” em função dos “riscos que podem implicar para determinadas pessoas ou grupos em um dado momento”.

(...) Por último, os funcionários públicos têm o dever de garantir que no exercício de sua liberdade de expressão, não estarão interferindo no adequado funcionamento das demais autoridades em prejuízo dos direitos das pessoas, em particular na autonomia e na independência judicial. Para a Corte Interamericana, “os funcionários públicos, em especial as mais altas autoridades de governo, devem ser particularmente cuidadosos de modo que as suas declarações públicas não constituam uma forma de ingerência ou pressão lesiva da independência judicial, ou possam induzir ou sugerir ações por parte de outras autoridades que violem a independência ou prejudiquem a liberdade daquele que julga”, posto que isso prejudicaria os direitos correlatos a tal independência, dos quais os cidadãos são titulares. (CIDH, 2009)

Nessa mesma linha, a Organização das Nações Unidas, em 1990, aprovou recomendações para a atuação de promotores de justiça, nas quais enfatiza que:

promotores de justiça, como outros cidadãos, têm direito à liberdade de expressão, crença, associação e reunião”, bem como o direito a “participar de discussões públicas sobre questões relativas à lei, administração da justiça e promoção e

proteção dos direitos humanos, e de se filiar ou formar organizações locais, nacionais ou internacionais e participar de suas reuniões. (ONU, 1990)

No exercício desses direitos, todavia, a recomendação aponta que os promotores devem sempre “se comportar de acordo com a lei e os padrões reconhecidos e a ética de sua profissão” (ibid.).

O Conselho da Europa, por sua vez, editou a Recomendação nº 19/2000, relativa às garantias dos membros do Ministério Público no exercício de suas atividades. No documento, o referido órgão assevera que “os Estados também devem assegurar que os promotores públicos gozem de um efetivo direito à liberdade de expressão, crença, associação e reunião”. Ressalta, nesse sentido, que estes agentes têm o direito de participar de qualquer debate público sobre questões relacionadas à lei, à administração da justiça e a promoção e proteção dos direitos humanos. Todavia, a liberdade de expressão pode ser objeto de restrições previstas em lei, que sejam “absolutamente necessárias para garantir o papel estatutário do Ministério Público” (CONSELHO DA EUROPA, 2000).

Finalmente, a Comissão Internacional de Juristas (*International Commission of Jurists* – ICJ), organização internacional voltada à proteção de direitos humanos, editou extensa lista de recomendações sobre a liberdade de expressão de juízes e membros do Ministério Público. A Comissão ressalta que as restrições à liberdade de expressão desses agentes devem estar “especificamente relacionadas às suas funções judiciais”. Ademais, afirma que juízes e promotores desempenham papéis especiais como órgãos do Estado e estão sujeitos a exigências de “imparcialidade e independência, a fim de respeitar e dar efeito aos direitos humanos”. Em relação a manifestações políticas, o documento destaca:

(...) O isolamento total da comunidade e da sociedade não é realista nem exigido aos juízes e procuradores, nem seria desejável em qualquer caso, uma vez que a administração da justiça, embora baseada na lei e nas provas deve ser informada pela conscientização e engajamento com a comunidade e a sociedade. (...) comentários em questões político-partidárias podem gerar uma percepção de falta de independência em relação ao governo e a outros órgãos políticos da sociedade, ou mesmo de falta de imparcialidade. (...) juízes e promotores devem ser particularmente cautelosos no exercício dessas liberdades em relação a questões político-partidárias, e os judiciários e órgãos profissionais têm um escopo relativamente amplo para decretar restrições neste campo. (...) Por outro lado, o direito internacional (...) reconhece a importância particular de os juízes (e promotores públicos) poderem exercer suas liberdades de expressão, associação e reunião para tratar de assuntos relativos a ameaças à independência do judiciário; ameaças à integridade judicial; aspectos fundamentais da administração da justiça; (...) direitos humanos e liberdades fundamentais universalmente reconhecidos e o estado de direito. Como tal, há um escopo muito limitado para qualquer autoridade restringir o exercício dessas liberdades para esses

propósitos, ou para impor consequências disciplinares ou outras consequências. (COMISSÃO INTERNACIONAL DE JURISTAS – CIJ, 2019)

As citadas recomendações podem oferecer interessantes métodos de interpretação do direito fundamental à livre expressão de membros do MP brasileiro. O Direito Constitucional não pode ser hermético às influências do Direito Internacional. Nesse prisma, dos documentos colacionados, é possível concluir que a liberdade de expressão só deve ser restringida por ato estatal com fundamento de validade constitucional para impor restrições aos membros do MP e em casos necessários à proteção de valores ínsitos à função exercida por membros do Ministério Público. Nessa perspectiva, leis e resoluções do Conselho Nacional do Ministério Público podem apresentar diretrizes e exemplos de manifestações capazes de gerar sanções ou responsabilidade civil.

Em tempos de internet, redes sociais e plataformas digitais em que, pela primeira vez na história mundial, a quantidade dos que falam se equivale à dos que ouvem, a liberdade de expressão continua a merecer uma robusta proteção, como direito fundamental para a subsistência da democracia. Por outro lado, há um elevado incremento na responsabilidade do agente público que dirige seu discurso para as multidões. Por isso é que Jack Balkin acertadamente destaca que “a revolução digital coloca a liberdade de expressão sob uma nova luz”, mas sem abandonar o seu crucial papel de promover uma cultura democrática (*to promote a democratic culture*) (BALKIN, 2004, p. 2-3).

7 CONCLUSÃO

A possibilidade de difusão de opiniões e de pontos de vista sobre temas de interesse público é essencial em um regime democrático. E essa premissa ganha relevância especialmente quando a manifestação se dá em tom crítico. Em virtude dos inúmeros golpes que a liberdade de expressão sofreu ao longo da história brasileira, a Constituição de 1988 consagrou uma posição preferencial (*preferred position*), que dificulta a imposição de restrições e consagra uma hierarquia axiológica em comparação com os demais direitos fundamentais.

A liberdade de expressão do membro do Ministério Público, porém, encontra-se delimitada pelos deveres funcionais desses agentes, especialmente os de manter conduta compatível com o exercício do cargo, de zelar pela dignidade da justiça e pelo prestígio de

suas funções, bem como de respeitar os membros do Ministério Público e de tratar com urbanidade os magistrados e demais agentes do meio jurídico. Uma vez que o MP representa uma “função essencial à justiça”, cuja responsabilidade alcança a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, mostra-se razoável que seus membros não se manifestem de forma desrespeitosa, ofensiva e atentatória à democracia ou aos direitos fundamentais.

De fato, manifestações públicas de membros do Ministério Público não devem se afastar dos vetores axiológicos e dos parâmetros éticos e jurídicos que regem a própria instituição. A crítica feita pelo membro do MP, de forma respeitosa, é válida, mas a ofensa gratuita, o insulto, o uso de palavras de baixo calão para se referir a instituições, o discurso do ódio, a injúria, a calúnia e difamação são formas de manifestação capazes de ensejar, exemplificadamente, sanções disciplinares e responsabilidade civil.

Deveras, a própria natureza da profissão demanda mais restrições ao discurso de promotores e procuradores em cotejo com o público em geral. Os deveres funcionais e a preservação da ética e reputação institucional exigem a preservação da confiança pública no *parquet*. É que o comportamento desse agente – mesmo em sua vida privada, quando não age no exercício das funções do cargo – pode afetar a imagem da instituição, consoante destacado em julgado do Conselho Nacional do Ministério Público (Reclamação Disciplinar nº 219/2016-83, CNMP, 2016a).

A possibilidade de o membro do Ministério Público fazer críticas, ainda que ácidas e veementes, deve ser assegurada pela sociedade e pelo Estado, mormente através dos órgãos de controle da atividade ministerial, e tais manifestações não devem gerar qualquer tipo de responsabilidade. Mas o mesmo não pode ser dito em relação a manifestações de membros que se revelem como uma desmedida agressão institucional, insulto, racismo ou como um autêntico discurso do ódio.

Com efeito, a liberdade de expressão, enquanto direito fundamental, não deve ser utilizada por membro do MP para afastar a proibição constitucional do exercício de atividade político-partidária ou para descumprir deveres funcionais essenciais ao exercício da profissão. Enquanto representante de uma instituição com prerrogativas e valores específicos, as manifestações de membro do *parquet* não devem desbordar dos próprios fundamentos e objetivos constitucionais dessa instituição na democracia brasileira. Assim, o reconhecimento de que o excesso pode acarretar sanções e responsabilidade civil ao membro do MP não

configura qualquer tipo de censura, nem aqui nem nas nações que mais prezam a liberdade de expressão e os direitos fundamentais no mundo.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.

ACCIOLY, Leonardo. Manifestações de membros do MP: liberdade de expressão x respeito ao cargo. *Consultor Jurídico*, [S.l.], 26 jan. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jan-26/leonardo-accioly-manifestacoes-publicas-membros-mp>. Acesso em: 7 mai. 2019.

ARAÚJO, Valter Shuenquener de. Hierarquização Axiológica de Princípios – relativização do princípio da dignidade da pessoa e o postulado da preservação do contrato social. *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, v. 55, p. 82-100, 2002. Disponível em: <https://pge.rj.gov.br/revista-de-direito/2002-volume-55>. Acesso em: 10 jul. 2020.

ARABI, Abhner Youssif Mota. As liberdades públicas e o Supremo: 30 anos de uma nova história constitucional. In: ARABI, Abhner Youssif Mota; MALUF, Fernando; MACHADO NETO, Marcello Lavanère (Coords.). *Constituição da República 30 anos depois. Uma análise prática da eficiência dos direitos fundamentais: Estudos em homenagem ao Ministro Luiz Fux*. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

BALKIN, Jack. Digital speech and democratic culture: a theory of freedom of expression for the information society. *New York University Law Review*, [s.l.], v. 7, n. 1, 2004.

BARBOSA, Rui. *República Teoria e Prática: textos doutrinários sobre direitos humanos e políticos consagrados na Primeira Constituição Republicana*. Petrópolis: Ed. Vozes, 1978.

BARROSO, Luís Roberto. Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. Critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa. *Revista de direito privado*, [s.l.], v. 18, p. 105-143, 2004.

BONAVIDES, Paulo. Os dois Ministérios Públicos: o da Constituição e o do Governo. In: MOURA JÚNIOR, Flávio Paixão et al. (Coords.). *Ministério Público e a ordem social justa*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 jul. 2020.

_____. *Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992*. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969.

Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm. Acesso em: 10 jul. 2020.

_____. *CNMP em ação: uma análise teórica da sua jurisprudência*. Brasília: Conselho Nacional do Ministério Público, 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *ADI 5.136 MC*. Rel.: Min. Gilmar Mendes, 30 de outubro de 2014b.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *ADPF 130*. Rel.: Min. Ayres Britto, 06 de novembro de 2009.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *ADPF 187*. Rel.: Min. Celso de Mello, 29 de maio de 2014a.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *AO 1.390*. Rel.: Min. Dias Toffoli, 30 de agosto de 2011.

_____. Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP). *Reclamação Disciplinar nº 219/2016-83*. Rel.: Corregedor Nacional do Ministério Público Cláudio Henrique Portela do Rego, 7 de junho de 2016a.

_____. Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP). *Processo Administrativo Disciplinar (PAD) nº 1.00283/2016-73*. Rel.: Cons. Orlando Rochadel Moreira, 21 de junho de 2016b.

_____. Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP). *Revisão de Processo Administrativo Disciplinar nº 1.00098/2018-03*. Rel.: Cons. Leonardo Accioly, 14 de agosto de 2018a.

_____. Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP). *Revisão de Processo Disciplinar nº 1.00475/2018-97*. Rel.: Cons. Silvio Roberto Oliveira de Amorim Junior, 11 de setembro de 2018b.

_____. Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP). *Processo Administrativo Disciplinar (PAD) nº 1.00479/2018-01*. Rel.: Cons. Leonardo Accioly da Silva, 23 de outubro de 2018c.

_____. Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP). *Processo Administrativo Disciplinar (PAD) nº 1.00425/2018-64*. Rel.: Cons. Leonardo Accioly da Silva, 18 de dezembro de 2018d.

_____. Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP). *Processo Administrativo Disciplinar (PAD) nº 1.00898/2018-99*. Rel.: Cons. Luiz Fernando Bandeira de Mello Filho, 23 de abril de 2019.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. *Direito de informação e liberdade de expressão*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

CALAMANDREI, Piero. *Eles, os juízes, vistos por nós, advogados*. Tradução por Ary dos Santos, Lisboa: Clássica, 1960.

COMISSÃO INTERNACIONAL DE JURISTAS – CIJ. “*Judges’ and Prosecutors’ Freedoms of Expression, Association and Peaceful Assembly*”, fev. 2019. Disponível em: <https://www.icj.org/wp-content/uploads/2019/02/Global-JudgesExpression-Advocacy-SRIJL-2019-Eng.pdf>. Acesso em: 5 mai. 2019.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CIDH). *Caso “Hugo Bustíos Saavedra”* (Relatório nº 38/97), 16 out. 1997.

_____. Relatoria Especial para a Liberdade de Expressão. *Marco Jurídico Interamericano sobre o Direito à liberdade de Expressão*, 30 dez. 2009.

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS (CEDH). *Caso “Lingens v. Austria”* (Ap. nº 9.815/82), sentença de 8 jul. 1986.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (Corte IDH). *Caso “Apitz Barbera e outros vs. Venezuela”* (Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas. Série C, nº. 182), sentença de 5 ago. 2008.

_____. *Opinião Consultativa OC-5/85*. Presidente: Thomas Buergenthal, 13 de novembro de 1985. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_05_esp.pdf. Acesso em: 13 jul. 2020.

CONSELHO DA EUROPA. *Recommandation Rec (2000)19, adoptée par le Comité des Ministres du Conseil de l’Europe le 6 octobre 2000*. Disponível em: <https://rm.coe.int/16804c4917>. Acesso em: 8 mai. 2019.

FARAH, André. *Liberdade de expressão e remoção de conteúdo da internet*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

FARIAS, Edilson Pereira de. *Liberdade de expressão e comunicação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

FISS, Owen. *A ironia da liberdade de expressão: Estado, regulação e diversidade na esfera pública*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

GARCIA, Emerson. A liberdade de expressão dos membros do Ministério Público. *Revista do Ministério Público*, [s.l.], n. 49, 2003.

GAROUPA, Nuno; GINSBURG, Tom. *Judicial reputation: a comparative theory*. University of Chicago Press, 2015.

GONÇALVES, Vitor Fernandes. O estatuto disciplinar dos membros do Ministério Público. *Boletim Científico*, [s.l.], n. 28 e 29, jul./dez. 2008.

HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1998.

MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. *Liberdade de expressão: Dimensões Constitucionais da Esfera Pública no Sistema Social*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

MAZZILLI, Hugo Nigro. Garantias constitucionais do Ministério Público. *Revista Justitia do Ministério Público do Estado de São Paulo*, São Paulo, n. 60, 1999.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). *Guidelines on the Role of Prosecutors*, 1990. Disponível em: <https://www.un.org/ruleoflaw/blog/document/guidelines-on-the-role-of-prosecutors/>. Acesso em: 13 jul. 2020.

POST, Robert. *Constitutional domains: democracy, community, management*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1995.

_____. A progressive perspective on freedom of speech. In.: BALKIN, Jack M.; SIEGEL. *The Constitution in 2020*. [S.l.]: [s.n.]. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/26694.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2020.

SARMENTO, Daniel. A liberdade de expressão e o problema do *hate speech*. *Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro: Renovar, n. 4, p. 53-106, 2006.

SCHAUER, Frederick. *Free Speech: A Philosophical Enquiry*. Cambridge University Press, 1982.

SEN, Amartya. *A Ideia de Justiça*. Coimbra: Almedina, 2012.

A COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL COMO FERRAMENTA DE COMBATE À
CORRUPÇÃO: A “OPERAÇÃO LAVA JATO” E O SEU LEGADO NO DIREITO
INTERNACIONAL

*INTERNATIONAL LEGAL COOPERATION AS A TOOL TO FIGHT CORRUPTION: THE
“LAVA JATO OPERATION” AND ITS LEGACY IN INTERNATIONAL LAW*

Rodolpho Freitas de Sousa;²⁶

Raphael Vieira da Fonseca Rocha.²⁷

Resumo: A temática proposta em questão encontra sua gênese em problemas a serem desenvolvidos durante o curso do estudo e pesquisa. Os questionamentos que ficam são: como a cooperação jurídica internacional contribui para o combate à corrupção; quais são os mecanismos dessa cooperação para o diálogo com outros ordenamentos jurídicos; a Operação Lava Jato está fazendo uso dessa cooperação; e, por fim, qual legado está sendo deixado com a cooperação dentro da Operação Lava Jato. Diante dessas inquietações, é possível lançar hipóteses que poderão orientar o leitor e guiá-lo ao melhor entendimento, restando hipóteses como: a cooperação jurídica internacional possibilita um maior engajamento de operações da Polícia Federal e atos jurídicos no âmbito internacional; os acordos entre o Brasil e diversos países já possibilitam o diálogo internacional; a Operação Lava Jato faz uso dessa cooperação para buscar dinheiro fruto de evasão de divisas e na procura de fugitivos da justiça brasileira; a Operação Lava Jato deixa um marco na justiça brasileira diante das mais recentes fases que desencadearam em processos envolvendo dinheiro público em associação à corrupção e à lavagem dele. Por isso, o debate acerca dos institutos da Cooperação Jurídica Internacional poderá ser de grande valia para entender acordos entre países, assistências mútuas e afins, uma vez que tais acordos serviram como pedra angular para ações deflagradas que coibiram atos criminosos frutos de corrupção. Desse modo, o presente trabalho perpassará pela análise de tratados internacionais, convenções e acordos bilaterais, trilhando caminho pelo exame dos institutos da Cooperação Jurídica Internacional, pelo estudo da gênese da Operação Lava Jato e, por fim, pela aplicabilidade dos institutos da Cooperação na referida operação. A metodologia a ser empregada para o desenvolvimento deste artigo será dedutiva, associada também à pesquisa bibliográfica legislativa, análise de tratados bilaterais do Brasil, legislação comparada, pesquisa documental e análise estatística. A pesquisa acerca da Operação Lava Jato se dará através de análise bibliográfica de processos pertinentes, dados disponíveis por órgãos oficiais e demais meios dedutivos.

²⁶ Formado em Direito pelo Centro Universitário Serra dos Órgãos (UNIFESO), Pós-graduando em Direito Internacional e Direitos Humanos pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-MG), advogado.

²⁷ Bacharel em Direito pela UFRJ. Mestre e Doutorando na linha de pesquisa em Direito Internacional pela UERJ. É professor do Centro Universitário Serra dos Órgãos (UNIFESO) e Advogado. Link do Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9013801581071031>.

Palavras-chave: Cooperação Jurídica Internacional. Auxílio-direto. Operação lava jato.

Abstract: The proposed topic finds its origin in problems addressed during the course of this research. The research will address questions like: Does the international legal cooperation contributes for the combat of the corruption?; What are the mechanisms of international legal cooperation that dialogs with other systems?; Is “Lava Jato” operation correctly using international legal mechanisms?; What is the legacy of operation “Lava Jato” to Brazilian legal system?; Based upon these questions, it is possible to launch some hypotheses that will be tested along the course of this research, such as: The international legal cooperation makes possible a serious commitment of Federal Police’ operations and legal acts at international level; Treaties between Brazil and several other countries already make possible this international dialog; The operation “Lava Jato” uses the treaties to find embezzled money and the criminals responsible to this fact; The operation “Lava Jato” leaves a landmark of the use of the treaties of international legal cooperation, once these agreements served a basis for set off actions that restricted criminal acts corruption results. That's why, the present article would have to go under analysis in International treaties in conventions and bilateral, analysis of the institutes of International legal cooperation, study of the commencement of the Operation “Lava Jato”, and finally, the applicability of the cooperation institutes in this subject. The methodology employed for the development of this research will be a deductive associate also with legislative bibliographical inquiry, analysis of bilateral treaties of Brazil, compared legislation, documentary inquiry and statistical analysis. The inquiry about Operation “Lava Jato” will be done by a bibliographical analysis of available suits open data of-official organisms and other deductive means.

Keywords: International legal cooperation. Mutual assistance. “Lava Jato” Operation.

1 INTRODUÇÃO

As intensas mudanças após o período entre guerras e posteriores à guerra fria culminaram em um mundo altamente globalizado, conectado e em ebulições constantes de temas que se tornam atuais e merecem discussão, seja pelo ordenamento jurídico de determinado país, seja pela comunidade internacional.

Fato é que as fronteiras constituídas na formação dos estados modernos parecem perder cada vez mais força, o modelo geopolítico do mundo tem sofrido mutações e conseqüentemente o ordenamento jurídico tende a acompanhar. Na medida em que os países se interligam aos modernos meios de comunicação, torna-se cada vez mais cintilante a necessidade da cooperação entre Estados soberanos, principalmente no que tange à problemática jurídica.

Já não é mais possível um ataque terrorista a milhares de quilômetros de distância passar despercebido ante vários países, já não é mais possível uma mera empatia com conflitos internacionais, pois, graças a essa potência de relações e, os países encontram-se cada vez mais conectados.

As empreitadas jurídicas de cada nação, caso não existam pontes internas e externas capazes de encontrar uma solução para a lide, acabam por se tornarem ilhas isoladas. É por essa razão que a cooperação diplomática vem evoluindo para uma cooperação jurídica internacional, cooperação essa que, usando das atribuições de cada nação, vem criar mecanismos úteis para a plena eficácia da jurisdição local e também fazer valer a justiça em união com diversos órgãos de diferentes países.

O presente trabalho se torna atual em ansiar pela busca de respostas que apresentarão os bastidores do combate à corrupção no Brasil pela ótica da cooperação jurídica internacional, mecanismo fundamental não apenas pela busca da justiça e validação da cidadania, mas também como meio de estreitar laços diplomáticos em mútua colaboração com outros Estados soberanos.

Analisaremos a aplicação dos institutos da cooperação jurídica internacional dentro de uma das maiores operações jurídico-policiais da atualidade brasileira, a “Operação Lava Jato”, com o intuito de desenvolver a aplicação de institutos tão importantes e demonstrar os resultados obtidos por meio da cooperação no combate a crimes de colarinho branco envolvendo políticos, doleiros, partidos, empresários brasileiros e de outras nacionalidades.

Buscaremos apresentar na Seção 1 o conceito e os institutos da cooperação jurídica internacional comendo-os com a visão da mais douda doutrina acerca do tema e também pela visão prática do Ministério Público Federal e do Ministério da Justiça, entre outros órgãos e instituições ligadas ao funcionamento dos meios de cooperação.

No desenvolver da Seção 2, analisaremos a evolução jurídico-histórica da legislação internacional que rege o combate à corrupção, tal como a Convenção de Mérida e outras convenções e tratados que inspiraram o Brasil a buscar a sua participação e a criar uma ampla rede legislativa e um papel participativo em comunhão com outros países no combate dos chamados crimes de colarinho branco.

A Seção 3 abordará o que é a Operação Lava Jato, como ela tem se desenvolvido e apresentará a legislação pátria moldada para incorporar as inspirações advindas dos Tratados e Convenções Internacionais no combate à corrupção e a outras modalidades e tipificações

em paralelo ao crime de corrupção e lavagem de dinheiro, dentre os quais apresentaremos e trataremos da Lei 12.846 de 2013, a “Lei anticorrupção”.

Já na 4ª e última Seção, analisaremos a aplicabilidade dos institutos da cooperação jurídica internacional pela Operação Lava Jato e de que forma esses institutos estão contribuindo para resultados efetivos da Operação.

O presente artigo utiliza-se de metodologia dedutiva, com base em estudo bibliográfico documental cujas fontes variam em artigos de doutrinadores na seara do Direito Civil, Direito Penal, Direito Internacional e Direito Processual Civil e Penal, manuais do Ministério Público Federal, informações disponibilizadas pelo Ministério da Justiça e revistas jurídicas, tal como leis, convenções e tratados internacionais.

2 A COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL: CONCEITOS E INSTITUTOS

O instituto da Cooperação Jurídica em âmbito internacional se dá sob o pretexto de viabilizar e criar pontes de diálogo entre Estados no que tange à necessidade de comunicação de jurisdições. A comunicação e a colaboração entre Estados soberanos, nesse aspecto, é uma necessidade do movimento de transconstitucionalismo, isto é, uma necessidade contemporânea para as mais diferentes colaborações em pluralidades de matérias (HISSA; BARBOSA, 2016, p. 288).

Nesse compasso, é possível dizer que existe um processo de internacionalização por meio de tratados e convenções que versam sobre temas em comum como lavagem de dinheiro, crime organizado e corrupção, desembocando em uma diminuição da importância burocrática de diferenças e ressaltando o entendimento na formalização de pedidos de assistência mútua (BECHARA; SMANIO; GIRARDI, 2019, p. 730). Somada às problemáticas contemporâneas que não conhecem fronteiras e muitas vezes tornam-se igualmente desenvolvidas em vários Estados através de diversas faces, por exemplo, temáticas referentes aos crimes de corrupção, pois a cooperação entre Estados, para fazer valer suas próprias leis, é vital para a manutenção de uma ordem legal efetiva.

Nesse ponto, a cooperação jurídica internacional é “instrumento por meio do qual um Estado, para fins de procedimento no âmbito da sua jurisdição, solicita outro Estado medidas administrativas ou judiciais” (BRASIL, 2014, p. 7). É, portanto, um mecanismo para que países possam exercer um auxílio mútuo em suas atribuições jurisdicionais – aqui há de se

falar em um meio pelo qual o próprio Direito encontra caminhos para acompanhar um intenso processo de globalização em todas as áreas abarcadas pelo Estado, tais como pessoas, informações, serviços e principalmente capital.

Nesse entendimento, serve a cooperação como meio legal de resolução de problemáticas frente a uma diversidade de jurisdições, uma vez que “é possível que o processo em curso necessite de diligências a serem realizadas fora dos limites territoriais do país em que tramita o processo que exijam que a decisão proferida em uma jurisdição produza efeitos em outra” (DOLINGER; TIBURCIO, 2017, p. 613).

A terminologia ora apresentada como Cooperação Jurídica Internacional, já enraizada e consagrada como tal (BARROSO; TIBURCIO, 2006, p. 797-810), encontra ainda maior sentido ao vislumbrarmos que tal cooperação transborda das meras atuações jurisdicionais e abraça também as atuações administrativas dos próprios Estados por meio do contato entre seus entes (ARAUJO, 2013, p. 2).

Historicamente, Toffoli e Cestari citam os estudos de Kimberly Prost que revelam um dos remanescentes do ato de cooperação ainda no antigo Egito no ano de 1280 a.C, quando Ramsés II celebra um dos primeiros instrumentos cooperativos ao permitir o retorno extradicional de criminosos em um tratado de paz celebrado com o povo Hitita (TOFFOLI; CESTARI, 2009, p. 6). Posteriormente, por muito se considerou a extradição como instrumento corriqueiro mais utilizado de cooperação jurídica internacional, haja vista que, partindo do princípio de prevenção de crimes, a extradição serviria para diminuir a impunidade e inibir de modo psicológico possíveis infratores (ALLI; MONTEIRO, 2018, p. 6).

Em tempos atuais e no panorama nacional, dentro de nosso ordenamento pátrio, a Constituição Federal de 1988, ora vigente, consagra a cooperação jurídica internacional no artigo 4º, inciso IX, através do princípio norteador da cooperação entre os povos para culminar no progresso da humanidade. A própria Carta Magna apresenta meios de cooperação dentro de seu texto, tais como pedidos de extradição (art. 102, I, “G”, CF), homologação de sentenças estrangeiras (art. 105, I, “I”, CF) e cartas rogatórias (art. 109, X, CF). A previsão desses mecanismos também está expressa no Novo Código de Processo Civil, por exemplo, em seu artigo 36. Contudo, não há de se falar em lei específica para a Cooperação em si.

As modalidades para essa cooperação entre Estados podem ser divididas em três pontos, a título de melhor elucidação pedagógica, sendo eles: cartas rogatórias, homologação de sentença estrangeira e auxílio direto.²⁸ A posição do Estado brasileiro mudará conforme sua atuação dentro da cooperação. Sendo o Brasil quem solicita a cooperação a um país estrangeiro, essa será denominada como uma cooperação ativa, todavia, quando o Estado estrangeiro realiza tais solicitações ao Brasil, essa será uma cooperação passiva (BRASIL, 2014, p. 7).

Destarte, frisa-se que os meios de Cooperação presentes no Código de Processo Civil deverão reger-se, segundo Alexandre Câmara, sob a:

Observância ao devido processo legal no Estado requerente, (art. 26, I, CPC); a igualdade de tratamento entre nacionais e estrangeiros, residentes ou não no Brasil, em relação ao acesso à justiça e à tramitação dos processos, assegurando-se assistência jurídica aos necessitados (art. 26,II, CPC); a publicidade processual, exceto nas hipóteses de sigilo previstas na legislação brasileira ou na do Estado requerente (art. 26,III, CPC); a existência de autoridade central para designação específica do tratado – o Ministério da Justiça (art. 26, § 4º, CPC); a espontaneidade na transmissão de informações e autoridades estrangeiras (art. 26, V, CPC). (2016, p. 46)

A cooperação dar-se-á através de matéria penal ou de matéria civil pelas modalidades já supracitadas.²⁹ Para tanto, as bases jurídicas para uma cooperação, além dos dispostos no ordenamento brasileiro tais como a própria Constituição Federal e o Código de Processo Civil, poderá advir o exercício pelos Estados em razão de acordos bilaterais, tratados regionais e multilaterais, além da própria reciprocidade³⁰ (BRASIL, 2014, p. 8).

Nessa seara, sendo o tratado um “acordo formal onde se exprime, com precisão, em determinado momento histórico, seu teor de contornos bem definidos” (REZEK, 2014, p. 40), e segundo a Congresso de Viena sobre o Direito dos Tratados em seu artigo 2º, 1, “a”:
“‘Tratado’ significa um acordo internacional concluído por escrito entre Estados e regido pelo Direito Internacional, quer conste de um instrumento único, quer de dois ou mais instrumentos conexos, qualquer que seja sua denominação específica”, a cooperação advinda

²⁸ O presente trabalho apresentará os conceitos das cartas rogatórias, homologação de sentença e auxílio direto, contudo, se aterá mais no auxílio direto em consequência de sua ligação íntima como ferramenta de combate à corrupção.

²⁹ Há de se explorar mais a Cooperação Jurídica Internacional no âmbito penal quanto ao auxílio direto em razão dos objetivos do presente tema.

³⁰ Entende por reciprocidade um princípio onde “um Estado somente aplicaria o direito de um Estado estrangeiro se este estivesse também aberto a aplicar direito de outros Estados” (JUBILUT; MÔNACO, 2012, p. 84).

desse acordo formal tomará legitimidade ante a figura de uma autoridade central responsável pela cooperação. No Brasil essa autoridade é exercida pelo Ministério da Justiça, através do Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional (DRCI) e da Secretaria Nacional de Justiça e Cidadania (DRCI/SNJ), conforme Artigo 12, Anexo I do Decreto nº 9.360 de 07 de maio de 2018, cuja competência é de análise e tramitação de pedidos de extradição e transferência de pessoas condenadas, já o DRCI é responsável pela análise e tramitação da pluralidade de pedidos com base na Cooperação.

A cooperação poderá se realizar por meio das cartas rogatórias, conhecidas como meio tradicional e antigo de cooperação entre Estados no modo específico de interação entre as Jurisdições interessadas. Sendo a carta rogatória um meio comum para comunicações processuais, ela deverá respeitar elementos previstos no art. 961 do CPC, tal como homologação ou concessão do “exequatur”, cuja competência, hoje, recai sobre o STJ, mesmo após ter havido muitas discussões que abarcaram o próprio STF no que diz respeito às competências e constitucionalidade da expedição (DOLINGER; TIBURCIO, 2017, p. 614). Em se tratando de um pedido formulado pelo Brasil para um Estado estrangeiro (como já dito, chama-se cooperação ativa), o mesmo será encaminhado para a autoridade central brasileira e só então haverá de ser encaminhado ao Estado estrangeiro, conforme disposto no art. 37 do CPC, respeitando o disposto sobre a tradução dos documentos expresso no art. 38 do mesmo Código. Quanto ao pedido passivo, cabe ressaltar a possibilidade de sua recusa em se tratando de uma ofensa à ordem pública brasileira, conforme disposto no artigo 39 do mesmo Código processualístico (CÂMARA, 2016, p. 48).

Noutro giro, como complementar aos propósitos da carta rogatória, mas também sendo mecanismo e instituto dentro da Cooperação Jurídica Internacional, reconhece a homologação da sentença estrangeira. Com competência fixada pela Constituição Federal ao STJ pelo artigo 105, I, “i”, a homologação de sentenças estrangeiras ganha destaque no plano nacional, já que em outros países como Alemanha, França, Canadá, Suíça e Itália a decisão de homologação cabe a juízes de 1ª instância. O CPC em seu artigo 963 enumerou requisitos para a homologação (DOLINGER; TIBURCIO, op. cit., p. 624).

O instrumento de homologação, embora não tão quisto como as cartas rogatórias, constitui um meio vultoso para dar eficácia às cooperações. Cabe realçar medidas como a introduzida pela Resolução nº 9/2005 do STJ, que permitiu a tutela de urgência na homologação de sentenças estrangeiras, repetida pelo art. 216-G do Regimento interno da

mesma Corte. Destarte, o Código de Processo Civil, em uma de suas inovações, também prevê que em certas leis e/ou tratados seja possível dispensar algumas modalidades de sentença na concessão do “exequatur” (DOLINGER; TIBURCIO, 2017, p. 626).

O terceiro meio de Cooperação é o auxílio direto, meio esse envolto em inúmeras possibilidades e muito utilizado atualmente nos enfrentamentos judiciais e administrativos no combate à prática de crimes mais robustos, tratado intensamente na Cooperação Jurídica Internacional em matéria penal.

O auxílio direto é meio mais recente utilizado na cooperação entre os Estados soberanos. Nessa senda, o pedido poderá ser feito ao magistrado de primeira instância sem deliberações mais burocráticas de juízo prévio do STJ, sendo a autoridade central responsável pela tramitação desses pedidos (HISSA; BARBOSA, 2016, p. 290). A priori, a autoridade central brasileira responsável pela tramitação em auxílio direto será o Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional da Secretaria Nacional de Justiça. Destacam-se como diferenças entre o auxílio direto e os demais institutos ligados a cooperação, “o direito aplicável e a origem da decisão que enseja o pedido” (DOLLINGER; TIBURCIO, op. cit., p. 629).

No que diz a jurisprudência da Suprema Corte do país em decisões monocráticas, entende-se que tratados também podem estabelecer o auxílio direto entre os Estados, ou seja, não se residirá apenas em diplomas legais nacionais o nascedouro de um auxílio, mas também haverá de reconhecer Tratados, isto é, expressão de vontades entre Estados soberanos como fonte capaz de fazer criar o auxílio entre as partes³¹. Observa, nesse sentido, o disposto no artigo 13 do Código de Processo Civil que prevê a possibilidade de disposições específicas em tratados, convenções e acordos internacionais em que o Brasil seja parte de exercer jurisdição civil, além das normas processuais brasileiras.

Ademais, destaca-se como meio para obtenção de auxílio, além de tratados, a ação do Estado brasileiro para receber um regime de reciprocidade, uma vez que é pela porta da reciprocidade que o auxílio direto vem sendo um meio mais célere de Cooperação. Costumeiramente, por meios judiciais e administrativos conseguem encontrar caminhos para apressurar os meios de Cooperação tradicionais tendo em vista a morosidade por suas implicações protocolares (ARAUJO, 2013, p. 13).

³¹ Para compreender melhor, vide: STF, DJU 12.12.2004, CR 10.922, Rel. Min. Maurício Corrêa; STJ, DJe 19.12.2011, HC 147.375/RJ, Rel. Min. Jorge Mussi e artigo 13 do Código de Processo Civil.

Em se tratando de auxílio direto em matéria penal, que em razão de sua importância no combate à corrupção vale trazer à baila, ressalta-se a preocupação internacional no que tange ao combate à corrupção ganhou força e está presente em dispositivos legais internacionais que serão tratados mais adiante, entretanto, por si só já revelam a extrema importância do diálogo entre Estados soberanos. Isso se dá para que, administrativa e judicialmente, possam romper barreiras inerentes às suas condições quanto à soberania e encontrem na Cooperação uma estrada segura e eficaz no combate ao crime em geral, principalmente aos crimes que usurpam os cofres públicos.

Esgotados os mecanismos clássicos de cooperação no que diz respeito a sua eficiência em determinados quadros particulares, o auxílio direto apresenta-se como um mecanismo mais arrojado capaz de contribuir com medidas como a comunicação de atos processuais, oitiva de testemunhas, quebra de sigilo bancário, sequestro de bens, repatriação de bens ou valores enviados ao exterior de forma ilícita (BRASIL, 2014, p. 21). Em suma, é um meio capaz de enfrentar as estruturas mais complexas ligadas aos crimes de colarinho branco.

3 EVOLUÇÃO: CONVENÇÃO DE MÉRIDA E DEMAIS CONVENÇÕES INTERNACIONAIS

O avanço do processo de globalização tem tornado mais nítida a perda dos poderes fronteiriços entre as nações, por haver cada vez mais a criação de uma consciência em nível global através de cooperações entre Estados, e a tendência ao isolamento tem sido menor conforme o passar dos anos. Nesse mesmo compasso, os desafios internos de cada país têm tomado proporções maiores a ponto de extravasar suas fronteiras e, conseqüentemente, requerer auxílio de mecanismos capazes de um trabalho conjunto.

Dessa forma, uma ação conjunta para a recuperação de ativos torna-se cada vez mais necessária, visto que sua recuperação é elemento essencial de combate à corrupção que reestabelece o “status quo” ante do Estado lesado pelo ato (CHAVES; OLIVEIRA, 2019, p. 2014).

A participação do Brasil em normas internacionais na forma de Tratado, sendo de forma bilateral, ou não, consegue exprimir não apenas a preocupação da comunidade internacional no que tange essa temática, mas também como esforços que entram diretamente em vigor perante o ordenamento jurídico pátrio. O Tratado, sendo um acordo formal e dotado de “animus contrahendi”, produz efeitos obrigacionais entre as partes

concordantes, culminando em acordo formal entre os Estados, que é o ato jurídico que, ao produzir a norma, produz efeitos de direito, gerando obrigações e prerrogativas (REZEK, 2014, p. 42).

Não obstante, cabe ressaltar que a participação do Brasil em Tratados e Convenções parte da sua internalização no direito brasileiro, e isso se dá nos seguintes moldes: primeiramente com a negociação das partes e a assinatura do texto final, cumprindo o disposto no que se refere ao papel do Presidente da República, no art. 84, VII da Constituição Federal e do Congresso Nacional no art. 84, VIII da mesma Carta Magna; aprovação pelo Congresso nos termos do art. 49, I da Constituição Federal; ratificação pelo Chefe do poder Executivo ou adesão onde seus efeitos equivalem aos de ratificação e por fim a promulgação e publicação (DOLINGER; TIBURCIO, 2017, p. 59).

A Cooperação jurídica internacional é exercida sob vastos campos férteis que servem como base primeira para acordos bilaterais, tratados regionais e multilaterais, além de ações com base na promessa de reciprocidade junto a alguns países com os quais o Brasil possui acordo. Por meio desses instrumentos internacionais o Brasil adquire o direito da solicitação de cooperação aos outros Estados Partes e também se compromete a conceder pedidos oriundos desses mesmos países (BRASIL, 2014, p. 8).

Os diplomas internacionais e a própria atuação de convenções e tratados bilaterais, cujas temáticas de corrupção são tomadas como meio para debater seu enfrentamento, são, logo, extremamente felizes e necessários, visto o atual cenário contemporâneo de um direito muito mais amplo do que as bordas fronteiriças. Ao tratar de corrupção em um conceito mais amplo do que o da esfera criminal, entende-se a gravidade que atinge não apenas um Estado soberano específico, mas uma coletividade. Discorre Adétrio Pilartes H. Miguel:

Considera-se a corrupção como um fenômeno social que atinge, hoje em dia, foros de verdadeira calamidade nacional e internacional e mina a economia dos Países, mesmo os mais desenvolvidos, e perturba o desenvolvimento sustentado e o Estado de direito. (2016, p. 85)

A necessidade de uma participação internacional regida por diplomas legais de meios diplomáticos bilaterais ou em forma de convenção se dá uma vez que o controle e o combate contra a corrupção é tarefa árdua, dada as dificuldades existentes com obstáculos ainda maiores quando as ações envolvem não apenas um reduzido número de funcionários, mas uma rede institucional de atores (ibid., p. 86). A mutabilidade dos conceitos de corrupção

demonstra a rápida difusão dessas práticas em ambientes cada vez mais diversificados e em cadeias mais complexas, que necessitarão de um tratamento merecedor dentro dos diálogos em convenções, tratados e acordos bilaterais. Guilherme de Souza Nucci esclarece acerca dessas novas ambientações ao entender que:

A corrupção caracteriza-se, nitidamente, pela negociata, pelo pacto escuso, pelo acordo ilícito, pela depravação moral de uma pessoa, gerando, muitas vezes, imensos estragos ao Estado. Mas a corrupção não se limita às fronteiras da Administração Pública, pois corre solta no ambiente privado, em particular, no cenário de empresas particulares. As maiores do mundo, que se auto intitulam honestas, são surpreendidas, de tempos em tempos, imersas na podridão dos negócios malvistos e ilegais. (2015, p. 6)

Na iminência da discussão acerca da corrupção, a Organização das Nações Unidas (ONU), através da Assembleia das Nações Unidas, adotou no dia 31 de outubro de 2003 a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (CNUCC), na cidade de Mérida (México). O texto legal foi adotado pelo Brasil como forma de promulgação, através do texto do Decreto Legislativo nº 348, de 18 de maio de 2005, e pelo Decreto 5.867, de 31 de janeiro de 2006, passando a ter força de lei. Além da CNUCC, o Brasil participou também dos eventos da Conferência Interamericana contra a Corrupção no âmbito da Organização dos Estados Americanos (OEA).

A Cooperação Internacional em forma jurídica já é colocada ao conhecimento, ainda no preâmbulo da CNUCC, como meio necessário para combater e prevenir a corrupção, uma vez que deixa de ser um problema local e converte-se em um fenômeno transnacional que afeta todas as sociedades e economias. Nesse passo, o artigo 1º, “b”, quanto às finalidades da Convenção, ressalva: “Promover, facilitar e apoiar a cooperação internacional e a assistência técnica na prevenção e na luta contra a corrupção, incluída a recuperação de ativos”.

A CNUCC institui novos traçados orientadores, não apenas ao entendimento jurisprudencial brasileiro, bem como também contorna novas linhas nas relações entre Estados na busca de acordos bilaterais que sejam efetivos em garantia de auxílio no combate à corrupção. Tratando-se de matéria civil, como no caso de utilização de instrumentos como a carta rogatória, cita-se o Convênio de Cooperação Judiciária em Matéria Civil, entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Reino da Espanha, promulgado pelo Decreto nº 166/91 (DOLINGER; TIBURCIO, 2017, p. 619).

Outra exemplificação de acordo bilateral é a existência do Tratado de Auxílio Mútuo em Matéria Penal entre o Governo da República Portuguesa e da República Federativa do Brasil, instituído pelo Decreto nº 1.320, de 30 de novembro de 1994, tal como o Tratado de Assistência Mútua em Matéria Penal entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo do Canadá, instituído pelo Decreto nº 6.747, de 22 de janeiro de 2009, cuja Autoridade Central é a Procuradoria Geral da República.

A Convenção das Nações Unidas contra a corrupção nasce, então, com a necessidade de um acordo comum para um enfrentamento real com observância de que, entre os 71 artigos da Convenção, quatro dos oito capítulos necessitam de adaptação legislativa para possibilitar a aplicação do regramento em âmbito interno, sendo eles aqueles que versam sobre a prevenção, penalização, recuperação de ativos e cooperação internacional (HISSA; BARBOSA, 2016, p. 292). Vale salientar que, inclusive, existe o pensamento de que a temática da recuperação de ativos é um princípio fundamental no combate à corrupção, que estaria disposto no artigo 51 da própria Convenção de Mérida. (CHAVES; OLIVEIRA, 2019, p. 215). Destarte, além das considerações para o enfrentamento na seara cível, vale ressaltar o entendimento do penalista Nucci (2015, p. 6), ao afirmar que seria inviável a ação de um crime organizado se não houvesse a corrupção.

Nesse diapasão, visando combater e prevenir também em âmbito internacional o Crime Organizado Transnacional, o Decreto nº 5.015, de 12 de março de 2004, promulgou a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, mais conhecido como Convenção de Palermo. Dentre muitos dispositivos importantes, destaca-se o artigo 13, sob o título de “Cooperação Internacional para efeitos de confisco”, tal como o artigo 18 sob o título de “Assistência Judiciária recíproca”, dispositivos inovadores e claros quanto à existência e o dever de cada Estado signatário em utilizar-se dos institutos e meios já apresentados na seção 1 para a garantia de uma cooperação efetiva e de reais resultados, tomando a cautela de observar o ensinamento de Adétrio Pilartes H. Miguel (2016, p. 85), que se vale do ensinamento de Montesquieu em que todo instrumento de combate à corrupção deixa de ser bom quando mal aplicado.

Na mesma retórica, visando um combate também da corrupção nos meios de relações comerciais internacionais, a linha de frente de diplomas internacionais nesta seara inclui a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento

Econômico (OCDE), firmada em 1997 e ratificada no Brasil em 15 de junho de 2000, promulgada pelo Decreto nº 3.678, de 30 de novembro de 2000, cujo principal objetivo é a prevenção e combate ao delito de corrupção de funcionários públicos estrangeiros na esfera de transações comerciais internacionais (BRASIL, 2016, p. 5). Posteriormente, a Convenção da OCDE conduzirá o Brasil à inspiração para a elaboração e adoção da Lei nº 12.846/13, conhecida como Lei Anticorrupção, que será tratada com mais afinco posteriormente.

Segundo dados apresentados pela Cartilha da Convenção da OCDE, de autoria da Controladoria-Geral da União (CGU), por meio da Secretaria de Transparência e Prevenção da Corrupção (STPC), fontes da própria OCDE já apontaram que, após a entrada em vigor da Convenção, houve um incremento no número de investigações e condenações nos Estados Partes pelo cometimento de atos de corrupção de funcionários públicos estrangeiros (BRASIL, 2016, p. 5).

O trabalho desenvolvido pela OCDE inclui relatórios econômicos frequentes na análise de cada país, em paralelo aos compromissos estabelecidos na própria convenção e compactuados entre os seus Estados signatários. O relatório econômico da OCDE, no que diz respeito ao Brasil, no mês de fevereiro de 2018, traz informações de grande valia nos efeitos dos diplomas internacionais nas ações governamentais internas no Brasil, uma vez que conforme disposto:

O Brasil está em 79º lugar entre os 176 países listados na última publicação do índice de corrupção da Transparência Internacional (TI, 2016). Práticas de corrupção e propina, como as reveladas nos últimos anos (consulte a Caixa 3), fazem com que os recursos públicos sejam desperdiçados e exacerbam as desigualdades de renda, ao permitir que servidores públicos e empresas desviem os recursos do contribuinte. As evidências surgiram principalmente no contexto das contratações públicas, inclusive por empresas estatais, do crédito subsidiado e dos incentivos fiscais para empresas e setores específicos. As concessões de infraestrutura também são vulneráveis ao conluio entre licitantes e à corrupção, pois as estimativas sugerem que doações de campanha de empresas fizeram com que aumentasse significativamente a probabilidade de essas empresas ganharem contratações públicas (Boas et al., 2014). A regulação financeira dos partidos e das campanhas políticas, atualmente em discussão no Brasil, é crucial para evitar que interesses particulares poderosos capturem o processo político, deixando o crescimento menos inclusivo e fazendo com que caia a confiança no governo. (OCDE, 2018, p. 35)

Nessa mesma linha de resultados e acompanhamento no Brasil, chama atenção as medidas de adequação ainda em processo de desenvolvimento, conforme discorre:

Os esforços de combate à corrupção devem incluir uma avaliação completa das leis de contratação pública, em particular o modo com que suas muitas complexidades e isenções afetam a integridade dos processos de licitação e a concorrência. Essa revisão também deve cobrir o risco de conluio em licitações públicas, que é substancial. A redução do conluio reduzirá os preços pagos pelas autoridades públicas e as oportunidades de corromper o processo (OCDE, 2010b; OCDE, 2014). As regras relativas aos conflitos de interesse, incompatibilidades e imparcialidade nas contratações públicas poderiam ser otimizadas e fortalecidas. O uso obrigatório de órgãos de compra centralizados, os quais estão menos propensos à corrupção, poderia ser expandido juntamente com o treinamento sistemático dos servidores responsáveis pelas contratações públicas sobre estruturação eficaz das licitações e detecção eficaz de práticas de conluio (OCDE, 2012b). Os procedimentos de denúncia estão presentemente prejudicados por competências sobrepostas e sistemas paralelos para ofensas semelhantes, dificultando a proteção eficaz dos denunciantes. A maioria dos países da OCDE possui leis dedicadas para proteção dos denunciantes, mas o Brasil não (OCDE, 2016c). Em relação à propina do exterior, o Brasil tem aumentado significativamente sua capacidade de investigar de modo proativo o recebimento de propinas do exterior, em cooperação próxima e em coordenação com outros participantes da Convenção Anticorrupção da OCDE (OCDE, 2018, p. 36).

Dessa forma, para a garantia da eficácia dos termos assinalados da Convenção, os Estados signatários realizam periodicamente avaliações, tais como a avaliação supracitada coordenada pelo Grupo de Trabalhos sobre Suborno da OCDE, grupo esse que é responsável pelo monitoramento de adoções de medidas implementadas na própria Convenção por parte dos países-membros. Com base nesses relatórios, é possível determinar qual caminho efetivo o país está trilhando na efetividade dos compromissos traçados na Convenção (BRASIL, 2016, p. 7).

4 A OPERAÇÃO LAVA JATO E AS NORMAS BRASILEIRAS ANTICORRUPÇÃO

O Brasil tem vivido um momento peculiar em sua história, ao vivenciar o desenrolar de uma das operações mais comentadas pelo meio midiático dos últimos anos. A Operação Lava Jato pode ser considerada não apenas uma das operações mais polêmicas por envolver pessoas de relevada importância política e social, mas também por ser uma Operação em que se tem trabalhado de modo contínuo com a Cooperação Jurídica Internacional, tão importante para a eficácia de suas fases.

Nesse contexto, é de importância ímpar destacar o histórico da gênese da Operação Lava Jato para a melhor compreensão das realidades fáticas e jurídicas, nas quais a Cooperação Jurídica Internacional tem se desenvolvido e beneficiado a própria Operação no

que tange aos diversos aspectos de sua concretude, tal como o auxílio direto e o histórico de repatriações recentes no que se refere ao montante de capital em estrangeiro de origem ilícita.

Com origem na cidade de Curitiba, Estado do Paraná, a Operação Lava Jato é conduzida pelo Ministério Público Federal em comunhão com a Polícia Federal, alcançou âmbito nacional, e é considerada pelo MPF e pela imprensa como a maior e mais importante operação de combate à corrupção realizada no Brasil e que ainda se encontra em curso (PEREIRA; ALMEIDA, 2016, p. 218). Deflagrada no mês de março do ano de 2014 e com investigações iniciadas no ano de 2009, a Operação começou com objetivo de investigar organizações criminosas lideradas por doleiros pelo crime de lavagem de dinheiro. Contudo, posteriormente, descobriu-se um complexo esquema de corrupção que envolvia também a Petrobrás e, conseqüentemente, funcionários públicos, políticos e empreiteiras. O nome da Operação advém de uma rede de combustíveis e lava jato de automóveis usados para movimentar recursos ilícitos.

As investigações são conduzidas pela Polícia Federal e pelo Ministério Público Federal, que trabalham em comunhão com o Poder Judiciário que detém poder para autorizar medidas como interceptações telefônicas, prisões, buscas, conforme é previsto no ordenamento jurídico pátrio. Destaca-se, ainda, o trabalho da 13ª Vara Federal de Curitiba, responsável no que diz respeito à primeira instância dos crimes praticados na Lava Jato, traçando assim um paralelo de destaque em razão do feito inédito em prender pessoas de grande influência no Brasil (FERREIRA, 2016, p. 48).

O avanço das investigações, em consonância com os institutos disponíveis para a Cooperação Jurídica Internacional e também com todo o aparato legislativo disponível no que concerne a legislação de combate à corrupção, tornou possível traçar a rota da corrupção em altos níveis e escalões do governo, conforme ilustra:

O Ministério Público Federal desvendou um esquema de corrupção na Petrobrás que desviava dinheiro da estatal por meio de pagamentos superfaturados às empreiteiras contratadas que pagavam propinas aos agentes públicos e doleiros, estes também repassavam propina para políticos e partidos políticos. A finalidade da propina era beneficiar políticos e partidos políticos que indicavam os diretores da Petrobrás, os quais ficavam responsáveis pela manutenção do esquema, sendo certo que o objetivo das empreiteiras era garantir contratos com a estatal. (PEREIRA; ALMEIDA, op. cit., p. 219)

Cabe observar que a Operação Lava Jato não é a única em âmbito internacional no combate à corrupção envolvendo os bastidores do poder. A Itália foi protagonista de uma das

maiores operações do mundo, denominada como “Operação ManiPolulitt”, que se iniciou em 1992 e revelou que os bastidores políticos de Milão e da política nacional Italiana estavam entranhados por atos de corrupção, redesenhando posteriormente o cenário político italiano e sendo considerado um momento ímpar para a história contemporânea do judiciário (MORO, 2014, p. 57).

Até o presente momento, de acordo com o Ministério Público Federal, com dados atualizados em 10 de setembro de 2018, a Operação Lava Jato já teve 2.476 procedimentos instaurados, sendo: 962 mandados de buscas e apreensões, 227 mandados de conduções coercitivas, 115 mandados de prisões preventivas, 121 mandados de prisões temporárias, 6 prisões em flagrante e 548 *pedidos de cooperação internacional* (grifo nosso) – desses números de cooperação, faz saber que foram 269 pedidos ativos para 45 países e 279 pedidos passivos para 36 países. Resultando, até o momento, em 211 condenações e 45 sentenças envolvendo crimes de corrupção, crimes contra o sistema financeiro internacional, tráfico transnacional de drogas, formação e organização criminosa, lavagem de ativos e outros. Consta-se também nos resultados o retorno de R\$ 12,3 bilhões alvo de recuperação por acordo de colaboração e R\$ 846,2 milhões objeto de repatriação.

Diante dessa realidade brasileira, que vive atualmente de forma praticante no enfrentamento da corrupção generalizada em diversos patamares e setores públicos ou privados, cabe ressaltar que a Operação Lava Jato encontra mecanismos de atuação também dentro do arcabouço jurídico pátrio, no que denomina como Leis de combate à corrupção. O ordenamento anticorrupção instalado no Brasil se dá diante de um cenário em que:

A corrupção no Brasil, como se sabe, atingiu patamares epidêmicos, encontrando-se em todos os planos políticos e, prática e lamentavelmente, hospedando-se no cotidiano brasileiro. Nos séculos XX e XXI os brasileiros ficaram indignados com a frequência com que escândalos de corrupção assolaram o Estado brasileiro, sobretudo nos domínios da administração pública, por onde transitam valores monetários de elevada monta, motivando a que alguns mais efeitos ao ilícito pratiquem atos lesivos à Administração Pública. (PESTANA, 2016, p. 1)

É possível afirmar que a problemática da corrupção necessita de normas fortes e incisivas, uma vez que, pelo ponto de vista criminal, operam consequências drásticas que exorbitam o âmbito da Administração Pública e, conseqüentemente, na esfera criminal, social e cultural (PEREIRA; ALMEIDA, 2016, p. 216). No que tange a existência das normas anticorrupção no Brasil, vale ressaltar que, além das Convenções das quais o Brasil é

signatário – assunto tratado na seção 2.1 do presente instrumento –, cabe registrar a existência do Código Penal Brasileiro (Decreto-Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940) e da Lei 12.846 de 2013, mais conhecida como “Lei Anticorrupção”. Não é o objetivo de esse artigo trazer análises profundas à beira do esgotamento da matéria ante os dispositivos anticorrupção do Código Penal e da Lei Anticorrupção, mas sim apresentá-los como os principais dispositivos legais da conjuntura pátria interna, além daqueles já apresentados como Tratados e Convenções Internacionais.

O Código Penal Brasileiro reserva, em seu Título XI, espaço especial para dispositivos quanto aos crimes contra a Administração Pública, sendo o seu capítulo I voltado para crimes próprios de funcionários públicos e o capítulo II aos crimes praticados por particulares. Para dar maior efetividade à Convenção sobre Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais (OCDE de 1997), foram inclusos, por meio da Lei 10.467 de 2002, os crimes praticados por particular contra a administração pública estrangeira, tipificando assim o tráfico de influência e corrupção ativa em transação comercial internacional (HILST, 2013, p 34).

A título de evolução histórica do tipo penal de corrupção dentro do arcabouço penal brasileiro, Bittencourt ensina que:

O nosso Código Criminal do Império (1830) seguiu a orientação de equiparar as duas formas de corrupção, que foi mantida no Código Penal de 1890. Finalmente, o Código Penal de 1940 afastou-se de seu inspirador, o Código Penal Rocco (1930), disciplinando a corrupção ativa e passiva como crimes autônomos e independentes, afastando-lhes a natureza de crime bilateral. (2012, p. 243)

Ainda no que diz respeito ao que dispõe o Código Penal Brasileiro nos crimes contra a Administração Pública, destaca-se a recorrente usualidade do artigo 317, que dispõe acerca da corrupção passiva, e também do artigo 333 do mesmo Código, que dispõe sobre a corrupção passiva. Nessa vereda, Cleber Masson (2013, p. 763) ensina que a corrupção ativa tem natureza funcional e está inserida como crime praticado por funcionário público contra a Administração como um todo, sendo baseada também nos crimes praticados por particular contra a Administração em geral. No que se refere à essência da corrupção, Néelson Hungria discorre: “costuma-se distinguir entre corrupção antecedente e subsequente. A primeira ocorre quando a recompensa é dada ou prometida em vista de uma ação ou omissão futura, e a segunda, quando se refere a uma ação ou omissão pretérita” (HUNGRIA, 1958, p. 369).

Noutro giro, conforme lembra Hilst, a Lei 12.846 de 2013, conhecida como “Lei Anticorrupção” surge, segundo sua exposição de motivos, “para suprir uma lacuna existente no sistema jurídico pátrio no que tange à responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas contra a administração pública, em especial, por atos de corrupção e fraude em licitações e contratos administrativos” (HILST, 2013, p. 38). Dentre os limites de novos avanços vislumbrados pela Lei 12.846/2013, é possível afirmar que ela poderá contribuir para o *compliance* e a integridade empresarial e, conseqüentemente, auxiliar mecanismos diversos no combate à corrupção em geral, visto que a referida Lei visa atuar de forma mais incisiva no que tange a responsabilidade civil e administrativa das pessoas jurídicas por atos contra a administração pública estrangeira, vide de forma expressiva no artigo 5º, caput, da mesma Lei (HILST, 2013, p. 58).

Um dos cerne em que a Lei Anticorrupção se baseia na sua preocupação natural é que ela tem como foco a punição e responsabilização da pessoa jurídica que solicita a vantagem ilícita e que, conseqüentemente, foi beneficiada com o ato que nasce da improbidade. Por essa razão, a Lei 12.846/2013 ganha novos horizontes ao punir e responsabilizar mediante critério de responsabilidade objetiva. Em outras palavras, recairão sobre a pessoa jurídica todas as sanções previstas se a aludida pessoa estiver envolvida em eventual ato lesivo à administração pública, independente de culpa ou dolo e independente da responsabilização ou não do agente público envolvido (MARINELA; PAIVA; RAMALHO, 2015, p. 37).

No contexto da Operação Lava Jato, ante a calorosa discussão pública e política em temas referentes à corrupção e às normas brasileiras anticorrupção, o Ministério Público Federal começou a desenvolver uma série de propostas para o combate e prevenção da corrupção e da impunidade, resultando no projeto denominado como “As 10 medidas contra a corrupção”, lançada no ano de 2015 pelo então procurador-geral da República, Rodrigo Janot, pelos representantes da Câmara de Combate à Corrupção do MPF e pelo coordenador da Força-tarefa da Operação Lava Jato no Paraná, Deltan Dallagnol.

No que tange ao núcleo da proposta do Ministério Público Federal, é possível entender:

Dessa maneira as medidas seriam as seguintes: Prevenção à corrupção, transparência e proteção à fonte de informação; Criminalização do enriquecimento ilícito de agentes públicos; Aumento das penas e crime hediondo para corrupção de altos valores; Aumento da eficiência e da justiça dos recursos no processo penal;

Celeridade nas ações de improbidade administrativa; Reforma no sistema de prescrição penal; Ajustes nas nulidades penais; Responsabilização dos partidos políticos e criminalização do caixa 2; Prisão preventiva para evitar dissipação do dinheiro desviado e; Recuperação do lucro derivado do crime. (FERREIRA, 2016, p. 52)

Em contrapartida, com o término das discussões acerca das medidas no Congresso Nacional envolto em críticas e polêmicas, sem avanços significativos de fato, a Transparência Internacional e a Fundação Getúlio Vargas (FGV) divulgam a campanha “Novas Medidas contra a Corrupção”, que consiste em “uma compilação de melhores práticas nacionais e internacionais e da colaboração de vários setores da sociedade brasileira, construiu-se o maior pacote anticorrupção já desenvolvido no mundo. Trata-se de uma plataforma de propostas de reforma legislativa, administrativa e institucional, com o objetivo de promover um debate público orientado às causas sistêmicas da corrupção e de oferecer soluções permanentes para o seu enfrentamento no longo prazo” culminando em um pacote com 70 medidas, incluindo um anteprojeto de lei e propostas de Emenda Constitucional.

5 A IMPORTÂNCIA DA COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL NO ÂMBITO DA OPERAÇÃO LAVA JATO

O desencadeamento da “Operação Lava Jato” revelou a participação de políticos, empreiteiras, doleiros e funcionários da Petrobras que estavam diretamente associados à prática de diversos delitos, cuja culminância está na lavagem de capitais, produto da corrupção que em grande parte das vezes se utiliza de transferência de numerário para contas no exterior com objetivo de dificultar sua localização e origem (MENEZES, 2017, p. 147).

As demandas oriundas no decorrer da “Operação Lava Jato” demonstram que a mera observância e aplicação dos capítulos V, VI e VII da lei nº 9.613/1998 a serem aplicadas por instituições financeiras, no que se refere aos crimes de lavagem de capitais, não é suficiente no combate à lavagem de dinheiro e ao reingresso desse capital ao mercado de origem, necessitando de um passo a mais das autoridades brasileiras para caminharem pelo caminho do dinheiro e operar a justiça de forma eficiente (LEMOS; ZAGANELLI, 2018, p. 95).

Os institutos preconizados da Cooperação Jurídica Nacional pelo seu manuseio através do Ministério Público Federal, do Ministério da Justiça e possibilitados por tratados e outros diplomas internacionais, já vistos na seção anterior, produzem uma sólida e útil

ferramenta, igualmente poderosa a serviço da justiça no que tange ao combate aos crimes envolvendo não apenas tipicidades ligadas à corrupção e crimes contra a administração pública, mas também envolvendo figuras de grande influência e poder no Estado e economia.

Os processos da “Operação Lava Jato” apresentam de forma sequente o enfrentamento com manipulação em dinheiro de moedas estrangeiras, evasão de divisas e envio de capital ao exterior. É possível constatar tal realidade nos itens 8, 9, 10, 11 e 12 do relatório de sentença no processo nº 5036528-23.2015.4.04.7000/PR, que condena figuras ativas na Operação, como Alberto Youssef e Marcelo Odebrecht. A evidência da utilização da cooperação jurídica internacional no caso torna ainda mais latente no item 40 do processo supracitado, em que o MPF, em alegações finais na letra “e”, reafirma que não há ilicitude na cooperação realizada com a Confederação Helvética (Suíça).

Interessante retomar conceitos prévios de institutos de Cooperação, tal como as cartas rogatórias, meio pelo qual se realiza a comunicação processual como citações ou notificações, como a coleta de prova no exterior na esfera cível e penal. Diferenciadas entre cartas rogatórias ativas e passivas, deparamo-nos com os meios pelos quais o Brasil coleta provas no exterior, sendo esse recurso denominado carta rogatória ativa, visto que é emitida por autoridade brasileira para realização dos atos processuais no exterior. Já em situação inversa, em que a ação é realizada na justiça estrangeira e cabe ao Brasil cumprir as diligências, chamamos carta rogatória na modalidade passiva. Cabe ressaltar que deverá ser observada a existência ou não de lei ou tratado que preveja outra formalidade de solicitação entre ambos os países. Em todo caso, consta-se também a participação primordial e fundamental da autoridade judiciária brasileira competente para a concessão do exequatur, conforme já esmiuçado em seções anteriores (DOLINGER; TIBURCIO, 2017, p. 614-615).

No caso do processo nº 5036528-23.2015.4.04.7000/PR, julgado em sede da Justiça Federal, em sua 13ª Vara, em Curitiba, a cooperação jurídica internacional possibilitou que as documentações e informações pertinentes às contas referidas nos autos viessem ao Juízo mediante envio das autoridades suíças, por requerimento do Brasil, em forma de auxílio direto utilizado na instrução de denúncia pelo processo de nº 5036309-10.2015.4.04.7000/PR (Item 115 do relatório da sentença do processo nº 5036528-23.2015.4.04.7000/PR).

A Suíça tem se tornado palco recorrente de atuações de criminosos no intuito de lavagem de dinheiro e outras movimentações criminosas, em razão de o país ser considerado como “paraíso fiscal” no que diz respeito ao sigilo de contas e, sendo assim, um facilitador

de movimentos financeiros. Contudo, o número de cartas rogatórias entre Brasil e Suíça tem diminuído muito, em razão dos atuais acordos (bilaterais e multilaterais) de cooperação em matéria penal celebrados entre ambos os países que facilitam qualquer trâmite de *mutual assistance*, ou afins, dentro da seara da Cooperação Jurídica. Cita-se, por exemplo, o Decreto nº 6.974/2009 (BRASIL, 2016, p. 149).

Pesquisas anteriores apontam que, neste âmbito de Operação “Lava Jato”, existe certo equilíbrio entre a quantidade de pedidos de cooperação jurídica em que o Brasil foi emissor e em que foi solicitado por outros países, revelando uma grande e integrada rede mundial antilavagem de dinheiro ligados aos instrumentos de cooperação jurídica internacional sob os princípios de solidariedade e confiança recíproca. (BECHARA; SMANIO; GIRARDI; 2019, p. 709).

Retoma-se, portanto, a importância do instituto do auxílio direto como meio facilitador para comunicação entre instituições nacionais e estrangeiras, tal como o Ministério Público Federal. Nesse sentido, o auxílio direto permite que a autoridade estrangeira solicite a pronta realização de diligências no país, bem como a carta rogatória, diferenciando-se justamente na fundamentação, pois a carta rogatória se fundamentará na decisão da autoridade estrangeira proferida em consonância com seu próprio ordenamento jurídico; já o auxílio direto não se fundamentará em prévia decisão, cabendo decisão de autoridade brasileira competente seja ela judicial ou não. Frisa-se a tamanha inovação em dar mais legitimidade ao instituto através do Código de Processo Civil de 2015.

Nesse mesmo contexto, podemos citar o item 75 e 76 do relatório da sentença anexo ao processo nº 5007326-98.2015.404.7000/PR, de Nestor Cunat Cerveró, também condenado na “Operação Lava Jato”. Os itens 75 e 76 do relatório também narram uma quantia relevante de dinheiro em contas na Suíça que estaria sujeita à repatriação e que também estaria em conexão com outros processos de outros réus da Operação. Ademais, consta também na sentença da ação penal nº 5063271-36.2016.4.04.7000/PR, do ex-governador do Rio de Janeiro Sérgio Cabral e outros, o envio de capital para ser ocultado na Suíça conforme item nº 125 do relatório de sentença.

Cabe ressaltar que, desde o início da “Operação Lava Jato”, vem crescendo ainda mais as relações de cooperação jurídica internacional com a Suíça, haja vista ser o país com maior recebimento de capitais desviados do Brasil. No final do ano de 2015 ambos os países celebraram um acordo para troca de informações tributárias, dispensando que a Justiça

pudesse ser acionada em um primeiro momento, realizado entre a Receita Federal e o Departamento de Finanças da Suíça, possibilitando assim a troca de dados sobre tributos administrativos pela Receita Federal no Brasil e pelo fisco da Suíça em três níveis de governo (HISSA; BARBOSA, 2016, p. 296).

A Cooperação na Operação não está circunscrita apenas às relações com a Suíça em face de tramitação oculta de capitais, é frequente também a utilização do instituto da Cooperação para maior efetividade processual, tal como na oitiva de testemunhas, presente no item 33 do relatório da sentença na Ação Penal de nº 5030883-80.2016.4.04.7000/PR em que fora expedido pedido de Cooperação para o Panamá no intuito de oitiva de testemunhas em defesa do réu Eduardo Aparecida de Meira. Ao que concerne o pedido de cooperação para oitiva de testemunha, cabe analisar que, por se tratar de ato jurisdicional, há de se falar, em caso de ausência de tratados que facilitem a cooperação entre dois países, em carta rogatória, por se tratar de pedido de cooperação entre órgão jurisdicional brasileiro e órgão jurisdicional estrangeiro para a prática de determinado ato jurisdicional (CÂMARA, 2016, p. 48).

Com quatro anos de Operação, é possível esclarecer como funciona a Cooperação dentro do âmbito da supradita:

Os pedidos elaborados pelo MPF e pela PF têm por finalidade a obtenção de provas diversas; quebras de sigilo bancário; buscas e apreensões e oitivas de testemunhas; bem como medidas assecuratórias sobre bens e valores - tais como bloqueios, apreensões e sequestros - e repatriação de ativos localizados no exterior. Já os pedidos provenientes da Justiça Federal, em geral, têm como objetivos a realização de citações de réus; intimações e oitivas de testemunhas de defesa, que se encontram em território estrangeiro. Há ainda pedidos de extradição de pessoas investigadas encontradas e detidas em países estrangeiros. Tal fato demonstra a diversidade de demandas e necessidades que podem surgir no âmbito de uma mesma investigação de grande porte (GIACOMET, 2017).

Nesse contexto, é possível analisar que o MPF tem desenvolvido trabalhos intensos dentro da Operação Lava Jato, fazendo uso principalmente do auxílio direto e da carta rogatória no intuito de obtenção de provas e de dar cabo às medidas jurisdicionais, ressaltando que a diferença prática e teórica entre ambos se dará pela análise do mérito no conteúdo dos institutos, preconizando a rapidez e a agilidade da obtenção de provas e da realização de Cooperação visto que as mesmas provas possuem uma natureza fluída (LEMOS; ZAGANELLI, 2018, p. 97). A aposta na redução das burocracias nas relações com

autoridades estrangeiras através da Cooperação levou a “Operação Lava Jato” a um patamar de maior alcance e efetividade na obtenção de provas e celeridade aos processos pertinentes.

Diante do crescente número do uso de mecanismos de Cooperação e do sucesso nas empreitadas da autoridade central brasileira, DRCI, os bons resultados da Operação associados ao número positivo de informações e provas já colhidas tornam possível afirmar que a Cooperação na Lava Jato é maior do que qualquer outra Operação já existente no Brasil, demonstrando a utilidade e preocupação do DRCI com demais organismos internacionais no enfrentamento a crimes pelo viés da Cooperação Jurídica Internacional e, conseqüentemente, revelando o fortalecimento e independência das instituições brasileiras (GIACOMET, 2017).

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo procurou analisar os institutos da Cooperação Jurídica Internacional e associá-lo quanto a sua aplicabilidade, importância e relevância, dentro da “Operação Lava Jato”, sendo ela analisada de um ponto de vista jurídico, social e político, uma vez que suas conseqüências e efeitos estão diretamente ligados ao atual panorama brasileiro em diversos aspectos. Explanou-se de modo teórico o conceito da Cooperação Jurídica Internacional, como instituto jurídico, tal como se abarcou doutrinariamente suas formas de efetividade no direito, destacando a modalidade do auxílio direto como um dos mais utilizados dentro da Cooperação e um dos meios mais práticos para obtenção de resultados reais às demandas judiciais e administrativas.

Ante essa apresentação teórica, aprofundou-se na evolução histórica dos diplomas internacionais referentes ao combate à corrupção, perpassando a importância da Convenção de Mérida e destacando a forma com que o Brasil incorporou à sua legislação todo o arcabouço internacional referente ao combate aos crimes de colarinho branco, principalmente através da Lei Anticorrupção, observando ainda as mais recentes investidas da sociedade civil, bem como o Ministério Público Federal, no projeto de adoção das medidas contra a corrupção.

Saindo da seara teórica e adentrando nas realidades fáticas, analisou-se o histórico e o objetivo do desencadear da Operação Lava Jato, por seus principais impactos que já foram sentidos no âmbito político e econômico brasileiro, justamente por se tratar de um combate à corrupção cujos protagonistas não são apenas empreiteiras e doleiros, mas também figuras

do alto escalão dos bastidores da política brasileira, que se valeram do pleno uso da máquina pública para alcançar fins ilegais. Percebe-se, ao analisar os átrios processuais da Operação Lava Jato, principalmente no que se refere às sentenças do juízo de primeiro grau, que o instituto estudado da Cooperação Jurídica Internacional se fez presente na grande maioria dos relatórios de sentença nas condenações advindas da primeira instância federal, visto que a Operação Lava Jato está diante de um esquema de corrupção que ultrapassa as fronteiras físicas, políticas e fiscais do Brasil, mergulhando em paraísos fiscais conhecidos, por exemplo, a Suíça.

Diante da análise constatada dos autos processuais de parte de alguns processos pertencentes à Lava Jato, foi possível averiguar que o Ministério Público Federal valeu-se, em diversas vezes, do auxílio direto como forma de solidificar seus trabalhos e suas investigações, principalmente no que se refere à temática de repatriação de bens e obtenção de provas. Igualmente, foi possível constatar a frequência com que o Brasil utilizou de tratados internacionais bilaterais, principalmente com a Suíça, como forma de aligeirar e dar mais efetividade aos deflagras da Operação Lava Jato. Restou demonstrado, também, que o Ministério Público Federal não fez uso de institutos da Cooperação Jurídica Internacional para dar cabo aos seus interesses como legitimado de ação tão somente, contudo primoroso instituto contribuiu para o justo contraditório, visto que a Cooperação possibilitou a oitiva de testemunhas no estrangeiro em favor de réus.

Posto isso, testificou-se, então, a relevância ímpar da Cooperação Jurídica Internacional no curso da Operação Lava Jato devido à sua capacidade em fazer com que o Ministério Público Federal pudesse ir além das limitações geográficas e fronteiriças na busca da verdade real. Isso resultou em uma mais preparada apresentação nos autos ao juízo no exercício de seu mister como *custus legis*, logrando êxito ao triunfar sobre burocratizações que, indubitavelmente, no decurso das investigações, tornar-se-iam empecilhos se não fosse a existência de tratados, convenções ou auxílios diretos que viabilizassem o tortuoso caminho até as provas, capitais, investigados e circunstâncias fáticas e sólidas que estão fora da alçada da competência territorial. Ressalta, ainda, o valor da Cooperação Jurídica Internacional para a concretização de princípios processuais fundamentais, tal como o contraditório, a ampla defesa e, acima de tudo, pela concretização do interesse em fazer valer a lei na proteção do patrimônio público.

Destarte, a Cooperação Jurídica Internacional, por meios dos frutos produzidos, angariou, de forma profícua, o espaço de suma importância que ocupa, ainda hoje, no andamento da Operação Lava Jato, equiparando-se até a uma das colunas basilares para suas mais recentes conquistas.

REFERÊNCIAS

ARAUJO, Nadia de. *Direito Internacional Privado: Teoria e Prática Brasileira*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

ALLI, Thamyrys Baur Tuffi; MONTEIRO, Bruna Laiber. A Lava Jato e a Cooperação Internacional contra Crimes Econômicos. In: *Congresso Interdisciplinariedade do Noroeste Fluminense*, 3., 2018. Itaperuna: Instituto Federal Fluminense Campus Itaperuna, 2018.

_____; OLMO, Florisbal Del; POLIDO, Fabrício. Direito Internacional: A importância da Cooperação Jurídica Nacional para a atuação do Estado Brasileiro no plano interno e internacional. In: *Congresso Nacional do CONPEDI*, 24., 2015, Belo Horizonte. Florianópolis: CONPEDI, 2015.

BECHARA, Fábio Ramazzini; SMANIO, Gianpaolo Poggio; GIRARDI, Karin Bianchini. Cooperação jurídica internacional na Operação “Lava Jato”: análise crítica a partir da diversidade entre os sistemas jurídicos nacionais. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 5, n. 2, p. 703-736, mai./ago. 2019. Disponível em: <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v5i2.229>. Acesso em: 10 jul. 2020.

BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal. Parte especial: dos crimes contra a administração pública e dos crimes praticados por prefeitos*. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Brasília: Senado Federal, 2015

_____. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília: Senado Federal – Centro Gráfico, 1988.

_____. Ministério da Justiça. *Cooperação Jurídica Internacional em Matéria Penal*. Brasília: Ministério da Justiça, 2014.

_____. Ministério da Justiça - Secretaria Nacional de Justiça, DRCI. (Org.). *Manual de Cooperação Jurídica Internacional e Recuperação de Ativos - matéria penal*. 4. ed. [S.l.]: [s.n.], 2013.

_____. Ministério da Transparência, Fiscalização e Controle. *Convenção da OCDE contra o suborno transnacional*. Disponível em: <http://www.cgu.gov.br/assuntos/articulacao-internacional/convencao-da-ocde/arquivos/cartilha-ocde-2016.pdf>. Acesso em: 4 mar. 2018.

_____. Ministério Público Federal – Secretaria de Cooperação Internacional. *Temas de Cooperação Internacional*. 2014. v. 2. Disponível em: http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/sci/dados-da-atuacao/publicacoes/docs/16_004_temas_cooperacao_internacional_versao_2_online.pdf. Acesso em: 13 de mai. 2018.

_____. *MPF Combate à corrupção*. [S.l]: MPF. Disponível em: <http://lavajato.mpf.mp.br/>. Acesso em: 24 set. 2018.

_____. Ministério Público Federal e Secretaria de Cooperação Internacional. *Temas de cooperação internacional / Secretaria de Cooperação Internacional*. 2. ed. Brasília: MPF, 2016.

_____. Justiça Federal. 13ª Vara Federal de Curitiba. *Ação Penal Nº 5047229-77.2014.4.04.7000/PR*. Autor: Ministério Público Federal. Réus: Alberto Youssef, Ediel Viana da Silva e Carlos Alberto Pereira da Costa. Juiz: Sérgio Fernando Moro, 6 de maio de 2015. Sentença. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/para-o-cidadao/caso-lava-jato/atuacao-na-1a-instancia/decisoes-da-justica/documentos/Sentenca%20-5047229-77.2014.404.7000.pdf>. Acesso em: 3 out. 2018.

_____. Justiça Federal. 13ª Vara Federal de Curitiba. *Ação Penal Nº 5036528-23.2015.4.04.7000/PR*. Autor: Ministério Público Federal. Réus: Petróleo Brasileiro S/A - PETROBRÁS e Marcelo Oderbretch. Juiz: Sérgio Fernando Moro, 2016. Sentença. Disponível em: http://www.mpf.mp.br/para-o-cidadao/caso-lava-jato/atuacao-na-1a-instancia/denuncias-do-mpf/documentos/Sentena_503652823.2015.4.04.7000.pdf/view. Acesso em: 3 out. 2018.

_____. Justiça Federal. 13ª Vara Federal de Curitiba. *Ação Penal Nº 5007326-98.2015.404.7000/PR*. Autor: Ministério Público Federal. Réu: Nestor Cunat Cervero. Juiz: Sérgio Fernando Moro, 2015. Sentença. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/cervero-condenado-prisao-lavar-dinheiro.pdf>. Acesso em: 3 out. 2018.

_____. Justiça Federal. 13ª Vara Federal de Curitiba. *Ação Penal Nº 5063271-36.2016.4.04.7000/PR*. Autor: Ministério Público Federal. Réus: Petróleo Brasileiro S/A - PETROBRÁS e Sergio de Oliveira Cabral Santos Filho. Juiz: Sérgio Fernando Moro, 2017. Sentença. Disponível em: http://www.mpf.mp.br/para-o-cidadao/caso-lava-jato/atuacao-na-1a-instancia/parana/denuncias-do-mpf/documentos/sentenca_cabral_56.pdf/view. Acesso em: 3 out. 2018.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

CAMPOS, Araujo, D., TAVORA, Távora, F. *Col. Sinopses Jurídicas*. [S.l.]: [s.n.], 2016. v. 33. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547203085/>. Acesso em: 3 out. 2018.

DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmen. *Direito Internacional Privado*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

DORATIOTO, Francisco; VIDIGAL Carlos Eduardo. *História das relações internacionais do Brasil*. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.

FERREIRA, Taiane Ferreira e. Criminologias e Política Criminal II - Uma guerra contra a corrupção: Da Lava Jato às Dez Medidas Contra a Corrupção do Ministério Público Federal. In: *Congresso do CONPEDI*, 25., 2016. Curitiba: CONPEDI, 2016.

FOLLONI, André Parmo; DOS REIS SILVEIRA, Ricardo; XIMENES, Julia. Constituição e Democracia III: A corrupção, o papel da cooperação jurídica internacional e o transconstitucionalismo como exercício de cidadania. In: *Congresso do CONPEDI*, 26., 2016. Curitiba: CONPEDI, 2016.

GIACOMET, IsalinoAntonio; SILVEIRA, Arnaldo José Alves. *Desempenho da cooperação jurídica internacional nos três anos de “lava jato”*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-mar-28/desempenho-cooperacao-juridica-internacional-lava-jato>. Acesso em: out. 2018.

GUIMARÃES, Deocleciano. *Dicionário técnico jurídico*. 17. ed. São Paulo: Rideel, 2014.

HILST, Pedro Eduardo de Lima. *Anticorrupção e compliance*. 2013. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2013.

HUNGRIA, Nélon. *Comentários ao código penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

JATOBÁ, Daniel. *Teoria das Relações Internacionais*. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.

JUBILUT, Lyra, L., MONACO, Campos, G.F. E. *Coleção Saberes do Direito 56 - Direito Internacional Privado*. [S.l.]: [s.n.], 2012. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502169142/>. Acesso em: 15 set. 2018.

LAGES DE CASTRO, Flávia. *História do Direito geral e Brasil*. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

LEMOS, Jordan Tomazelli; ZAGANELLI, Margareth Velis. Cooperação Jurídica Internacional: Do auxílio direto na persecução de crimes de lavagem de capitais. *Revista Jurídica Cesumar*, Maringá, v. 18, n. 1, 2018. Disponível em: <http://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/6111/3183>. Acesso em: 30 out. 2018.

MARINELA, Fernanda; RAMALHO, Tatiany; PAIVA, Fernando. *Lei anticorrupção*: Lei n. 12.846, de 1º de agosto de 2013. São Paulo: Saraiva, 2015.

MENEZES, Lino Edmar. Direito Penal Econômico e a Operação Lava Jato. *Revista Acadêmica Escola Superior do Ministério Público do Ceará*, Fortaleza, a. 9, n. 2, 2017.

MIGUEL, Adétrio Pilartes. *Os malefícios da corrupção política na concretização do Estado democrático de direito angolano*. Disponível em: https://run.unl.pt/bitstream/10362/18479/1/Miguel_2016.pdf. Acesso em: 5 mar. 2018.

MONTENEGRO FILHO, Misael. *Curso de Direito Processual Civil*: Teoria geral do processo e processo de conhecimento. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

MORO, Sérgio Fernando. Considerações sobre a Operação ManiPulite. *Revista CEJ*, Brasília, n. 26, 2004. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/view/625/805>. Acesso em: 24 set. 2018.

NUCCI, Guilherme Souza. *Corrupção e Anticorrupção*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

OLIVEIRA, Lorena Franco de; CHAVE, Bruna Salgado. Questões controvertidas do auxílio direto na recuperação de ativos provenientes de atos de corrupção à luz da ordem pública: análise crítico-reflexiva a partir de dados de cooperação internacional no bojo da Operação Lava Jato. *Revista Científica do Curso de Direito da UNIBH*, Belo Horizonte, v. 12, n. 2, dez. 2019. Disponível em: <https://unibh.emnuvens.com.br/dcjpg/index>. Acesso em: 10 jul. 2020.

PEREIRA, Fabíola de Jesus; DE ALMEIDA, Andreia Alves. Direito Penal e Constituição - A eficácia da colaboração premiada no combate à corrupção: O efeito dominó na Operação Lava Jato. In: *Encontro Nacional do CONPEDI*, 25., 2016. Brasília: CONPEDI, 2016.

PESTANA, Marcio. *Lei anticorrupção: exame sistematizado da Lei n. 12.846/2013*. Barueri, SP: Manole, 2016.

REZEK, Francisco. *Direito Internacional Público*: curso elementar. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

Secretaria Geral da OCDE. *Relatórios econômicos OCDE*: Brasil, resumo fevereiro de 2018. Disponível em: <https://www.oecd.org/eeco/surveys/Brazil-2018-OECD-economic-survey-overview-Portuguese.pdf>. Acesso em: 7 mar. 2018.

TOFFOLI, José Antonio Dias; e CESTARI, Virgínia CharpinelJunger. Mecanismos de Cooperação Jurídica Internacional no Brasil. In: MINISTÉRIO DA JUSTIÇA (Secretaria Nacional de Justiça – Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional). *Manual de cooperação jurídica internacional e de recuperação de ativos: cooperação em matéria civil*. 2 ed. Brasília: Artetec Gráfica e Editora Ltda., 2014.

A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PROVEDORES DE BUSCA DE PRODUTOS NA INTERNET

THE CIVIL LIABILITY OF INTERNET PRODUCTS SEARCH SERVICE PROVIDERS

José Luiz de Moura Faleiros Júnior,³²

João Victor Rozatti Longhi.³³

Resumo: O presente trabalho visa analisar a possibilidade de responsabilização civil dos provedores de busca de produtos na Internet, ainda que não sejam eles próprios os responsáveis pela comercialização dos bens que divulgam na Rede Mundial de Computadores. Na abordagem proposta, será analisado o julgamento realizado pelo Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial nº 1.444.008/RS, divulgado no Informativo nº 593 da Corte, tendo como contrapontos os posicionamentos de doutrinadores e da mais moderna legislação em Direito Digital e em matéria de Responsabilidade Civil. A análise casuística propiciará uma averiguação pautada no método indutivo para, após a avaliação do julgado e do cenário contemporâneo das relações de consumo travadas no meio virtual, avançar às conclusões sobre a premissa apresentada.

Palavras-chave: Responsabilidade civil. Relações de consumo. Comércio eletrônico. Provedores de busca.

Abstract: This paper aims to analyze the possibility of civil liability of Internet search providers for torts regarding products showcased by such websites although they're not directly responsible for commercializing products on the World Wide Web. This analysis will be focused on the precedent of Superior Court of Justice's decision on Special Appeal No. 1.444.008/RS, divulged on the Court's Bulletin No. 593, in counterpoint to doctrinaire's positions and the most modern Digital Law legislation regarding Civil Liability. The case analysis will allow a review based on the inductive method to, after evaluating the precedent

³² Mestrando em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia – UFU. Pós-graduando em Direito Civil e Empresarial e Especialista em Direito Processual Civil, Direito Digital e *Compliance* pela Faculdade de Direito Prof. Damásio de Jesus. Graduado em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia – UFU. Autor de artigos dedicados ao estudo do Direito Privado. Advogado.

³³ Doutor em Direito do Estado na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP. Mestre em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Bacharel em Direito pela Universidade Estadual Paulista - UNESP. Foi aluno da *Universidad de Santiago de Compostela*, Espanha, pelo convênio bilateral AREX/ORE – UNESP/USC. Foi Pesquisador Bolsista da Fundação Carlos Chagas Filho de Amparo à Pesquisa do Estado do Rio de Janeiro – FAPERJ, nível mestrado, e da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo – FAPESP, em grau de iniciação científica. Professor Adjunto da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia. Atua como Professor Convidado em programas de pós-graduação. Foi Professor dos Cursos de Pós-Graduação da PUC-Rio, da ESA/OAB-RJ e dos Programas Executivos do IBMEC-Rio. Foi Tutor de Pesquisas da Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas – FGV-Rio. Autor de obras dedicadas ao estudo do Direito Eletrônico.

and the contemporary scenery of online consumers' relations, advance to the conclusions regarding the presented premise.

Keywords: Civil liability. Consumers' relations. E-commerce. Search providers.

1 INTRODUÇÃO

Inúmeros são os conflitos digitais decorrentes da presença da Internet no cotidiano da sociedade contemporânea, seus notáveis efeitos e incidentes sobre as relações jurídicas de consumo, particularmente no que diz respeito ao comércio eletrônico (*e-commerce*), traduzem-se em diversas situações específicas, não consideradas inicialmente pelo legislador quando da edição das normas de regência da matéria.

Mesmo antes que houvesse uma regulamentação específica para tratar de princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil, o Judiciário pátrio foi instado a enfrentar os mais variados tipos de conflitos decorrentes das interações virtuais, embora houvesse lacuna conceitual quanto ao escopo e aos desdobramentos das atividades desempenhadas por empresas a partir da Grande Rede, especialmente à luz das disposições do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/1990), que sempre norteou as análises empreendidas nesses casos.

Nesse sentido, partindo de uma análise da classificação doutrinária de outrora acerca da natureza jurídica das várias espécies de provedores e avançando para uma conceituação baseada na legislação de regência da atuação destas empresas no ordenamento brasileiro, serão explicitadas as nuances aplicáveis a provedores de conexão e provedores de aplicação para se permitir uma correta delimitação do regime de responsabilidade civil que rege a atuação de cada um.

O problema investigado diz respeito ao regime de responsabilidade civil aplicável aos provedores de busca de produtos, que exercem atividades dedicadas à indexação e à veiculação de catálogos de produtos comercializados por terceiros na Internet, em caso de falhas imputáveis a esses. Trata-se, em verdade, de investigação acerca da responsabilidade decorrente da participação desses provedores de busca na cadeia de consumo frente a vulnerabilidade do consumidor.

A hipótese aventada cuida do desfecho jurisprudencial do precedente de exórdio da questão: o Recurso Especial nº 1.444.008/RS, veiculado no Informativo nº 593 do Superior

Tribunal de Justiça, no qual se decidiu, pela primeira vez, acerca das nuances que diferenciam os provedores de busca de produtos dos próprios varejistas virtuais face ao que prevê a teoria do risco.

O objetivo geral será a realização de uma reanálise da situação peculiar do regime de responsabilidade civil à luz do precedente jurisprudencial, com objetivos específicos voltados ao exame das peculiaridades concernentes às relações virtuais de consumo e destaque para os itens que motivaram o julgamento proferido no aresto sob exame para, ao final, serem apresentadas as conclusões obtidas a partir da análise proposta.

Destacando-se os elementos condutores do julgamento do precedente, com apreciação crítica da coerência entre eles e os dispositivos protetivos do Código de Defesa do Consumidor, far-se-á análise pautada no método indutivo, com fulcro nos conceitos definidos na legislação e nos aportes doutrinários que sustentam a mescla entre noções de direito digital e aspectos próprios do comércio eletrônico.

2 CONCEITO E BREVE HISTÓRICO DO FUNCIONAMENTO DA INTERNET

O surgimento da Internet alterou drasticamente a forma como as interações humanas tomam corpo e geram efeitos jurídicos. Porém, a evolução tecnológica possui raízes mais longínquas, remontando à era industrial, quando o uso da eletricidade permitiu o desenvolvimento de tecnologias – como o telégrafo e o rádio – que facilitaram o fluxo informacional e estreitaram as relações interpessoais.

Kanaan (1998, p. 23-31) destaca que, com o surgimento de novas pesquisas e o desenvolvimento de novas aplicações, cada vez mais a tecnologia passou a exercer influência no aumento da produtividade no período posterior à Terceira Revolução Industrial, culminando no surgimento da informática a partir do desenvolvimento dos *microchips* e computadores.

O primeiro exemplo remonta ao fim da Segunda Guerra Mundial, quando foi lançado o UNIVAC I, primeiro microcomputador destinado ao mercado e pioneiro no fenômeno paulatino de implementação dos computadores no cotidiano dos indivíduos e das empresas. (PINHEIRO, 2016, p. 61)

Lawrence Lessig (2001, p. 26-34) destaca que, para incrementar a produção, era necessário maior fluxo informacional, e o intercâmbio de dados dependia de uma rede de

comunicações que simplificasse o modo como indivíduos e corporações se comunicavam. Foi assim que, na parte final da década de 1960, com base na pesquisa liderada por Paul Baran para o Departamento de Defesa dos Estados Unidos da América, desenvolveu-se a ARPANET, primeira rede de comunicações a permitir o intercâmbio de mensagens sem tráfego por grandes centros de controle de dados.

Esta rede, ainda de uso voltado ao meio militar, foi a concepção original daquilo que, anos depois, tornou-se a Internet (LEONARDI, 2005, p. 2). E, já na década de 1980, com os experimentos levados a efeito na Organização Europeia para a Pesquisa Nuclear (CERN, em inglês), Timothy “Tim” Berners-Lee criou a linguagem HTML (*HyperText Markup Language*), que, aliada ao protocolo TCP (*Transmission Control Protocol*) e ao chamado Sistema de Nomes de Domínio ou DNS (*Domain Name System*), funciona como a baliza estrutural da Internet.

O crescente incremento do uso da Internet foi identificado pela doutrina em etapas denominadas *web* 1.0, 2.0 e 3.0, esta última referente ao estágio mais atual, em que, já ultrapassada a fase da densificação dos compartilhamentos de dados e da massificação do acesso à Rede, permitiu-se um crescimento avassalador que, nas palavras de Ronaldo Lemos (2005, p. 11-12), corresponde a uma revolução que impõe ao Direito a necessidade de se reinventar para dar solução aos diversos novos conflitos que passa a enfrentar.

Nesse contexto, Manuel Castells (1999, p. 411-439) cunhou o termo “Nova Economia” ao se referir ao surgimento do comércio eletrônico (*e-commerce*) como um dos principais elementos de convergência da transformação das bases materiais da vida em sociedade, do espaço e do tempo, por propiciar mudanças drásticas nas inter-relações humanas, a partir da ampliação das comunicações pelo fenômeno globalizatório.

Transparência, informação e segurança tornaram-se palavras-chave para a compreensão dos desdobramentos das relações de consumo no século XXI, em que o desafio primordial enfrentado por operadores do direito parte do remodelamento do regime dos contratos no Código de Defesa do Consumidor, com vistas a assegurar os valores protegidos pela legislação, apesar da hipercomplexidade e do pluralismo de agentes, de vínculos, de contratos e de fontes decorrentes das interações virtuais.

Sem embargo, é possível destacar a despersonalização dos contratos de massa, a desmaterialização do contrato, o vício e o defeito da prestação de informações e a própria

carência de conhecimentos técnicos do consumidor internauta – ou ciberconsumidor – como elementos que alteram o panorama jurídico dessas relações.

3 NATUREZA JURÍDICA DOS PROVEDORES DE APLICAÇÃO

Nas palavras de João Victor Rozatti Longhi (2019, p. 128), “a Internet surgiu como um meio de comunicação difuso, cujo princípio básico é o de que não importa por onde as informações trafeguem, mas sim de onde partem e para onde vão”. Com base nesta premissa, a atuação de diversas empresas ganha contornos diversos e bastante peculiares no tocante à gestão do tráfego de dados, e a definição do papel de cada um desses *players*, seja na garantia de acesso à *web*, seja na oferta direta de serviços virtuais, exsurge como tarefa primordial do legislador.

Segundo Marcel Leonardi (2005, p. 22), “o provedor de serviços de *internet* é a pessoa natural ou jurídica que fornece serviços relacionados ao funcionamento da internet, ou por meio dela”. Para o autor, a partir deste conceito inicial, que foi traçado muitos anos antes do advento da Lei nº 12.965/2014, seria possível delinear outras conceituações para demarcar a atividade-fim de um provedor. Assim, o autor sugere as seguintes classificações: provedores de *backbone*, provedores de acesso, provedores de correio eletrônico, provedores de hospedagem e provedores de conteúdo ou de informação. Com efeito:

Provedor de serviços de Internet é o gênero do qual as demais categorias (provedor de *backbone*, provedor de acesso, provedor de correio eletrônico, provedor de hospedagem e provedor de conteúdo) são espécies. O provedor de serviços de Internet é a pessoa natural ou jurídica que fornece serviços relacionados ao funcionamento da Internet, ou por meio delas. A confusão é comum em razão de boa parte dos principais provedores de serviços de Internet funcionarem como provedores de informação, conteúdo, hospedagem, acesso e correio eletrônico. Exemplificando: um usuário de um grande provedor de acesso comercial que acesse o *web site* da empresa, normalmente conhecido como “portal”, terá à sua disposição informações criadas pelos funcionários do provedor e por ele disponibilizadas e armazenadas, utilizando, para tanto, os serviços de conexão oferecidos por este provedor. Em tal hipótese, a mesma empresa provê acesso ao usuário, armazena e disponibiliza informações criadas por seus próprios funcionários. (ibid., p. 21)

Fato é que este detalhamento sugerido por Leonardi não foi acolhido pelo legislador pátrio quando da edição da mencionada lei, embora a mesma seja amplamente visualizada na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Estabeleceu-se, apenas, a diferenciação entre provedores de conexão e provedores de aplicação. Nas palavras de Longhi (op. cit., p.

129), “o sistema jurídico brasileiro por muito tempo não contou com regras específicas para a Internet. Entretanto, o Marco Civil da Internet, ou simplesmente Marco Civil, tem por objeto regulamentar o tema”.

Avançando na classificação, outrora proposta por Leonardi, o Marco Civil da Internet criou a figura do provedor de aplicação, definindo-o em seu artigo 5º, inciso VII, como sendo “o conjunto de funcionalidades que podem ser acessadas por meio de um terminal conectado à Internet” (BRASIL, 2014). Nota-se que a inclusão desta espécie de provedor levou em consideração o hodierno cenário em que constantemente surgem novos aplicativos virtuais.

Bruna Manhago Serro (2014, p. 6) aduz que os provedores de aplicações, “também chamados de *middleware*, [...] diferentemente dos provedores de conexão, disponibilizam um instrumento para a execução de aplicações”. Com isso, não se pode negar que, no Brasil, o papel de cada provedor depende de averiguação específica frente às suas atividades para que haja responsabilização.

Neste exato sentido, o artigo 3º do Marco Civil da Internet, que elencou os diversos princípios de regência do uso da *web* no país, definiu, em seu inciso VI, que a responsabilização dos agentes deve se dar de acordo com suas atividades. Isto denota o cuidado do legislador em considerar as peculiaridades das variadas espécies de provedores de serviços de Internet para a delimitação do tipo de responsabilidade em que cada um incorrerá.

Quanto à responsabilidade civil, destaca-se que a Internet é um veículo com extrema capacidade de propagação de conteúdo, e é de fácil acesso, razão pela qual é bastante comum sua utilização como instrumento para a difusão de material passível de causar danos a terceiros. Por esse motivo, caso se tenha a ocorrência de danos, é imperioso buscar identificar corretamente o responsável para que não se cometa algum exagero.

No enfrentamento deste tema, o Marco Civil da Internet trata da responsabilidade civil por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros, na Seção III do Capítulo III, mais especificamente dos artigos 18 a 21, os quais estabelecem as condições para a caracterização do dever reparatório e as medidas judiciais cabíveis para o ressarcimento do dano.

Ocorre que, conforme já se destacou alhures, a referida lei abordou apenas a responsabilidade civil dos provedores de conexão e dos provedores de aplicação, o que levou a doutrina a debater a abrangência desta segunda categoria, pelo que se convencionou definir que a expressão contempla os provedores de serviços e os de conteúdo (BARBAGALO, 2003,

p. 347), no entanto, sem fazer distinção entre os vários nichos explorados na *web* por tais empresas.

4 CRESCIMENTO DAS RELAÇÕES JURÍDICAS NO MEIO VIRTUAL

São inegáveis os avanços tecnológicos decorrentes do fenômeno globalizatório, com destaque para o recrudescimento das relações de consumo, que enfrentam inúmeros novos desafios com a disponibilidade de informações na Internet, suscitando dúvidas quanto à confiabilidade de todos os conteúdos apresentados.

Zygmunt Bauman (2008, p. 58) já qualificava a Internet como um fenômeno transformador da sociedade de consumo, o que concretiza o novo paradigma inter-relacional apto a justificar uma ressignificação do direito em todos os seus ramos. Nesse contexto, conforme alerta Pietro Perlingieri (2008, p. 170), “toda transformação da realidade social interessa à ciência do direito, já que reage sobre a realidade normativa”.

Destarte, ao despertar a discussão sobre os limites de aplicação das normas às relações jurídicas estabelecidas a partir da Internet, perquire-se a efetividade da norma jurídica na regulamentação da propagação de valores, conceitos, bens e serviços que integram a sociedade de consumo contemporânea e que são difundidos ou que passam a existir frente à massa de usuários que, direta ou indiretamente, tomam contato com a nova realidade virtual. (LORENZETTI, 2004, p. 38).

A partir da oferta de produtos e serviços, espargidos na Rede Mundial de Computadores através de empresas que exploram, por exemplo, o varejo virtual ou mesmo os serviços de compras coletivas ou as vendas diretas entre particulares, surge a necessidade de especificação das peculiaridades da responsabilidade civil aplicável a cada uma.

Existem nuances peculiares às atividades especificamente desempenhadas por essas empresas e cada qual traz desafios próprios ao enfrentamento dos desdobramentos jurídicos no campo da responsabilidade civil.

Nessa linha, as relações virtuais desencadeiam a formação de contratos eletrônicos de consumo, que têm por objeto produtos ou serviços aos quais os consumidores passam a ter acesso (MARTINS, 2008, p. 43), inclusive, a partir da veiculação de informações em provedores dedicados especificamente à busca e à comparação de preços entre os diversos varejistas virtuais, impondo-se uma compreensão mais detida do *e-commerce*.

4.1 O E-COMMERCE FRENTE AO DIREITO DO CONSUMIDOR

O termo inglês “*e-commerce*” revela uma simplificação da expressão “*electronic commerce*” (que se traduz como comércio eletrônico) e consiste na compra e venda de produtos e na contratação de serviços através dos mais diversos tipos de equipamentos eletrônicos que permitam o intercâmbio informacional através da Internet.

Em termos conceituais, conforme aduz Antonia Klee (2014, p. 71), utiliza-se a expressão comércio eletrônico para se referir a “toda e qualquer forma de transação comercial em que as partes interagem eletronicamente, em vez de estabelecer um contato físico direto e simultâneo”.

Insofismavelmente, a existência de interações envolvendo a tecnologia cria novos desafios para a compreensão e para a aplicação dos institutos protetivos do Código de Defesa do Consumidor. Nessa linha, Cláudia Lima Marques (2004, p. 70-71) registra que o consumidor possui uma unilateralidade visível e uma bilateralidade escondida, no tocante à responsabilidade jurídica e à necessidade de maior proteção dos vulneráveis nos sistemas de troca por intermédio da Internet, o que revela o surgimento de uma nova vulnerabilidade eletrônica. Em contraponto a esta vulnerabilidade, o dever que o fornecedor passa a ter no sentido de informar decorre da positivação de um direito basilar do consumidor, que é fruto de desdobramentos variados.

Primeiramente, cumpre pontuar que o fato de o serviço prestado por um provedor de aplicações ser gratuito não descaracteriza a natureza da relação jurídica como relação de consumo, pois o termo “mediante remuneração” contido no artigo 3º, § 2º, do CDC, deve ser interpretado de forma ampla, de modo a incluir o ganho indireto do fornecedor.

Segundo Cláudia Lima Marques (2003, p. 94) “a expressão 'remuneração' permite incluir todos aqueles contratos em que for possível identificar, no sinalagma escondido (contraprestação escondida), uma remuneração indireta do serviço”. Dessa forma, atividades eventualmente ofertadas através da Internet, sob suposta gratuidade, não afastarão a possibilidade de responsabilização das empresas que as exerçam.

Outrossim, à exceção dos indivíduos com amplos conhecimentos de informática, pode-se dizer que todos os demais usuários da Internet são vulneráveis, na medida em que não dominam uma série de informações relativas ao manuseio das plataformas de comércio eletrônico, tais como o armazenamento de informações, a segurança sobre os dados pessoais

capturados e transmitidos, os procedimentos de acesso e até mesmo questões relativas à contratação à distância, como o direito de arrependimento ou a correta identificação do fornecedor, que poderá estar situado noutro país.

Pedro Modenesi (2019, p. 446) indica a figura do *ciberconsumidor*, “reconhecida pela maioria da doutrina que se dedica ao estudo da contratação eletrônica de consumo”. Trata-se de verdadeira reformulação de categoria jurídico-analítica do *ciberespaço*, tão detalhadamente estudado por Pierre Lévy (2010, p. 116), a implicar apreciação direta da proteção à privacidade neste contexto específico, uma vez que “[m]esmo hoje, com a privacidade consagrada como um direito fundamental, alguns traços do contexto individualista do qual é originária ainda se fazem notar”. (DONEDA, 2006, p. 9)

A disciplina jurídica dos contratos, em decorrência do avanço tecnológico e do aumento incessante das relações de consumo no plano virtual, adquiriu novas feições. Para Enzo Roppo (2009, p. 85), “a formação do contrato consiste num processo, isto é, numa sequência de actos e comportamentos humanos, coordenados entre si”, o que revela uma imperiosa necessidade de intercâmbio informacional para o ajuste de interesses que conduzirá à manifestação bilateral de vontades.

O acúmulo de informações norteia a atuação dos provedores, sendo faceta preponderante da implementação de mecanismos como o registro, o uso, a análise, a combinação e até a exposição de informações (SOLOVE, 2011, p. 5). Tudo isso representa o fatídico risco de que a ascensão de grandes corporações a patamares gigantescos represente verdadeira ameaça ao poder de controle estatal, a indicar uma preocupação imediata com o que Siva Vaidhyathan (2011p. 219) ilustrativamente denominou de “Googlelização de tudo”, referindo-se ao domínio exercido pela Google Inc. sobre os usos da Internet: “Em termos gerais, onde há tempos o Google se especializara em distribuir informações para saciar a curiosidade, agora ele o faz para facilitar o consumo”. Nesse cenário, torna-se desejável que as pessoas “entendam minimamente como funcionam as principais tecnologias para evitar a tomada de decisões equivocadas ou fortemente influenciadas.” (NYBØ, 2019, p. 154)

Para além desta preocupação, na formação dos contratos eletrônicos³⁴, observa-se que a manifestação da vontade pela Internet, assim como o ideal de proteção da fidedignidade e da inter-

³⁴ Acerca dos contratos eletrônicos, mister anotar que, devido à carência de regulamentação específica, são tidos como espécies de contratos atípicos de forma livre, embora determinados conteúdos obrigacionais possuam previsão na legislação, como ocorre com os pactos de compra e venda, prestação de serviços etc. (LEAL, 2007,

relação entre partes fisicamente distantes, decorre do cumprimento do dever de informar, especialmente quando se tratar de relação de consumo, da satisfação do direito à informação e do esclarecimento do consumidor por ocasião da celebração do contrato, havendo alteração unicamente quanto ao exame do modo como se consubstancia, hodiernamente, esta manifestação.

Sobre os contratos eletrônicos de consumo, Cláudia Lima Marques salienta que:

O contrato eletrônico é concluído sem forma física, desmaterializado, são bits e códigos binários. A linguagem do contrato também é diferente, é virtual em um primeiro momento e semi-escrita, num segundo. Como vimos, quando o consumidor aperta o botão, direciona o mouse ou seu lápis eletrônico para o *click* de aceitação, o écran está cheio de imagens, cores, sons, lembretes escritos, figuras etc. nesse primeiro momento, todas estas impressões criam a confiança do consumidor. Em um segundo momento (ou no momento zero, pois pode o consumidor mais atento ter olhado as condições gerais contratuais de forma prévia!), as condições gerais do contrato impostas pelo fornecedor aparecem em uma janela sob a forma escrita e – normalmente – poderão ser baixadas (*downloaded*). Este *iter* virtual de contratação traz dois problemas para o direito do consumidor: como assegurar a compreensão e a reflexão do consumidor sobre o negócio que está concluindo, cuja importância não podemos diminuir, pois hoje o comércio eletrônico não é só de “bagatela” e inclui já muitos serviços financeiros on-line! (2004, p. 81).

Basicamente, a atuação pulverizada das diversas empresas conectadas aos serviços de varejo virtual desencadeou um modelo de negócio que a doutrina convencionou denominar de *cybermall* (ou *shopping center* virtual), no qual o consumidor tem uma espécie de “carrinho de compras” eletrônico onde “insere” suas compras. Além disso, há os sítios virtuais de leilões eletrônicos, nos quais é possível dar lances para a aquisição de produtos que podem ser comercializados por outros consumidores. (ibid., p. 80)

E, naturalmente, em uma plataforma virtual onde diversas empresas de varejo virtual operam com ampla possibilidade concorrencial e facilitação do acesso a preços, ofertas e condições especiais de negociação, seria natural o surgimento de empresas voltadas especificamente à gestão deste tipo de câmbio informacional, aproximando vendedores e compradores por meio de verdadeiros “catálogos virtuais”.

4.2 O PAPEL DOS PROVEDORES DE BUSCA DE PRODUTOS

p. 82). Admitida a forma livre, o contrato eletrônico adquire existência a partir de *clicks* efetuados pelo *mouse* do computador, que são registrados e configuram a aceitação. (SANTOLIM, 2005, p. 63).

Com o crescimento e a alavancagem do *e-commerce* no Brasil, diversas empresas voltaram suas atividades *online* ao ramo da busca de produtos comercializados por outras empresas, expondo em seus *websites* verdadeiros catálogos comparativos, nos quais os internautas podem averiguar qual lhe oferecerá as melhores condições para a concretização de compra e venda de produto naquela ocasião.

Surgiram, dentre outras, empresas como Buscapé, Zoom e Shopping UOL que, da mesma forma que outros serviços de busca, passaram a operar com o chamado *marketing* cruzado, angariando rentabilidade para suas atividades a partir da catalogação de informações e ofertas de outras empresas de varejo virtual por meio de pesquisas que, embora gratuitas para o usuário-consumidor, proporcionam ganhos decorrentes da venda levada a efeito pelos parceiros comerciais, na medida em que tais empresas comercializam espaços publicitários e preferências na ordem de listagem dos resultados de pesquisa.

Impõe-se destacar que “[...] publicidade e propaganda não se confundem. A publicidade tem um objetivo comercial, enquanto a propaganda possui um fim ideológico, religioso, filosófico, político, econômico ou social”. (FINKELSTEIN, 2004, p. 254). Nesse sentido, a publicidade na Internet e o *e-commerce* vêm sendo repensados pela presença de novos instrumentos de *marketing*, como o uso de recursos audiovisuais, mensagens convidativas, interatividade, animações, contratação de influenciadores digitais, além de outros, como *micro-sites*; *host sites*; *jump pages*; *pop-ups*; *floaters*; *banners*; *adverlogs*; *rich media*; *webisodes*; *marketing viral*; *e-auctions*; *gross rating points*; e *e-mail marketing*. (LIMEIRA, 2009, p. 166-186)

O funcionamento desse modelo de provedor foi descrito por Fátima Nancy Andrighi, em artigo publicado com as conclusões colhidas após o julgamento proferido pelo Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial nº 1.316.921/RJ, que, embora não tenha trabalhado especificamente com os provedores de busca de produtos, serviu para nortear a referida Corte no tocante à análise específica do mecanismo utilizado por provedores de busca na Internet:

O mecanismo de busca dos provedores de pesquisa trabalha em 3 etapas: (i) uma espécie de robô navega pela web identificando páginas; (ii) uma vez identificada, a página passa por uma indexação, que cataloga e mapeia cada palavra existente, compondo a base de dados para as pesquisas; e (iii) realizada uma busca pelo usuário, um processador compara os critérios da pesquisa com as informações indexadas e inseridas na base de dados do provedor, determinando quais páginas são relevantes e apresentando o resultado. (ANDRIGHI, 2012, p. 70)

O que se tem em relação aos provedores de busca de produtos é justamente uma plataforma de indexação que cria catálogos de produtos comercializados por terceiros (em páginas de *e-commerce*) e que passam a ser apresentados em forma de listas comparativas, até mesmo com gráficos de evolução dos preços e possibilidade de criação de lembretes ou alertas informando ao usuário eventual redução de preços.

Essencialmente, são conteúdos gerados por terceiros que se aglutinam em uma página sintética para consulta pelo *ciberconsumidor*. Tais empresas, em suas próprias apresentações e descrições dos serviços que prestam, identificam-se como “classificados de jornal”, mas em plataforma *online*, disponibilizando aos usuários anúncios de lojas variadas, a título gratuito, com objetivo de oferecer um serviço de busca e comparação de condições de venda por meio do qual os usuários também podem encontrar informações sobre forma de pagamento, preços e meios de entrega, não tendo qualquer ingerência sobre o conteúdo de tais anúncios.

4.3 BREVE PANORAMA DO TEMA NA EXPERIÊNCIA ESTRANGEIRA

Antes de adentrar especificamente na análise do precedente da jurisprudência brasileira, mister analisar, em breves linhas, como a experiência estrangeira vem se reportando à responsabilidade civil dos provedores de busca. O tema é interessante na medida em que a Europa já se encontra sob os efeitos do Regulamento Geral de Proteção de Dados (RGPD, ou GDPR, na sigla em inglês), editado em 27 de abril de 2016 e implementado em 25 de maio de 2018. No Brasil, apenas para traçar um paralelo, a Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018 (a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, ou LGPD), com largo período de *vacatio legis*, sequer entrou em vigor e já sofreu densas alterações.

Segundo Willem van Boom (2011, p. 361), os consumidores são indivíduos e, portanto, não são idênticos, suas habilidades cognitivas e, de fato, sua necessidade subjetiva de cognição podem diferir. Enquanto alguns gastam muito tempo e esforço no processamento de informações antes de tomar decisões, outros podem não se incomodar tanto e preferir recorrer a seus atalhos “rápidos e frugais” para acelerar o processo de decisão.

Fala-se em uma natureza ‘inovadora’ das práticas consumeristas (HONDIUS, 2012, p. 167), o que reforça a ideia de van Ooijen e Vrabec (2019, p. 102), para quem a proteção de dados exerce um papel fundamental neste processo de reafirmação, uma vez que permite o exercício do controle em estágios derradeiros do processamento de dados, por mecanismos como a portabilidade de dados, o direito de acesso e o direito à deleção (*erasure*).

A Diretiva da União Europeia para o comércio eletrônico³⁵ é a norma fundamental para práticas relativas à publicidade e à intermediação nas relações de consumo. Segundo Pablo Baistrocchi (2003, p. 112-114), a normativa é fortemente inspirada no *Digital Millennium Copyright Act* norte-americano, e, quando de seu advento – mais de uma década antes da aprovação do RGPD –, em termos de responsabilidade civil, sinalizava que, “com um sistema de responsabilidade estrita, um ISP [*Internet Service Provider*] será responsabilizado independentemente de seu conhecimento e controle sobre o material que é disseminado por suas instalações.” (tradução nossa) Em sentido contrário, tem-se, dentre tantos outros, o posicionamento de Joris van Hoboken: “[a] análise da responsabilidade de provedores de serviços de busca, na regulação da Internet, que atuam como intermediários, está inadequadamente tratada, ao menos sob uma perspectiva europeia.” (tradução nossa)

Fato é que a postura drástica de parte da doutrina, aproximada à teoria do risco integral, foi superada com o advento do RGPD, que estabelece regime de responsabilidade civil específico no seu artigo 82 para os processos relacionados à coleta, ao tratamento e à armazenagem de dados pessoais (inclusive nas relações de consumo). Com isso, é evidente que nuances específicas das atividades desses provedores passaram a nortear o processo de investigação e responsabilização.

5 O LEADING CASE BRASILEIRO SOBRE O TEMA

Após longa disputa judicial acerca da responsabilidade civil dos provedores de busca de produtos na Internet, o Superior Tribunal de Justiça enfrentou o tema no julgamento do Recurso Especial nº 1.444.008/RS, divulgado no Informativo nº 593 da Corte, em que uma microempresária consumidora, domiciliada no Estado do Rio Grande do Sul, demandou contra o provedor Shopping UOL postulando a reparação civil de danos decorrentes da não

³⁵ Sobre a diretiva, segundo Lucie Guibault (2008, p. 412): “*The Electronic Commerce Directive’s main purpose regarding the formation of contracts is to ensure that the legal system of each Member State allows contracts to be validly concluded by electronic means. To this end, service providers have an obligation to provide certain information prior to the conclusion of the contract. Moreover, contract terms and general conditions provided to the recipient must be made available in a way that allows her to store and reproduce them. The Electronic Commerce Directive requires that the following information be provided to the other contracting party before the conclusion of the transaction: the name and geographic and electronic address of the provider of the service (Article 5(1)(a)(b)(c)), a clear indication of the price (Article 5(2)), information on which codes of conduct apply and where to consult them electronically (Article 10(2)) and the obligation to make the contract terms and general conditions available in a way that allows the consumer to store and reproduce them (Article 10(3))*”.

entrega de um produto por ela adquirido no *website* VNTShop (www.vntshop.com), após acessar anúncio catalogado nas buscas do primeiro.

O voto condutor do julgamento foi proferido pela Relatora, Ministra Nancy Andrighi, partindo do delineamento do conceito de fornecedor para o Código de Defesa do Consumidor e concluindo pelo enquadramento do provedor de busca de produtos demandado como “fornecedor equiparado”, por integrar a cadeia de fornecimento nas interações com o consumidor-comprador. (BRASIL, 2016, p. 12)

Em termos fundamentais, o que se destacou foi que o dever de informação – fundamental para a intermediação do negócio jurídico – está atrelado, primordialmente, à atuação do provedor de busca de produtos. Apenas em segundo nível de interação, depois de clicar no anúncio pesquisado e ser conduzido ao sítio virtual do comerciante, é que se dariam as operações de concretização da compra, preenchimento dos formulários cadastrais e pagamento, culminando na perfectibilização da compra e venda.

Invocando o disposto no artigo 7º do Código de Defesa do Consumidor, apontou-se o envolvimento do provedor de busca de produtos na cadeia comercial e pontou-se a necessidade de distinguir-se o papel deste frente ao do próprio varejista virtual.

Eis o trecho:

Há contudo, uma situação muito distinta quando o prestador de buscas de produtos se limita a apresentar ao consumidor o resultado da busca, de acordo com os argumentos de pesquisa fornecidos por ele próprio, sem participar da interação virtual que aperfeiçoará o contrato eletrônico.

Nestas hipóteses, após a busca, o consumidor é direcionado ao site ou recurso do vendedor do produto, interagindo somente com o sistema eletrônico fornecido por este, e não pelo prestador de busca de produtos. Também se diferencia da situação anterior, pela ausência da cobrança de comissões sobre as operações realizadas, pois nestas circunstâncias os rendimentos dos prestadores de busca se originam da venda de espaço publicitário. (ibid., p. 11)

O julgamento proferido pelo STJ, em sentido diverso das decisões proferidas em 1ª e 2ª Instâncias, ponderou a necessidade de distinção dos modelos comerciais explorados por variados provedores de busca de produtos, a partir da investigação sobre as fontes de lucro destes portais e da existência ou não de interações dos usuários com a própria plataforma.

Em sentido diverso ao das decisões combatidas, analisou o STJ que responsabilizar a empresa demandada pelos fatos narrados e pela falha decorrente da não entrega de produto por terceira pessoa (a empresa de varejo virtual) “seria como responsabilizar um jornal ou

uma revista pelo produto anunciado, considerando que também eles auferiram rendimentos pela venda de espaço publicitário” (BRASIL, 2016, p. 14).

Ponderou-se, ainda, o seguinte:

Responsabilizar a recorrente por todas as vendas propiciadas pelas buscas por ela realizadas, seria como impor-lhe a obrigação de filtrar e verificar a ausência de fraude de cada uma das lojas virtuais existentes na Internet. Sobre essa obrigação, rememora-se o que decidiu esta Corte no precedente mencionado acima, sobre buscadores de conteúdo na Internet:

No que tange à filtragem do conteúdo das pesquisas feitas por cada usuário, não se trata de atividade intrínseca ao serviço prestado, de modo que não se pode reputar defeituoso, nos termos do art. 14 do CDC, o site que não exerce esse controle sobre os resultados das buscas. (ibid., loc. cit.).

Concluiu-se, por derradeiro, que a ausência de intermediação entre o consumidor-comprador e o vendedor do produto pelo provedor de busca de produtos retiraria qualquer possibilidade de responsabilização deste último por eventuais falhas concernentes ao negócio jurídico firmado entre os dois primeiros.

A preocupação que se extrai da análise do julgado reside exatamente na essência da responsabilidade civil de cariz objetivo, açambarcada pelo Código de Defesa do Consumidor.

A ampla maioria da doutrina indica o acolhimento do risco-proveito como elemento norteador da responsabilidade objetiva nas relações de consumo, fundando-se no princípio *ubi emolumentum ibi onus*, que se traduz na responsabilidade daquele que extrai vantagem ou proveito do fato causador do dano, tornando-se obrigado, por conseguinte, a repará-lo.

A lógica desta concepção situa-se na ideia de que, se a atividade econômica desenvolvida propicia enriquecimento ao seu empreendedor e, paralelamente, a possibilidade de dano a quem executa o serviço, nada mais justo que, em caso de dano, ainda que ausente a culpa ou o dolo, o explorador da atividade seja responsabilizado. Em simples palavras, quem cria riscos potenciais de dano para outrem deve suportar os ônus correspondentes.

A principal crítica que se faz a esta teoria está na dificuldade de se definir o que seja “proveito”, especialmente porque, se vinculado ao fator lucro ou vantagem econômica, seria inconcebível a responsabilização de todos aqueles que não fossem industriais ou comerciantes.

Paulo Sérgio Gomes Alonso (2000, p. 64) assevera que o conceito em questão deve ser entendido em sentido amplo, de modo a considerar que toda e qualquer atividade possa trazer algum tipo de vantagem, legitimando seus beneficiários à responsabilização por

eventuais danos. Outra crítica feita a esta teoria diz respeito à necessidade de prova efetiva do proveito, que, se admitida, configuraria o retorno ao sistema subjetivo, com todas as dificuldades a ele inerentes, não resultando em real evolução.

Noutro norte, parte da doutrina advoga a aplicação da teoria do risco criado, que se lastreia em qualquer atividade ou ato humano que possa gerar danos aos demais, independentemente de qualquer proveito que possa auferir o explorador desta atividade, sem que se necessite perquirir, também, qualquer tipo de culpa.

Sobre esta teoria, Facchini Neto (2010, p. 8) explica que:

Dentro da teoria do risco criado, destarte, a responsabilidade não é mais a contrapartida de um proveito ou lucro particular, mas sim a consequência inafastável da atividade em geral. A ideia de risco perde seu aspecto econômico, profissional. Sua aplicação não mais supõe uma atividade empresarial, a exploração de uma indústria ou de um comércio, ligando-se, ao contrário, a qualquer ato do homem que seja potencialmente danoso à esfera jurídica de seus semelhantes. Concretizando-se tal potencialidade, surgiria a obrigação de indenizar.

Evidentemente, trata-se de teoria mais abrangente do que a do risco-proveito, pois aumenta os encargos do agente, que não tem que provar que o dano resultou de vantagem ou de benefício obtido por seu causador, devendo buscar seus meios de defesa em outros fundamentos.

O aresto sob análise, evidentemente, distanciou-se do risco criado e aproximou-se do risco-proveito, ao eleger como fundamentos para o descarte da responsabilização do provedor de busca de produtos na Internet os fatos de este não interagir diretamente com o consumidor na concretização do negócio jurídico e de não auferir lucro direto após a perfectibilização do contrato eletrônico.

6 CONCLUSÃO

A despeito das respostas imediatas que o Código de Defesa do Consumidor propicia no hodierno cenário jurídico das relações de consumo, é perceptível o papel desempenhado pela jurisprudência na fixação de diretrizes e no suprimento de lacunas aos casos que envolvem a Internet, notadamente no âmbito do comércio eletrônico.

Viu-se ao longo deste trabalho que o surgimento da Internet, com sua evolução e crescente participação dos indivíduos nas interações virtuais, deu lugar a um novo paradigma

de relações jurídicas, que recebe influxos informacionais a todo o tempo e que se modifica incessantemente, fazendo surgir novos modelos inter-relacionais que, eventualmente, não encontram clara solução jurídica.

Anotou-se as peculiaridades que envolvem a figura do ciberconsumidor, destacando-se o relevante papel que o dever de informação exerce no fomento às relações de consumo em meio eletrônico e ponderou-se acerca da participação dos provedores de busca de produtos na cadeia de consumo para, no derradeiro capítulo do artigo, analisar-se o precedente de exórdio do Superior Tribunal de Justiça a tratar da responsabilidade civil dessas empresas: o Recurso Especial nº 1.444.008/RS, veiculado no Informativo nº 593 da Corte.

O julgamento proferido no aresto sob análise afastou a responsabilidade civil do provedor de busca de produtos demandado no caso concreto, acolhendo a teoria do risco-proveito e destacando os fatos de a referida empresa não interagir diretamente com o consumidor na concretização do negócio jurídico e de a mesma não auferir lucro direto após a perfectibilização do contrato eletrônico.

Em que pese a teoria do risco criado ostentar diminuta guarida na doutrina consumerista pátria, o julgamento em questão desperta inquietudes frente à dinâmica que o direito do consumidor exige quando inserida no plano digital. Isso porque, sendo o consumo eletrônico um fenômeno global irrefreável, as regras relativas a ele devem propiciar a maior proteção possível do consumidor no comércio eletrônico, realidade esta que se distancia do entendimento firmado no julgado em questão.

Não se pode olvidar do fato de que o consumidor é, via de regra, um leigo em assuntos relacionados à informática, o que realça o dever dos provedores de busca de produtos não apenas quanto à segurança dos anúncios que veiculam, mas também quanto à confiabilidade que transmitem aos usuários que deles se valem para encontrar os produtos que desejam.

Este elemento fundamental – a confiança – deve sempre imperar nas relações hauridas pela boa-fé objetiva, independentemente das nuances econômicas que propiciem o retorno financeiro desses agentes virtuais. Isso porque, a despeito das conclusões do julgado no tocante à ausência de lucro direto na perfectibilização da compra e venda entre consumidor e vendedor, é preciso ter em conta que a lucratividade indireta (advinda da venda de espaços publicitários) desses provedores de busca lhes confere inegável crescimento econômico, uma vez que mais e mais consumidores passam a acessar o portal, expondo-se aos anúncios (pagos) exibidos em seus *layouts*.

A rigor, as elementares exigidas pelos artigos 3º, §2º, e 7º do Código de Defesa do Consumidor para a configuração da cadeia de consumo e para a responsabilização do fornecedor equiparado parecem estar presentes na dinâmica descrita, ainda que, alegadamente, as buscas por produtos sejam gratuitas.

Com efeito, a gratuidade do serviço, por si só, não afasta a possibilidade de responsabilização do agente, o que só faz elevar a inquietude gerada pelo aresto em questão, eis que uma compreensão mais detalhada do caso concreto revela que, indiretamente, há lucratividade decorrente da intermediação dos negócios.

O fato de inexistirem interações para a conclusão da compra e venda na própria plataforma do provedor de busca de produtos é outro argumento que não parece ter o condão de sufragar o amparo conferido pela legislação de consumo ao consumidor – parte mais vulnerável desta inter-relação – notadamente porque é no provedor de busca que o consumidor-comprador depositará toda a sua confiança para pesquisa de preços, acesso ao sítio do varejista e, eventualmente, aquisição do produto.

Conclui-se, assim, que o desfecho explicitado no aresto, infelizmente, não coincide com a dinâmica protetiva esperada para um caso dessa natureza, à luz do que prevê o Código de Defesa do Consumidor. Por todo o exposto, não se pode conceber um cenário no qual o provedor de busca de produtos obtenha vantagens, ainda que indiretas, e não assuma qualquer tipo de responsabilidade pelos conteúdos cuja veiculação se dá em sua plataforma, ainda que sejam gerados por terceiros.

REFERÊNCIAS

ANDRIGHI, Fátima Nancy. A responsabilidade civil dos provedores de pesquisa via Internet. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, São Paulo, v. 78, n. 3, p. 64-75, jul./set. 2012.

ALONSO, Paulo Sérgio Gomes. *Pressupostos da responsabilidade civil objetiva*. São Paulo: Saraiva, 2000.

BAISTROCCHI, Pablo. Liability of intermediary service providers in the EU Directive on Electronic Commerce. *Santa Clara High Technology Law Journal*, Santa Clara, v. 19, n. 1, jan. 2003.

BARBAGALO, Erika Brandini. Aspectos da responsabilidade civil dos provedores de serviços na Internet. In: LEMOS, Ronaldo; WAISBERG, Ivo. *Conflitos sobre nomes de domínio e outras questões jurídicas da Internet*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BAUMAN, Zygmunt. *Vida para o consumo: a transformação das pessoas em mercadoria*. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

BRASIL. *Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990*. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm. Acesso em: 02 jul. 2018.

_____. *Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014*. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da *Internet* no Brasil. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm. Acesso em: 02 jul. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.316.921/RJ*. Relatora: Ministra Nancy Andrighi, 26 de junho de 2012. Disponível em: <https://bit.ly/2u5hGA5>. Acesso em: 07 jul. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.444.008/RS*. Relatora: Ministra Nancy Andrighi, 25 de outubro de 2016. Disponível em: <https://bit.ly/2KYLRQ>. Acesso em: 01 jul. 2018.

CASTELLS, Manuel. *Fim de milênio. A era da informação: economia, sociedade e cultura*. São Paulo: Paz e Terra, 1999. v. 3

DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

FACCHINI NETO, Eugênio. Da responsabilidade civil no novo código. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, Porto Alegre, v. 76, n. 1, p. 17-63, jan./mar. 2010.

FINKELSTEIN, Maria Eugênia. *Aspectos jurídicos do comércio eletrônico*. Porto Alegre: Síntese, 2004.

GUIBAULT, Lucie. Accommodating the needs of iConsumers: making sure they get their money's worth of digital entertainment. *Journal of Consumer Policy*, Berlin/Heidelberg: Springer-Verlag, v. 31, p. 409-423, 2008.

HONDIUS, Ewoud. The innovative nature of consumer law. *Journal of Consumer Policy*, Berlin/Heidelberg: Springer-Verlag, v. 35, p. 165-173, 2012.

KANAAN, João Carlos. *Informática global*. 2. ed. São Paulo: Pioneira, 1998.

KLEE, Antonia Espindola Longoni. *Comércio eletrônico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

LEAL, Sheila do Rocio Cercal Santos. *Contratos eletrônicos: validade jurídica dos contratos via Internet*. São Paulo: Atlas, 2007.

LEONARDI, Marcel. *Responsabilidade civil dos provedores de serviços de Internet*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005.

LESSIG, Lawrence. *The future of ideas: the fate of the commons in a connected world*. Nova York: Random House, 2001.

LÉVY, Pierre. *As tecnologias da inteligência: o futuro do pensamento na era da informática*. São Paulo: Editora 34, 2010.

LIMEIRA, Tânia Vidigal. *E-marketing na Internet com casos brasileiros*. São Paulo: Saraiva, 2003.

LONGHI, João Victor Rozatti. Marco Civil da Internet no Brasil: breves considerações sobre fundamentos, princípios e análise crítica do regime de responsabilidade civil dos provedores. In: MARTINS, Guilherme Magalhães; LONGHI, João Victor Rozatti. (Coords.). *Direito digital: direito privado e Internet*. 2. ed. Indaiatuba: Foco, 2019.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Comércio eletrônico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MARQUES, Claudia Lima. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. *Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor: um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MARTINS, Guilherme Magalhães. *Responsabilidade civil por acidente de consumo na Internet*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MODENESI, Pedro. Contratos eletrônicos de consumo: aspectos doutrinário, legislativo e jurisprudencial. In: MARTINS, Guilherme Magalhães; LONGHI, João Victor Rozatti. (Coords.). *Direito digital: direito privado e Internet*. 2. ed. Indaiatuba: Foco, 2019.

NYBØ, Erik Fontenele. *O poder dos algoritmos: como os algoritmos influenciam as decisões e a vida das pessoas, das empresas e das instituições na Era Digital*. São Paulo: Enlaw, 2019.

PENHA, Fabiana Cristhina Almeida da. O sistema de responsabilidade civil aplicável aos provedores de serviços de Internet. *Revista Autônoma de Direito Privado*, Curitiba, v. 5, n. 2, p. 365-397, jul./dez. 2008.

PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PINHEIRO, Patrícia Peck. *Direito digital*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 2009.

SANTOLIM, Cesar Viterbo Matos. Os princípios de proteção do consumidor e o comércio eletrônico no direito brasileiro. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 55, p. 53-84, jul./set. 2005.

SERRO, Bruna Manhago. Da responsabilidade civil dos provedores de aplicações frente à Lei 12.965/2014: análise doutrinária e jurisprudencial. *Revista Magister de Direito Empresarial, Concorrencial e do Consumidor*, São Paulo, v. 57, p. 65-79, 2014.

SOLOVE, Daniel. J. *Nothing to hide: the false tradeoff between privacy and security*. New Haven: Yale University Press, 2011.

VAIDHYANATHAN, Siva. *A Googelização de tudo (e por que devemos nos preocupar): a ameaça do controle total da informação por meio da maior e mais bem-sucedida empresa do mundo virtual*. São Paulo: Cultrix, 2011.

VAN BOOM, Willem H. Price intransparency, consumer decision making and European consumer law. *Journal of Consumer Policy*, Berlin/Heidelberg: Springer-Verlag, v. 34, p. 359-376, 2011.

VAN HOBOKEN, Joris. *Search engine freedom: on the implications of the right to freedom of expression for the legal governance of web search engines*. Amsterdam: Kluwer Law International, 2012.

VAN OOIJEN, Iris; VRABEC, Helena U. Does the GDPR enhance consumers' control over personal data? An analysis from a behavioural perspective. *Journal of Consumer Policy*, Berlin/Heidelberg: Springer-Verlag, v. 42, p. 91-107, 2019.

AS RESERVAS NATURAIS URBANAS COMO MATERIALIZAÇÃO DA AGENDA 2030 E DA NOVA AGENDA URBANA

URBAN NATURAL RESERVES AS A MATERIALIZATION OF 2030 AGENDA AND NEW URBAN AGENDA

Jorge Luis Jurado Pérez.³⁶

Resumo: Com a expansão das cidades, surgem problemas sociais, econômicos e ambientais objetos de discussões no quadro das Nações Unidas, em que são elaboradas agendas globais com planos de ação a longo prazo. Assim, o presente artigo tem como objetivo analisar a Agenda 2030, a Nova Agenda Urbana (NAU), especialmente seu conteúdo ambiental, e alguns aspectos ambientais do Estatuto da Cidade e Estatuto da Metrópole, para identificar se a criação de Reservas Naturais Urbanas (RNU's) é uma forma de materializar essas agendas e, portanto a possibilidade de observá-las como ferramenta para obtenção de alguns dos seus objetivos, verificando também se a normatividade brasileira de planejamento urbano estudada permite adiantar seu estabelecimento. O método de pesquisa utilizado foi o teórico-dedutivo, porque se partiu do entendimento geral da origem, natureza e objetivos das agendas, para posteriormente desenvolver o conceito de reserva natural urbana (RNU) e revisar a possibilidade de sua criação pelos governos locais no Brasil, sendo feita uma revisão de doutrina nacional e estrangeira e de informações contidas em sítios web especializados. Uma conclusão geral sustenta que a constituição de RNU's é uma ferramenta para alcançar alguns dos objetivos ambientais estabelecidos nas agendas estudadas.

Palavras-chave: Agenda 2030. Cidades. Desenvolvimento Urbano. Nova Agenda Urbana. Reserva Natural Urbana.

Abstract: With the expansion of cities, social, economic and environmental problems arise, which are the subject of discussions within the United Nations, where global agendas are drawn up with long-term action plans. Thus, this article goal is study and analyze the 2030 Agenda and the New Urban Agenda (NUA), especially its environmental content and some environmental aspects of City Statute and Metropolis Statute, to identify if creation of Urban Nature Reserves (UNR's) is a way to materialize these agendas and therefore it's possible to observe them as a tool to achieve some of its goals, also verifying if Brazilian urban planning norms allows to advance its establishment. The research method used was the theoretical-

³⁶ Advogado da Universidade Santo Tomás de Bogotá e Mestre em Direito com ênfase em Direito dos Recursos Naturais da Universidade Externado da Colômbia. Estudante do Doutorado em Direito Ambiental Internacional da Universidade Católica de Santos. Bolsista do Programa Estudantes-Convênio de Pós-Graduação – PEC-PG, da CAPES/CNPq – Brasil.

deductive, because it started from the general understanding of the origin, nature and goals of agendas, to later develop the concept of urban nature reserve (UNR) and review the possibility of its creation by local governments in Brazil, with a review of national and foreign doctrine and information on specialized websites. A general conclusion holds that the constitution of UNR's is a tool for cities to achieve some of the environmental goals established in the studied agendas.

Keywords: 2030 Agenda. Cities. Urban Development. New Urban Agenda. Urban Natural Reserve.

Resumen: Con la expansión de las ciudades surgen problemas sociales, económicos y ambientales objeto de discusiones en el marco de las Naciones Unidas, en donde son elaboradas agendas globales con planes de acción a largo plazo. Así, el presente artículo tiene como objetivo, estudiar y analizar la Agenda 2030 y la Nueva Agenda Urbana (NAU), especialmente su contenido ambiental, así como algunos aspectos ambientales del Estatuto de la Ciudad y del Estatuto de las Metrópolis, para identificar si la creación de reservas naturales urbanas (RNU's) es una forma de materializar esas agendas y por tanto sea posible observar las mismas como una herramienta para alcanzar algunos de sus objetivos, verificando también si la normatividad brasilera de planificación urbana estudiada permite adelantar su desarrollo. El método de investigación usado fue el teórico-deductivo, porque se partió del entendimiento general del origen, naturaleza y objetivos de las agendas, para posteriormente desarrollar el concepto de reserva natural urbana (RNU) y revisar la posibilidad de su creación por los gobiernos locales en Brasil, siendo hecha una revisión de doctrina nacional y extranjera y de informaciones contenidas en sitios web especializados. Una conclusión general sostiene que la constitución de RNU's es una herramienta para desde las ciudades alcanzar algunos de los objetivos ambientales establecidos en las agendas estudiadas.

Palabras clave: Agenda 2030. Ciudades. Desarrollo Urbano. Nueva Agenda Urbana. Reserva Natural Urbana.

1 INTRODUÇÃO

A adequada gestão e o planejamento das cidades são tópicos *sine quibus non* com os quais é possível alcançar seu desenvolvimento sustentável, permitindo identificar diferentes problemas próprios das cidades e estabelecer ótimos mecanismos de solução. Porém a realidade de crescimento das cidades ao redor do mundo indica que existem deficiências nos âmbitos social, econômico e ambiental que merecem atenção pelos diferentes governos nacionais, regionais e locais, para, desta forma, melhorar a qualidade de vida de muitas pessoas, garantindo o pleno exercício dos seus direitos fundamentais.

Um desses direitos é o direito ao ambiente saudável, cuja garantia, no interior das cidades, é cada vez mais difícil de alcançar, tendo em vista as diferentes dinâmicas urbanas e a deterioração progressiva das condições ambientais. Seja porque não existe, em alguns casos, uma preocupação pública sobre este tópico ou porque o estilo de vida célere e agitado dos cidadãos, somado ao sistema de consumo, à produção e à falta de informação, e inclusive educação ambiental, não lhes permite ter como prioridade a questão ambiental.

Além disso, as cidades hoje são reconhecidas por gerar intensas pressões no meio ambiente global, devido em parte ao aumento de sua população e porque, para alcançar certo grau de desenvolvimento e condições de habitação adequadas, se apresenta uma alta demanda de recursos naturais, uma expansão dos seus perímetros, às vezes sem controle nenhum, um aumento na produção de resíduos e, além disso, uma contribuição importante na poluição do ar e nas emissões de gases de efeito estufa (GEE), esses últimos responsáveis por fenômenos como o aquecimento global e as consequentes mudanças climáticas.

Pelas razões expostas, nos territórios das cidades, é importante desenvolver ações de proteção e conservação da natureza que permitam de alguma forma ajudar no desfrute do direito ao meio ambiente saudável à cidade e à saúde, os quais estão sendo altamente afetados pela falta de espaços naturais urbanos. Porém, estratégias nesse sentido não são sempre adiantadas pelos governos nem exigidas pela cidadania, pois persiste no imaginário comum a ideia de que as atividades de conservação dos ecossistemas são próprias ou mais necessárias em espaços rurais ou afastados das cidades.

Apesar do panorama anteriormente descrito, no âmbito das Nações Unidas existem diferentes planos de ação de longo prazo, cujas finalidades são o melhoramento das condições de vida das pessoas que moram nas cidades, assim como da forma na qual estas aglomerações estão sendo planejadas, procurando sua adaptação às mudanças climáticas e o uso sustentável dos recursos naturais. Por essas razões, o presente artigo tem como objetivo analisar a Agenda 2030 e a Nova Agenda Urbana (NAU), especialmente no seu conteúdo ambiental e no caso da primeira, fazendo ênfase no Objetivo de Desenvolvimento Sustentável 11 (ODS11), assim como o estudo de alguns aspectos ambientais do Estatuto da Cidade e do Estatuto da Metrópole.

O anterior com a finalidade de identificar se a criação de Reservas Naturais Urbanas (RNU's), por parte dos governos locais das cidades, é uma forma de materializar as agendas globais de desenvolvimento antes mencionadas e, portanto, seja possível observar as mesmas

como uma ferramenta para atingir alguns dos seus objetivos, verificando igualmente se a normatividade brasileira de planejamento urbano estudada permite adiantar esses processos de estabelecimento de reservas.

A hipótese da pesquisa fixada, e que pretende ser confirmada ou negada com o artigo, sustenta que, de fato, os processos de estabelecimento ou criação de RNU's desenvolvidos pelos governos locais das cidades podem ser, sim, uma estratégia adequada para materializar algumas das abordagens das agendas e atingir alguns dos seus objetivos, pela forte ligação existente entre conservação da natureza urbana e a sustentabilidade das cidades. Proposta que, no caso brasileiro, conta com o devido sustento normativo.

O método de pesquisa utilizado foi o teórico-dedutivo, porque se partiu do entendimento geral da origem, natureza e objetivos das agendas, para posteriormente desenvolver o conceito de Reserva Natural Urbana (RNU) e revisar a possibilidade de sua criação pelos governos locais no Brasil, sendo feita igualmente uma revisão de doutrina tanto nacional como estrangeira e de informações contidas em sítios web especializados sobre os tópicos do presente trabalho.

Nesse sentido, o artigo está constituído por três diferentes itens, no primeiro se faz uma contextualização sobre a origem, objetivo e natureza jurídica das agendas de desenvolvimento sustentável (Agenda 2030) e Nova Agenda Urbana (NAU), assim como da sua consideração como fonte de direito internacional; no segundo item, é exposto o conceito de RNU, assim como as razões pelas quais sua constituição pelos diferentes governos locais pode ser considerada como a materialização de alguns objetivos das agendas acima mencionadas; e finalmente, no terceiro item, é feita uma revisão do conteúdo dos nomeados Estatuto da Cidade e Estatuto da MetrÓpole, com a finalidade de identificar se nesta normatividade são consideradas as questões ambientais para o planejamento das cidades e se é possível que os governos municipais ou locais possam criar RNU's no interior dos perímetros urbanos.

2 CONTEXTUALIZAÇÃO

No âmbito do direito internacional, uma das discussões jurídicas mais reiterada é aquela relacionada as suas diferentes fontes, chegando atualmente a um consenso entre os

doutrinadores sobre sua divisão em *hard law* e *soft law*, grupos nos quais estão classificadas as fontes em razão de sua obrigatoriedade ou flexibilidade, respectivamente.

Dessa forma, no *hard law* encontramos os diferentes instrumentos internacionais com força jurídica vinculante para os Estados, como os tratados, acordos, convenções e seus diferentes protocolos. Frente aos quais não existe uma discussão tão grande como quando se aborda o *soft law*, já que os documentos que fazem parte deste grupo rompem de fato com a tradição jurídica internacional baseada no conceito de que só a vontade dos Estados pode estar refletida em um tratado bilateral ou multilateral, com vocação de gerar verdadeiro direito em função de sua exigibilidade.

Assim, segundo Souza e Leister (2015, p. 769-770) um dos tópicos em que o *soft law* tem uma clara presença é o relacionado aos riscos globais e a degradação ambiental, porquanto os mesmos são uma preocupação global que ultrapassa os interesses individuais dos Estados e, junto ao aumento de agências internacionais regulatórias, desenvolveram a criação de normas *soft*, entendidas por Nasser (2015, apud SOUZA; LEISTER, 2015, p. 769-770) como instrumentos que se bem são concertados entre os Estados assinantes, não são a priori obrigatórios.

Embora os instrumentos do *soft law* não sejam obrigatórios, fazem parte do direito internacional, gerando igualmente uma série de responsabilidades frente ao cenário internacional, cujo cumprimento depende na sua totalidade da boa-fé e cooperação dos Estados, em razão da dificuldade de obtê-lo através de outros meios.

Sobre o aspecto anterior, Beyerlin e Marauhn (2011, p. 289-291), ao se referir ao *soft law* ambiental internacional, manifestam que, se bem sua origem é não-legal, de igual forma que as normas *hard law* possuem qualidade normativa, e dizer, capacidade de direcionar direta ou indiretamente a conduta do destinatários, característica segundo a qual é possível diferenciar uma norma *soft law* dos meros ideais políticos ou morais.

Pois bem, um dos exemplos de criação de normas *soft* no contexto internacional se encontra relacionado à visão de desenvolvimento urbano desenhada no quadro das Nações Unidas e suas diferentes agências e programas, que têm como resultados relevantes a emissão de uma série de compromissos e boas intenções dos Estados, cujos conteúdos encontram-se em diversas agendas de desenvolvimento, como a Agenda 2030 e a NAU³⁷.

³⁷ As agendas e planos de ação são classificados por Nasser (2006, p. 117-140) como um exemplo de “Instrumentos Concertados Não Obrigatórios Criados Pelos Estados”, os quais se bem são concertados não são tratados e em princípio não criam obrigações jurídicas.

Nesse sentido, a Agenda 2030 é um plano de ação de longo prazo discutido e negociado durante anos, além de aprovado em 2015 pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas (ONU), no qual os países assinantes propõem dezessete objetivos, com a finalidade de que o desenvolvimento a escala global esteja baseado em uma relação equilibrada entre as dimensões econômica, social e ambiental para que o mesmo seja sustentável (ONU, 2015), motivo pelo qual estas metas foram chamadas como Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS).

A partir de uma leitura da Agenda 2030, é possível identificar que os objetivos estão intercomunicados, porquanto seu ótimo cumprimento dependerá do alcance de suas cento e sessenta e nove metas. Há, particularmente, o de número onze³⁸, focado especificamente na questão urbana, que reconhece o desenvolvimento urbano e a gestão sustentável como elementos fundamentais para manter a qualidade de vida da população e procura trabalhar conjuntamente com as autoridades e comunidades locais no planejamento das cidades e assentamentos humanos, para que dessa forma seja possível reduzir o impacto ambiental que atualmente exercem sobre o sistema climático global (ibid., p. 12).

Nesse tópico urbano, a Agenda 2030 igualmente manifesta a grande expectativa que os diferentes Estados tenham frente à Conferência das Nações Unidas sobre Habitação e Desenvolvimento Urbano Sustentável (ibid., loc. cit.), cuja realização estava programada para o ano seguinte e produz como resultado mais importante a adoção da NAU. Do mesmo modo que a Agenda 2030, a NAU, também conhecida como Habitat III, nasceu no âmbito da ONU e foi o resultado da Conferência acima citada, estabelecendo uma série de compromissos dos Estados assinantes com a forma de planejar as cidades durante os próximos vinte anos, dando ênfase à igualdade de oportunidades para todos, ao fim da discriminação e à importância das cidades mais limpas (id., 2016a).

³⁸ O objetivo número 11 pretende: “Tornar as cidades e os assentamentos humanos inclusivos, seguros, resilientes e sustentáveis”. Tem como metas: 11.1) Garantir o acesso de todos à habitação segura, adequada e a preço acessível; 11.2) Proporcionar acesso a sistemas de transporte seguros, acessíveis e sustentáveis; 11.3) Aumentar a urbanização inclusiva e sustentável; 11.4) Fortalecer esforços para proteger e salvaguardar o patrimônio cultural e natural do mundo; 11.5) Reduzir o número de mortes e pessoas afetadas por catástrofes; 11.6) Reduzir o impacto ambiental negativo per capita das cidades, prestando especial atenção à qualidade do ar e gestão de resíduos municipais; 11.7) Proporcionar acesso universal a espaços públicos seguros, inclusivos, acessíveis e verdes; 11.a) Apoiar relações econômicas, sociais e ambientais positivas entre áreas urbanas, periurbanas e rurais reforçando o planejamento nacional e regional de desenvolvimento; 11.b) Aumentar substancialmente o número de cidades e assentamentos humanos adotando e implementando políticas e planos integrados para a inclusão, a eficiência dos recursos, mitigação e adaptação às mudanças climáticas, a resiliência a desastres; 11.c) Apoiar os países menos desenvolvidos por meio de assistência técnica e financeira, para construções sustentáveis e resilientes. (ONU, 2015, p. 30-31).

Os tópicos acima mencionados são, com certeza, uma reafirmação e impulso dos ODS, fazendo parte do direito internacional na sua forma *soft*, direito de cumprimento difuso ou flexível para os Estados, porém um mecanismo gerador de direito internacional derivado das relações desses, cada vez mais comum e com efeitos verificáveis nas diferentes atuações individuais de cada país, as quais refletirão o verdadeiro impacto das disposições *soft*.

Contudo, a forma de produção de direito internacional até agora relatada não é nova, sendo um costume utilizado pelos Estados, é assim no caso das agendas. Pode-se trazer como exemplos mais representativos a Agenda 21³⁹, um dos produtos da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento realizada no Rio de Janeiro em 1992 (COELHO; GOLDEMBERG, 2015, p. 12) e, por outro lado, a Declaração do Milênio, que tinha no seu conteúdo os Objetivos de Desenvolvimento do Milênio (ODM), antecedente imediato dos ODS, esses últimos cuja gestação é atribuída aos resultados da conferência da ONU de 2012, chamada Rio+20 (SUSTAINABLE DEVELOPMENT GOALS FUND, 2018).

Já no plano da NAU, os antecedentes se remontam até 1976, ano em que foi realizada a primeira Conferência das Nações Unidas sobre Assentamentos Humanos (Habitat I), na cidade de Vancouver (Canadá), cujo resultado em matéria de direito *soft* foi a Declaração de Vancouver sobre Assentamentos Humanos, na qual os países reconheceram a necessidade de estímulo de assentamentos urbanos sustentáveis (GALINDO; MONTEIRO, 2016, p. 26), já que o problema não é um tópico que possa ser abordado de forma isolada das questões sociais e econômicas, e que as inadequadas circunstâncias de vida de um grande número de pessoas estão diretamente relacionadas, entre outras causas, à urbanização descontrolada (ONU, 1976).

Vinte anos depois, tem lugar em Istambul (Turquia) a segunda conferência (Habitat II), reunião que, através da Declaração de Istambul sobre Assentamentos Humanos, estabeleceu a chamada Agenda Habitat, na qual os Estados reafirmam a vontade de lograr progressivamente o pleno direito de moradia adequada para todos⁴⁰, o desenvolvimento

³⁹ A Agenda 21 pode ser definida como um instrumento de planejamento para a construção de sociedades sustentáveis, em diferentes bases geográficas, que concilia métodos de proteção ambiental, justiça social e eficiência econômica. (MINISTERIO DO MEIO AMBIENTE DO BRASIL, 2018).

⁴⁰ Conforme ao artigo 25 da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, “1. Todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e à sua família saúde, bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis e direito à segurança em caso de desemprego, doença invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle.” (ONU, 1948, tradução nossa)

sustentável dos assentamentos humanos e a promoção de mudanças nos sistemas de produção e consumo, assim como a conservação do patrimônio histórico, cultural e ambiental (ONU, 1996).

Em suma, as agendas, objeto de estudo do presente artigo, são uma expressão não só das fontes de direito internacional *soft*, senão também dos novos regimes jurídicos internacionais, criados pelos Estados consensualmente, com a intervenção de outros atores não estatais e cuja efetividade de seu cumprimento está baseada na cooperação desses, sistema que, na atualidade, faz parte da nomeada governança global, entendida como um novo paradigma onde os Estados compartilham o poder com esses demais atores do cenário internacional (GONÇALVES, COSTA, 2015, p. 95-98), com a finalidade de dar solução às diferentes problemáticas internacionais, como é o caso do desenvolvimento sustentável das cidades.

3 A CRIAÇÃO DE RESERVAS NATURAIS URBANAS COMO MATERIALIZAÇÃO DAS AGENDAS

No mundo globalizado do século XXI, o crescimento das cidades é uma realidade que impõe uma série de desafios para os diferentes governos locais, regionais e nacionais, porque este fenômeno permite que muitas pessoas alcancem o sonho de obter uma moradia, a qual nem sempre é digna ou adequada. A verdade é que a forma pouco planejada em que as cidades estão crescendo tem consequências e impactos negativos na esfera econômica, social e ambiental, o que implica, igualmente, o atendimento de maiores necessidades⁴¹ para seu ótimo funcionamento.

Para Leite (2012, p. 20-23), a realidade acima mencionada não é nova, porque as cidades grandes existem desde o final do século I a.C., como a antiga Roma, além de outros casos como Bagdá, em seu auge entre 762 e 930 d.C., e, mais recentemente, Nova Iorque e Tóquio, que se posicionaram como líderes do mundo em diferentes épocas. Diferentemente, na atualidade, cada vez mais o número de grades concentrações humanas cresce pelo planeta, destacando sua presença em países em desenvolvimento (*ibid.*, loc. cit.).

⁴¹ Mota (1981, p. 16) classifica as necessidades das cidades em duas categorias: 1) Biológicas: ar; água, espaço, energia (alimento e calor); abrigo e disposição de resíduos. 2) Culturais: Organização política, sistema econômico (trabalho, capital, materiais e poder); tecnologia; transporte e comunicação, educação e informação, atividades sociais e intelectuais e segurança.

Conforme a NAU adotada em 2016, até 2050 espera-se que a população urbana quase duplique (ONU, 2016b, p. 3), cifra que, sozinha, mostra os grandes desafios das cidades em termos de sustentabilidade, não só no plano da habitação senão também no ambiental, já que os efeitos da urbanização estão se juntando com aqueles derivados das mudanças do clima, segundo a ONU-HABITAT de forma perigosa (ONU, 2012). Como exemplo da anterior afirmação, a citada agência estabelece que se bem as cidades representam menos de 2% da superfície da terra, consomem 78% da energia do mundo e produzem mais de 60% do total de dióxido de carbono, assim como grande parte dos GEE (ibid.).

No mesmo sentido, é previsível que essa explosão de crescimento das cidades esteja relacionada de forma direta à ocupação informal do solo que antes estava reservado para a conservação ambiental em atenção às suas funções ecológicas, situação que configura uma degradação não só do entorno, senão também a proliferação de precárias condições de vida para aquelas pessoas nesses assentamentos. Todas essas preocupações, assim como outras, foram consideradas pelos governos na hora de fixar uma visão de cidade na NAU, para, desta forma, lograr alcançar os diferentes objetivos estabelecidos tanto na Agenda 2030 como em outros documentos do direito internacional, especialmente aqueles relacionados a temas ambientais, humanitários e sociais.

Desde a ótica ambiental, a NAU menciona que o território das cidades têm uma função ecológica além da social (id., 2016b, p. 11), declaração que implica, para os diferentes governos locais, adequar suas formas de planejamento das cidades, com a finalidade de garantir a todas as pessoas mínimos vitais que lhes permitam desenvolver sua condição humana com dignidade. Situação essa que resulta interessante no momento de estabelecer prioridades no desenvolvimento de diferentes projetos nas cidades, porquanto é muito comum sucederem casos nos quais os governantes sobrepõem interesses particulares sobre os da comunidade, inclusive se os mesmos implicam a destruição de espaços com uma importante função ecológica.

Por sua parte, tão como foi observado com antecedência neste artigo, algumas das metas do ODS 11 da Agenda 2030 estão direcionadas para que as cidades protejam e conservem o patrimônio natural do mundo, adaptem-se aos efeitos das mudanças climáticas e mitiguem-nas também, aspectos nos quais a criação de RNU's pelas autoridades encarregadas da planificação urbana cobra especial importância, ainda mais quando essas metas estão amplamente relacionadas com os compromissos da NAU. Dessa forma, as RNU's

podem ser entendidas como áreas de proteção e manejo especial, estabelecidas no interior do perímetro urbano das cidades em atenção a sua função ecológica ou ambiental⁴² necessárias para a manutenção e melhoria do meio ambiente urbano, assim como da qualidade de vida das pessoas, a mitigação de riscos derivados das mudanças climáticas e o crescimento sustentável das cidades.

A ideia é que os governos locais, como máxima autoridade de planejamento do território das cidades, em virtude do cumprimento dos compromissos adquiridos pelos Estados através das agendas, promovam a criação destas reservas, as quais em todo caso e prevendo um ótimo funcionamento deveriam contar com os seguintes elementos ou requisitos: a) participação da população durante as etapas prévia e posterior à sua constituição; b) definição de objetivos de conservação e função ambiental da RNU conforme estudos técnicos; c) delimitação clara do seu território, com cartografia e limites bem definidos, assim como o zoneamento interno; d) administração efetiva e esquema de financiamento da manutenção da RNU; e) plano de manejo e gestão da reserva, incluindo as atividades permitidas no interior do seu perímetro; f) publicação do instrumento normativo que declara a constituição da RNU.

A participação da população durante o processo de consolidação de uma RNU é de vital importância, e talvez um dos principais elementos, porque a implementação de diversas políticas, e neste caso de uma área de especial regulamentação dentro do território da cidade, requer um relevante grau de concertação com a comunidade, evitando, desta forma, a geração de conflitos ao redor do projeto e igualmente construindo um sentido de pertença. Lembre-se de que não se trata de territórios rurais distantes da vida cotidiana dos cidadãos, situação que em algumas ocasiões poderia significar falta de interesse nesta classe de projetos. Além disso, a participação da comunidade no planejamento das cidades faz parte da visão proposta pela NAU já que promove, como mencionado, o compromisso cívico entre todos os seus habitantes (ONU, 2016b, p. 5).

Os objetivos de conservação e função ambiental são vitais para a constituição de uma RNU, porque vão determinar com clareza as razões que levaram a administração da cidade a

⁴² Entenda-se por função ecológica ou ambiental do território de uma RNU, sua vocação de participação direta nos diferentes fenômenos ecológicos e biológicos presentes no meio ambiente urbano, os quais podem ir desde a conservação mesma de biodiversidade, a captação de dióxido de carbono e produção de oxigênio (melhoria do ar), a prevenção de riscos derivados de fenômenos naturais, proteção de fontes de água, contribuição em fenômenos migratórios de pássaros, diminuição de poluição sonora, melhoria da qualidade do solo e conectividade de ecossistemas, entre outras.

criar a reserva. E o fato de que os mesmos tenham que ser estabelecidos com base em estudos técnicos permite reforçar o conceito de função ambiental e ecológica da RNU, identificar os usos permitidos e possíveis zoneamentos, assim como eliminar qualquer menção de interesses individuais em sua conformação. Além disso, o estabelecimento desses objetivos é um claro desenvolvimento do princípio 14.C da NAU, referente à sustentabilidade ambiental das cidades partindo da proteção dos seus ecossistemas e biodiversidade, a criação de resiliência urbana, a redução de riscos de catástrofes e a mitigação e a adaptação às mudanças climáticas (ONU, 2016b, p. 8).

Assim, é importante que, uma vez se conte com os estudos técnicos, o território da RNU seja delimitado, criando-se igualmente diferentes zonas e usos permitidos no seu interior, já que, por se tratar de uma área urbana, o contato e a interação direta com as pessoas e suas atividades é uma realidade que deve ser considerada e determinará seu futuro manejo, o qual estará contemplado em um plano de gestão, elemento fundamental para qualquer tipo de área de conservação ou proteção permanente.

Por outro lado, a administração efetiva e o esquema de financiamento da manutenção da RNU vão permitir saber com certeza quem será o responsável pela sua administração, se será realizada por órgãos públicos ou se será implementado algum tipo de concessão, quais as responsabilidades da entidade encarregada e a forma na qual sua manutenção vai ser exercida. Elementos que permitirão a permanência da reserva no longo tempo e, portanto, o cumprimento de seus objetivos.

Esses dois últimos elementos mencionados são uma forma de cumprir com o princípio 15.C. da NAU, no sentido de reforçar a governança urbana através de mecanismos que incluam os diferentes atores urbanos e estratégias financeiras eficientes, inovadoras e sustentáveis com a finalidade não só de fortalecer as finanças das cidades senão também de que seu desenvolvimento seja igualmente sustentável (ibid., loc. cit.).

Finalmente, a publicação do instrumento normativo que declara a constituição da RNU vai garantir a oponibilidade da área a terceiros pessoas e o respeito dos seus direitos, dentro dos quais deve ser considerado o direito de oposição à constituição da reserva. Desta forma, uma vez se conte com os seis elementos anteriormente mencionados, poderíamos falar de uma RNU consolidada; caso contrário, só estaríamos frente a uma RNU em construção, já que a falta de algum destes teria consequência imediata, além de problemas relacionados com o ótimo funcionamento da reserva.

Nesse ponto, surge uma pergunta relacionada ao tipo de áreas que conformariam as RNU's. Se, quando na sua constituição, estamos falando de ecossistemas existentes que não contam com regime legal de proteção algum ou se, pelo contrário, é possível a sua construção partindo da reabilitação de diferentes espaços das cidades.

Em princípio e com base na definição de função ambiental e ecológica das RNU's, exposta com anterioridade neste artigo, a resposta seria simples e apontaria em direção às áreas ou ecossistemas existentes que ainda não têm proteção alguma por parte da administração da cidade, já que o processo para sua configuração não representaria maiores traumas no planejamento da cidade e os estudos técnicos de suporte da mesma seriam mais fáceis de obter.

Porém nada impede que uma RNU seja criada a partir de processos de restauração ou reabilitação de espaços que com anterioridade prestavam outro tipo de serviços para as cidades.

Sobre o particular, um dos compromissos dos Estados assinantes da NAU foi a promoção de estratégias territoriais urbanas baseadas em instrumentos de planejamento e desenho urbano que apoiem, além da utilização sustentável dos recursos naturais e do solo, a ocupação de vazios urbanos ou de expansões urbanas devidamente planejadas (ONU, 2016b, p. 16), com o qual é possível indicar que parte desses nomeados vazios⁴³ poderiam ser utilizados, não somente em novos projetos de habitação como também na criação de projetos de RNU. A partir da restauração do território com espécies de flora e fauna preexistentes ao processo de urbanização e promovendo principalmente a conservação de espécies endêmicas, conforme ao compromisso 67 da NAU (ibid., p. 19).

Além disso, existem outras áreas onde também há possibilidade de projetar e criar RNU's, que são aquelas ocupadas por assentamentos precários que, depois de estudos técnicos, sejam inviabilizadas para continuar com qualquer tipo de atividade de habitação, já que, nestes casos, os governos locais não poderão desenvolver no mesmo sitio outro tipo de

⁴³ Enquanto a definição de vazio urbano, Leite (2012, p. 56) além de explicar sua origem no termo francês "terrain vague", manifesta: "Assim, a relação entre todos os significados dá uma conotação abrangente ao termo "terreno vago" na sua dimensão urbana. À conotação negativa impõe-se a esperança do potencial presente: área sem limites claros, sem usos atual, vaga, de difícil apreensão na percepção coletiva dos cidadãos, normalmente constituindo uma ruptura no tecido urbano. Fratura urbana, mas também área disponível, cheia de expectativas, com forte memória urbana... Tais espaços residuais surgem, normalmente, do processo de mudança do modo de produção capitalista e seus reflexos no território metropolitano, são consequência direta das mudanças urbanas. O terreno vago é, usualmente, resultante do processo de desindustrialização metropolitana do final do século 20."

infraestruturas resilientes com o objetivo de melhorar a qualidade de vida dos moradores, tão como está planteado na NAU (ONU, 2016b, p. 22-27). Em sentido contrário, deverão, através de um processo fortemente social e de investimento de finanças públicas, realocar as pessoas, reabilitar o terreno e iniciar o processo de criação de uma RNU.

Como é possível observar até o momento, a criação de RNU's em localizações não periféricas das cidades já constituídas como metrópoles ou em processo de desenvolvimento e crescimento constante da sua população, cumpre com os requisitos necessários para torná-las mais sustentáveis, respeitosa do uso e aproveitamento razoável dos recursos naturais e sua conservação, resilientes aos efeitos das mudanças climáticas e desastres naturais.

Conforme com a anterior colocação, McNeely (1995, p. 9-10) destaca como contribuições das reservas naturais locais as seguintes: a) o melhoramento das condições climáticas a través do sombreamento das árvores e o esfriamento e regulação do ar; b) a redução da poluição do ar e da poluição auditiva; c) a retenção da água urbana através da proteção de zonas úmidas; d) servir de habitat para diferentes espécies de flora e fauna; e) benefícios psicológicos para os cidadãos.

Além dos anteriores benefícios, não pode deixar de lembrar-se a captação de dióxido de carbono feita pelas árvores, sendo esse um dos GEE geradores do aquecimento global e, do mesmo modo, que esse tipo de estratégia de conservação atua como ponto de encontro amigável entre as atividades dos cidadãos e a natureza. Essa situação que, sem dúvida, refletirá em uma melhoria da qualidade de vida das pessoas e dos ecossistemas urbanos, resultados indispensáveis para alcançar os objetivos de desenvolvimento sustentável e aqueles compromissos adquiridos com a promulgação da NAU no quadro das Nações Unidas.

4 A NORMATIVIDADE DE PLANEJAMENTO URBANO NO BRASIL E AS RESERVAS NATURAIS URBANAS

No âmbito brasileiro, o processo de urbanização e expansão das cidades não é novo, pois conta com São Paulo como uma das grandes metrópoles da América Latina, sem desconhecer a importância e o processo de crescimento mesmo de outras grades cidades do país que, a partir dos anos 30 e 40 do século 20, transformou de forma radical além do território das cidades, a própria sociedade brasileira, tornando-se cada vez mais urbana (BRITO; SOUZA, 2005).

Nesse contexto, o Brasil tem duas importantes regulamentações relacionadas ao desenvolvimento e planejamento das cidades, o Estatuto da Cidade (EC), promulgado através da Lei Federal nº 10.257, de 10 de julho de 2001 e o Estatuto da Metrópole (EM), adotado pela Lei Federal nº 13.089, de 12 de janeiro de 2015.

Assim, se bem os dois estatutos recolhem de forma geral muitos dos compromissos estabelecidos na NAU, é importante mencionar que, em virtude das duas leis terem sido promulgadas com anterioridade à adoção da NAU, seu conteúdo foi a base para as discussões do país na negociação da NAU. Tanto é assim que o direito à cidade, reconhecido pela normatividade brasileira⁴⁴, foi umas das apostas do Brasil na Habitat III (MARGUTI et al., 2018, p. 8-10), mas ele só foi mencionado de forma superficial na declaração final, na qual as nações assinantes fizeram um reconhecimento aos governos nacionais e locais que têm consagrado nas suas legislações internas esse direito (ONU, 2016b, p. 5).

Nesse sentido, resulta importante fazer uma revisão do conteúdo das duas leis, com a intenção de identificar se, baseados no quadro geral de disposições relacionadas com o meio ambiente, é possível desenvolver um processo de constituição de uma RNU, nos moldes do conceito planteado no presente artigo.

O EC, desde seu artigo 1º, tem menção relativa ao equilíbrio ambiental das cidades como componente integral do quadro normativo promulgado e estabelece, no artigo 2º, a garantia do direito às cidades sustentáveis, cuja definição expõe de forma antecipada a visão geral de cidade contida na NAU. Porém, é no artigo 25, quando aparece pela primeira vez um direito do Poder Público municipal, que pode ser exercido, entre outras, com a finalidade de criar áreas de conservação ambiental ou proteção de outras áreas de interesse ambiental. Esse é o direito de preempção, segundo o qual se lhe confere preferência para aquisição de imóvel urbano objeto de alienação onerosa entre particulares.

Mais adiante, no artigo 32, o EC faz menção das operações urbanas consorciadas, cuja leitura se conclui que o Poder Público municipal junto a proprietários, moradores, usuários permanentes e investidores particulares, poderia realizar intervenções e medidas inclusive para a criação de uma RNU, já que o objetivo das citadas operações é, segundo a norma, alcançar em uma área determinada, transformações urbanísticas estruturais, com melhoria social e valorização ambiental.

⁴⁴ Conforme o artigo 2º (Inciso I) da Lei 10.257 de 10 de julho de 2001, o direito a cidades sustentáveis deve ser entendido como o direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infraestrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, para as presentes e futuras gerações.

No artigo 35, o EC contempla a possibilidade de que os municípios, através de lei municipal, autorizem aos proprietários do imóvel urbano privado ou público exercer em outro local o direito de construir, sempre que o citado imóvel seja considerado pelo plano diretor como necessário para, entre outras razões, preservação ambiental.

O EC, na seção II, também contempla o instrumento conhecido como “parcelamento, edificação ou utilização compulsórios” (PEUC), de acordo com o qual, através de lei municipal específica para a área incluída no plano diretor, se poderá estabelecer o parcelamento, a edificação ou a utilização compulsórios do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado. Quer isto dizer que o PEUC poderia ser um mecanismo idôneo para a criação de RNU’s, já que visa o cumprimento da função social da propriedade urbana estabelecida desde o artigo 5º da Constituição Federal do Brasil de 1988, enfrentando a questão dos vazios urbanos e a subutilização e não utilização do solo urbano.

Nesse ponto, é importante indicar que, conforme Guimaraens (2006, p. 63), a citada função social da propriedade urbana, antes de ser uma limitação ao uso da propriedade, condiciona o direito. E, portanto, não só cumpre sua função social ao ser edificada para fins habitacionais, comerciais, industriais, senão também com a preservação de bens ambientais, naturais ou culturais.

Pode-se observar como, segundo a normatividade do EC, as condições para estabelecimento, criação ou constituição de RNU’s nas cidades brasileiras estão plenamente contempladas no quadro da legislação urbanística⁴⁵, fazendo uso de diversos instrumentos e direitos reconhecidos nessa Lei, situação por demais alinhada com os preceitos da NAU e dos ODS que pretendem cidades cada vez mais sustentáveis e respeitosas dos recursos naturais. No plano do EM, destaca-se a definição de aglomeração urbana contida no artigo 2º, porque uma das considerações que a Lei trouxe para determinar a complementariedade entre dois ou mais municípios que vão constituir esse tipo de unidade territorial é a integração das dinâmicas geográficas, ambientais, políticas e socioeconômicas.

O anterior deixa entrever que, no interior de uma aglomeração urbana, nada impede a possibilidade de constituição de uma RNU, mais ainda quando no artigo 9º (Literal V). A Lei tem como instrumento para o desenvolvimento urbano das regiões metropolitanas e

⁴⁵ Nesse ponto do artigo, é importante mencionar que o capítulo está focado na normatividade de planejamento urbano das cidades do Brasil, no sendo o único quadro normativo que pode permitir a criação de RNU, porquanto de uma revisão da normatividade ambiental brasileira, também é possível chegar em conclusões similares.

aglomerações urbanas, as zonas para aplicação compartilhada dos instrumentos urbanísticos previstos no EC, dentro dos quais no âmbito do planejamento municipal é possível observar o zoneamento ambiental. O que significa que a gestão de uma eventual RNU, criada no interior deste tipo de integração de municípios, deveria ser compartilhada entre os governos locais de cada município.

De outra parte, no artigo 7º do EM, estabelece-se como diretriz da governança Inter federativa das regiões metropolitanas⁴⁶ e aglomerações urbanas a compensação pelos serviços ambientais prestados por um município à unidade territorial urbana. Instrumento econômico que reafirma a conclusão citada no parágrafo anterior, conforme a qual no interior das regiões metropolitanas e aglomerações urbanas vai ser normal achar a constituição de RNU's, as quais deverão ser delimitadas segundo o artigo 12 (Literal V), no plano de desenvolvimento integrado.

Portanto, resulta claro que a conformação de RNU's é uma alternativa de planejamento das cidades no Brasil, que, além de contar com suporte nas legislações de planejamento urbano, deveria ser considerada pelos governos locais, porque é uma ferramenta para a melhoria do meio ambiente urbano e da qualidade de vida de seus cidadãos, transformando as cidades em espaços mais sustentáveis e resilientes aos diferentes riscos derivados das mudanças climáticas.

5 CONCLUSÕES

Tão como foi observado, a adequada planificação das cidades e os problemas ambientais atuais, gerados pelo crescimento dos perímetros urbanos e agravados pelo fenômeno das mudanças climáticas, são problemas comuns que estão sendo abordados nas discussões internacionais no quadro da ONU, tanto pelos Estados como por outros novos atores desse cenário. Processo ampliado, a partir do qual estão aparecendo instrumentos internacionais reconhecidos como *soft law*, cuja característica principal é a não obrigatoriedade do seu conteúdo.

⁴⁶ Segundo o artigo 2º da Lei 13.089 de 12 de janeiro de 2015, região metropolitana é uma “unidade regional instituída pelos Estados, mediante lei complementar, constituída por agrupamento de Municípios limítrofes para integrar a organização, o planejamento e a execução de funções públicas de interesse comum.”

Exemplos desses instrumentos são as agendas de desenvolvimento, como a Agenda 2030 e a NAU, as quais, embora sejam normas do tipo *soft law*, têm a vocação de direcionar a vontade dos seus destinatários, razão pela qual podem ser consideradas como verdadeiras fontes do direito internacional, ainda mais quando possuem programas de longo prazo. Sua materialização vai depender da boa articulação entre os diferentes níveis de governo, merecendo destaque o papel que podem jogar as cidades, através do planejamento do seu território e da aplicação de estratégias de conservação ambiental como a criação de RNU's.

Dessa forma, revisado o conteúdo ambiental das agendas acima mencionadas, e especialmente o ODS 11 da Agenda 2030, foi possível identificar que suas metas estão amplamente relacionadas à visão de cidade proposta desde a NAU. Pois ambos instrumentos procuram que as cidades sejam espaços sustentáveis ambientalmente, melhorem a qualidade de vida das pessoas e consigam se adaptar às mudanças climáticas e mitigar seus efeitos.

Visto o anterior e partindo de uma definição própria de RNU, uma conclusão aponta que a criação desse tipo de espaço natural protegido, permite às cidades atingir alguns objetivos, metas e propósitos estabelecidos nas já mencionadas agendas de desenvolvimento. Sendo possível entender uma atuação nesse sentido como uma ação local através que ajuda no cumprimento de metas globais de sustentabilidade urbana e na melhoria de alguns aspectos ambientais.

A anterior conclusão se encontra suportada, não só pela revisão do conteúdo ambiental das agendas de desenvolvimento objeto de estudo no presente artigo, senão também pelas funções e serviços ecossistêmicos, que foram identificados são fornecidos pelas RNU's para as cidades e sua população, segundo os quais sem dúvida se apresenta uma melhoria na qualidade de vida dos cidadãos e do meio ambiente local com impactos evidentes no sistema ambiental global.

Além da anterior revisão da normatividade de planejamento urbano no feita Brasil, validamente, pode-se afirmar que esses corpos normativos permitem abertamente aos governos locais adiantar processos de estabelecimento e constituição de RNU's nos perímetros urbanos, bem seja de forma individual na hora de planificar o território das cidades ou de forma conjunta através de mecanismos de associação entre cidades, permitidos pelas normas estudadas.

Conforme descobertas e conclusões alcançadas, a hipótese de pesquisa foi confirmada, com a qual é bastante interessante observar como surge um apontamento

adicional. Segundo o qual o sucesso dos compromissos, metas e objetivos propostos nas diversas agendas de desenvolvimento vai depender, em parte, da execução de estratégias, projetos e planos de ação local, sendo esse um adequado cenário para futuras pesquisas, pois cada vez mais as cidades estão ganhando maior protagonismo na hora de materializar diversos objetivos ambientais de caráter global.

REFERÊNCIAS

BEYERLIN, Ulrich; MARAUHN, Thilo. *International Environmental Law*. Oxford, UK: Hart Publishing, 2011.

BRASIL. *Lei n. 13.089, de 12 de janeiro de 2015*. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Coleção de Leis da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Presidência da República, 2015.

_____. *Lei n. 13.089, de 12 de janeiro de 2015*. Institui o Estatuto da MetrÓpole, altera a Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001, e dá outras providências. Coleção de Leis da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Presidência da República, 2015.

BRITO, Fausto; DE SOUZA, Joseane. Expansão Urbana Nas Grandes MetrÓpoles. O significado das migrações intrametropolitanas e da mobilidade pendular na reprodução da pobreza. *São Paulo em Perspectiva*, São Paulo, v. 19, n. 4, p. 48, out./dez. 2005. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/spp/v19n4/v19n4a03.pdf>. Acesso em: 18. set. 2018.

COELHO, Suani T.; GOLDEMBERG, José. Energia – De Estocolmo à Rio+20. In: GRANZIERA, Maria Luiza Machado; REI, Fernando de (Coords.). *Direito Ambiental Internacional: avanços e Retrocessos 40 Anos de Conferências das Nações Unidas*. São Paulo: Atlas, 2015.

GALINDO, Ernesto; MONTEIRO, Roberta Amanajás. Nova Agenda Urbana no Brasil à Luz da Habitat III. In: INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. *Boletim regional, urbano e ambiental*. [S.l.]: [s.n.], n. 15, 2016. Disponível em: http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/7102/1/BRU_n15_Nova.pdf. Acesso em: 6 set. 2018.

GONÇALVES, Alcindo; COSTA, José Augusto F. Governança Ambiental Global: Possibilidades e limites. In: GRANZIERA, Maria Luiza Machado; REI, Fernando de (Coords.). *Direito Ambiental Internacional: avanços e Retrocessos 40 Anos de Conferências das Nações Unidas*. São Paulo: Atlas, 2015.

GUIMARAENS, Maria Etelvina B. Função social da cidade e da propriedade urbana. In: PRESTES, Vanêsa Buzelato de (Org.) *Temas de Direito Urbano-Ambiental*. Belo Horizonte: Ed. Forum, 2006.

LEITE, Carlos. *Cidades Sustentáveis, Cidades Inteligentes: Desenvolvimento sustentável num planeta urbano*. Porto Alegre: Bookman, 2012.

MARGUTI, Bárbara, et al. *Texto Para Discussão: Contribuições à Nova Agenda Urbana: O relatório do Concidades para a Conferência Habitat III*. Brasília: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada do Brasil (IPEA), 2018.

McNEELY, Jeffrey. *Cities, nature, and protected areas: a general introduction*. [S.l.]: [s.n.], 1995 Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/266450079_CITIES_NATURE_AND_PROTECTED_AREAS_A_GENERAL_INTRODUCTION. Acesso em: 10 abr. 2020.

MINISTERIO DO MEIO AMBIENTE DO BRASIL. *Agenda 21*. Disponível em: <http://www.mma.gov.br/responsabilidade-socioambiental/agenda-21>. Acesso em: 6 set. 2018.

MOTA, Suetônio. *Planejamento Urbano e Preservação Ambiental*. Fortaleza: Edições UFC, 1981.

NASSER, Salem H. *Fontes e Normas do Direito Internacional: um estudo sobre a soft law*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

ONU. *Declaração de Istambul sobre Assentamentos Humanos*. 1996. Disponível em: <https://undocs.org/es/A/CONF.165/14>. Acesso em: 6 set. 2018.

_____. *Declaración Universal de Derechos del Hombre*. 1948. Disponível em: [https://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/217\(III\)&Lang=S](https://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/217(III)&Lang=S). Acesso em: 20 jul. 2020.

_____. *El cambio climático*. 2012. Disponível em: <https://es.unhabitat.org/temas-urbanos/cambio-climatico/>. Acesso em: 11 set. 2018.

_____. *Habitat III: países adotam nova agenda para urbanização sustentável*. 2016a. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/habitat-iii-paises-adotam-nova-agenda-para-urbanizacao-sustentavel/>. Acesso em: 6 set. 2018.

_____. *Transformando Nosso Mundo: A Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável*. Nova Iorque: [s.n.], 2015. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2015/10/agenda2030-pt-br.pdf>. Acesso em: 5 set. 2018.

_____. *Nova Agenda Urbana: Declaração de Quito sobre cidades e aglomerados urbanos sustentáveis para todos*. Quito: [s.n.], 2016b. Disponível em: <http://habitat3.org/wp-content/uploads/NUA-Portuguese.pdf>. Acesso em: 11 set. 2018.

_____. *The Vancouver Declaration On Human Settlements*. 1976. Disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/moradia-adequada/declaracoes/declaracao-sobre-assentamentos-humanos-de-vancouver/view>. Acesso em: 6 set. 2018.

SOUZA, Leonardo da Rocha de; LEISTER, Margareth Anne A. A influência da soft law na formação do direito ambiental. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 12, n. 2, 2015. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r37467.pdf>. Acesso em: 5 sep. 2018.

SUSTAINABLE DEVELOPMENT GOALS FUND. *From MDGs to SGDs*. Disponível em: <http://www.sdgfund.org/mdgs-sdgs>. Acesso em: 6 set. 2018.

DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA EM SOCIEDADES LIMITADAS
APÓS A LEI DA LIBERDADE ECONÔMICA

*THE DISREGARD DOCTRINE IN LIMITED SOCIETIES AFTER THE BRAZILIAN
ECONOMIC FREEDOM ACT*

Deborah Soares Dallemole;⁴⁷

Simone Tassinari Cardoso Fleischmann.⁴⁸

Resumo: A intenção deste artigo é analisar os possíveis impactos da Lei nº. 13.874/2019, a chamada Lei da Liberdade Econômica, na desconsideração da personalidade jurídica. Para isso, se abordará a personalidade jurídica e as teorias do patrimônio, bem como sua inserção no ordenamento brasileiro, a fim de que se possam identificar as bases históricas e dogmáticas que influenciaram o legislador pátrio. Depois, será estudada a sociedade limitada, por ser o modelo societário de maior difusão em nosso país, representando importante instrumento para a atividade comercial pela limitação da responsabilidade dos sócios pelas obrigações da sociedade ao seu investimento no capital social. Contudo, a separação patrimonial não é absoluta, de modo que a desconsideração da personalidade jurídica surge enquanto instrumento para atingir a esfera patrimonial individual do sócio em caso de abuso de direito em relação à personalidade jurídica. Na tentativa de dar garantias ao livre exercício de atividade econômica e limitar a intervenção estatal, foi promulgada a Lei nº. 13.874/2019, que trouxe maiores obstáculos à desconsideração, que somente deverá atingir os sócios que se beneficiarem direta ou indiretamente da fraude praticada, devendo esta ser devidamente comprovada por quem a alega. A metodologia utilizada foi a dedutiva, combinada com pesquisa bibliográfica.

Palavras-chave: Personalidade jurídica. Teorias do patrimônio. Sociedade limitada. Desconsideração da personalidade jurídica. Lei nº. 13.874.

Abstract: The intention of this article is to analyze the possible impacts of the law nº. 13,874/2019, the so-called Economic Freedom Act, disregarding legal personality. To this end, the legal personality and theories of heritage will be addressed, as well as their insertion in the Brazilian order, in order to identify the historical and dogmatic bases that influenced the native legislator. Then, the limited liability company will be studied, as it is the most widely used corporate model in our country, representing an important instrument for commercial activity by limiting the liability of the partners for the company's obligations to their investment in the share capital. However, the separation of assets is not absolute, so that

⁴⁷ Mestranda bolsista CAPES no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

⁴⁸ Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade do Rio Grande do Sul. Professora de Direito Privado na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

the disregard of the legal personality appears as an instrument to reach the individual patrimonial sphere of the partner in case of abuse of rights in relation to the legal personality. In an attempt to provide guarantees for the free exercise of economic activity and to limit state intervention, Law no. 13,874/2019, which brought greater obstacles to disregard, which should only reach members who benefit directly or indirectly from the fraud practiced, and this must be duly proven by those who claim it.

Keywords: Legal personality. Theories of patrimony. Limited society. Disregard doctrine. Economic Freedom Act.

1 INTRODUÇÃO

Neste trabalho, pretende-se responder à seguinte pergunta: “*quais os possíveis impactos da Lei nº. 13.874/2019, a chamada Lei da Liberdade Econômica, na desconsideração da personalidade jurídica?*”. Para tanto, haverá dois tópicos, um introdutório, com as noções necessárias para a adequada compreensão da problemática, e um segundo mais específico, que permitirá visualizar a importância da nova legislação. Utilizou-se, no presente trabalho, o método de investigação bibliográfica, combinada com o método de abordagem dedutivo, a partir dos textos legais e dos posicionamentos doutrinários sobre os temas abordados.

A primeira parte buscará estudar os fundamentos históricos e dogmáticos da personalidade jurídica e do patrimônio, sendo subdividida em duas subpartes. A primeira destina-se à conceituação da personalidade jurídica e as razões para sua existência; na segunda, serão abordadas as teorias clássica e objetiva do patrimônio, indispensável para que se possa entender a base teórica na qual a legislação brasileira se ancora.

A segunda parte, mais direcionada, tem como objetivo a análise da responsabilidade dos sócios e também possuirá duas subdivisões. Primeiro, será estudada a sociedade limitada, seu surgimento, inserção no ordenamento jurídico brasileiro, assim como os limites da responsabilidade dos sócios sobre as obrigações da sociedade, tendo em vista ser este o tipo societário mais amplamente utilizado no Brasil e, por consequência, aquele em que a nova regulamentação da desconsideração terá maior impacto. Em seguida, serão trazidos os fundamentos para a *disregard doctrine*, sua origem, fundamentos jurídicos e funcionamento na legislação e doutrina pátrias. Ainda neste subtópico, será abordada a Lei nº. 13.874, de 2019, que trouxe grandes modificações à desconsideração da personalidade jurídica, impondo maiores restrições à sua utilização, e seus possíveis efeitos.

2 DOS FUNDAMENTOS HISTÓRICOS E DOGMÁTICOS PARA O SURGIMENTO DA PERSONALIDADE JURÍDICA E AS TEORIAS DO PATRIMÔNIO

2.1 DA PERSONALIDADE JURÍDICA

Inicialmente, estudaremos a personalidade jurídica, ponto de partida para que se compreenda adequadamente como o patrimônio a ela se liga, e sua desconsideração, que serão abordados nos tópicos subsequentes.

A personalidade jurídica pode ser definida como “a aptidão genérica para adquirir direitos e contrair obrigações” (PEREIRA, 2000, p. 141). Como nem sempre o indivíduo consegue atingir sozinho os seus objetivos, é comum que se una a outros indivíduos para isto, compartilhando tal fim entre todos e através um organismo, diverso das pessoas individuais que o compõem, de maneira que a pessoa jurídica é um ente destinado a satisfazer um dado interesse humano (TOMAZETTE, 2014). Nessa linha, pode-se afirmar que:

Portanto, embora cada pessoa fosse uma individualidade, um indivíduo, os interesses e objetivos poderiam ser de indivíduos, de partes do grupo ou partes da comunidade, ou da comunidade inteira. Uma esfera ou ordem de interesses convivendo com outras esferas ou ordens de interesses. O que importa destacar é que estamos nos referindo a interesses que transcendem aos interesses de cada indivíduo, considerado isoladamente. (MORI, 2012, p. 93)

O conceito de pessoa jurídica tem lugar na segunda metade do século XIX, com a generalização das noções de corporação e de separação patrimonial, com origem na doutrina alemã, a qual passou a considerar a existência de sujeitos de direitos distintos da pessoa humana e como titulares de direitos subjetivos com individualidades próprias (COELHO, 2003). Assim, a personalidade jurídica, criação de uma entidade diversa daquelas pessoas humanas que a integram, decorre de noções do direito canônico – a corporação – e do direito comercial – a separação de patrimônios comum do patrimônio individual daqueles que se unem para um mesmo fim.

Quanto à justificativa para a existência da pessoa jurídica, é possível encontrar teorias que a reputam como criação artificial da lei ou como uma realidade que preexiste à lei, que apenas delinea seu funcionamento. A *teoria da ficção* foi defendida, dentre outros, por Ihering, Savigny e Laurent, no sentido de que as pessoas jurídicas são fictícias, institutos

criados artificialmente pelo Direito Positivo, uma vez que a ideia natural da pessoa coincide com a do indivíduo, de maneira que a personalidade jurídica depende da vontade do legislador (MARTINS, F., 2017). A teoria de que a pessoa jurídica é uma realidade prévia à lei foi defendida por Zittelmann, fundamentada no direito subjetivo, de modo que é a vontade o ato fundamental do direito e, havendo a vontade dos individuais em formar uma pessoa jurídica distinta deles, ela existirá e a função da lei é traçar normas para seu exercício (ibid.).

Assim, personalidade jurídica é o que o direito concede a um interesse transindividual, por meio do qual um grupo de pessoas se une, mas que, no exercício de sua atividade, não se confunde com a vontade ou com as atividades de cada uma das pessoas físicas que a compõem (MORI, 2012). A autonomia patrimonial da sociedade em relação aos seus membros, no direito brasileiro, foi positivada pelo artigo 20 do Código Civil de 1916, que dispunha que as pessoas jurídicas têm existência distinta da de seus membros, sem significar, contudo, limitação de responsabilidade do sócio, a qual, em que pese seja um fator de estímulo a investimentos e das atividades comerciais, depende do tipo societário por eles elegido (MARTINS, G., 2016).

Dessa maneira, a principal característica da pessoa jurídica é a sua autonomia em relação aos indivíduos que a integram, não se confundindo com estes, possuindo nome, domicílio e patrimônio próprio, sendo, portanto, um importante instrumento da atividade comercial por possibilitar aos sócios que corram o risco financeiro na medida de sua participação societária.

2.2 DAS TEORIAS DO PATRIMÔNIO

Conceituada a personalidade jurídica e seus fundamentos, neste tópico serão abordadas as teorias acerca do patrimônio. Este é um ponto indispensável para a adequada compreensão da problemática ora proposta, eis que a sociedade, dotada de personalidade, realiza suas operações empresariais através de seu patrimônio, diverso dos patrimônios pessoais dos sócios – separação que será afetada em caso de desconsideração da personalidade jurídica.

2.1.1 Origens do conceito de patrimônio

As leis de uma determinada sociedade sobre patrimônio e propriedade, assim como todas as demais, refletem tratados de paz entre diversas forças, tratados estes que são continuamente questionados e revisados, e, a partir dos quais lei foi imposta, é possível reconhecer as forças vitoriosas (BRAY, 1953). Como afirmou Paolo Grossi, “talvez nenhum discurso jurídico seja tão permeado de bem e mal, tão temperado por visões maniqueístas, quanto o que versa sobre a relação homens-bens” e “o modesto instituto jurídico que é conveniente tutor de determinados interesses de ordem e de classe, é subtraído à relatividade do devir e conotado de caráter absoluto” (GROSSI, 2006, p. 10-11).

O patrimônio, assim como muitos outros conceitos jurídicos, em que pese tenha uma mesma nomenclatura há muito tempo, sofreu rupturas decisivas em seu aspecto semântico, eis que o significado de uma mesma palavra, ao longo da história, está intimamente ligado ao contexto social de cada ocorrência sua, significado cujo sentido, portanto, será eminentemente relacional ou local (HESPANHA, 2005). Assim, evidencia-se que a legislação que dispõe sobre o patrimônio não pode ser analisada de forma isolada, tendo em vista que serve a determinadas finalidades, no contexto temporal e social em que se insere, de acordo com o que busca o grupo detentor do *status quo* naquele momento.

O conceito de patrimônio, enquanto responsável pelas dívidas de determinada pessoa, é verdadeiro marco histórico, sendo de especial importância neste ponto a *Lex Poetelia Papiria* (ano 326 a.C.), através da qual o devedor deixou de responder pelos débitos com seu próprio corpo, passando a fazê-lo com seu patrimônio (ARRANGIO-RUIZ, 1986). Esta lei representa um marco histórico, pois foi com ela que o Direito Romano superou a situação antecedente, na qual o devedor ou alguém por ele se tornava verdadeiro refém do cumprimento da obrigação (FRONTINI, 2009). Dessa maneira, com a *Lex Poetelia* demarca-se a emancipação do corpo do devedor como garantia de cumprimento da dívida, tendo esta lei um pano de fundo político e relacionado ao crescente antagonismo entre plebeus e patrícios (BIONDI, 1972). Portanto, como se pode ver, o patrimônio, desde Roma, é tema de conflito e de interesses econômicos, tendo vindo como meio de cumprimento das obrigações, em substituição ao corpo do devedor, justamente como forma de pacificar as progressivas divergências entre classes daquela sociedade.

Situação oposta era aquela do patrimônio na Idade Média. Neste período histórico, há uma revolução cultural dissimulada, fruto não de um movimento, mas criada, de geração em geração, pelo vazio decorrente da queda do mundo antigo (GROSSI, op. cit.). A mentalidade

romana, predominantemente proprietária, foi substituída por uma civilização *possessória*, “à qual é de todo indiferente uma relação de validade (mesmo porque falta o modelo em relação ao qual operar comparações e medidas e que é, ao contrário, dominada por um vigoroso princípio de efetividade” (GROSSI, 2006, p. 45-46). Na civilização medieval, diferentemente daquela de Roma, o valor do patrimônio, da propriedade, estava em sua utilidade prática, finalidade para a qual eram regulamentadas as formas de seu uso.

2.1.2 Teoria clássica do patrimônio

A noção jurídica de patrimônio existente no direito brasileiro atual tem origem na civilística clássica, que, mesmo com as intercorrências históricas, manteve presente o cerne da conceituação clássica do patrimônio (SILVEIRA, 2009). Desse modo, passaremos agora a analisar a teoria clássica do patrimônio, surgida na França do século XIX.

O *Code* de Napoleão regulou, em seu artigo 544, que a propriedade é o direito de gozar e de dispor das coisas da maneira mais absoluta, desde que não seja feito uso proibido por lei ou por regulamentos. Com isso, tendo o contrato moderno, presente no Código Napoleônico, o intuito de operacionalizar o trânsito jurídico da propriedade, necessitou-se um sistema de garantias para estas pactuações, tendo o *Code* optado por se desvincular do sistema de garantias corpóreas do devedor e adotar o da responsabilidade patrimonial (XAVIER, 2011).

A teoria clássica do patrimônio tem sua origem na Alemanha, com o professor Zacharie, da universidade de Heidelberg, cujas ideias influenciaram os franceses Charles Aubry e Charles Rau, ao traduzirem seu curso de direito civil para o francês (SILVEIRA, op. cit.). Para estes, o patrimônio é uma universalidade da lei, no sentido de que os bens formam, em virtude da própria unidade da pessoa a quem pertencem, uma entidade legal – uma universalidade de direitos decorrente da própria personalidade e que toda pessoa possui (AUBRY; RAU, 1869). Desta vinculação do patrimônio à personalidade, extrai-se que não há pessoa sem patrimônio, que o patrimônio é único, e que o patrimônio é indivisível (SILVEIRA, op. cit.).

O patrimônio é uno, porque a personalidade é uma, sendo aquele composto por elementos fungíveis e se operando uma sub-rogação real, uma ficção segundo a qual um objeto vem a substituir outro para se tornar a propriedade da pessoa a qual pertenceria o

anterior (AUBRY; RAU, 1873). Pela teoria clássica de Aubry e Rau, toda pessoa é dotada de patrimônio e um único patrimônio, que é indivisível, ainda que os bens que o compõem se alterem ao longo da vida do indivíduo. Embora não esteja explícito na obra, a função desta construção conceitual é a de responsabilidade patrimonial, de preservar a liberdade do devedor, que garante suas dívidas com o seu patrimônio (XAVIER, 2011), o qual, como mencionado acima, será sempre o mesmo, em que pese seu conteúdo se altere ao longo do período entre a pactuação e o momento em que deveria ser cumprida a obrigação.

A propriedade das coisas se torna um termo conceitual a relações de pessoas em relação às coisas, e não da relação pessoa-coisa em si mesma, refletindo a intervenção estatal através do aparato jurídico em favor das atividades comerciais, enquanto um reflexo do cenário pós-Revolução na França que demandava uma legislação que permitisse a necessária exploração do capital (BRAY, 1953). Outrossim, altera-se a mentalidade da articulação da relação entre sujeito e bens, enquanto reflexo de um sistema político e jurídico pensado a partir dos ideais burgueses, para permitir a atividade comercial sem que o devedor garanta com seu corpo as obrigações assumidas e para que o credor tenha uma garantia patrimonial de seu crédito, a partir da indivisibilidade e unidade do patrimônio daquele que deve.

A teoria clássica sofreu críticas, especialmente quanto à indivisibilidade do patrimônio. Dentre as críticas, pode-se trazer a lição de Andrea Torrente que afirma que, em senso jurídico, o patrimônio é a expressão do complexo dos ativos e passivos de uma pessoa, não sendo considerado como um bem único e que, portanto, não é uma universalidade⁴⁹. Jose Castan Tobeñas, no mesmo sentido, defende que é inútil conceber o patrimônio como uma universalidade de direito, como uma unidade abstrata, mas sim algo representado pela massa de bens que o compõem, merecendo tratamento jurídico de acordo com estes⁵⁰. Outra

⁴⁹ In senso giuridico si chiama patrimonio il complesso dei rapporti attivi i passivi facenti capo ad una persona. Come si vede, questo concetto è diverso da quello comune di patrimonio, secondo il quale solo una persona che ha beni possiede un patrimonio. Invece, qualunque persona che ha un patrimonio, intesa l'espressione in senso giuridico, anche se ha tutti debiti, perchè è quanto meno, soggetto passivo di rapporti giuridici. Il patrimonio non è considerato come un bene unico e, quindi, esso non è un'universitas. Ogni soggetto ha un patrimonio ed un patrimonio solo, con il quale risponde dei propri debiti (art. 2740 cod. Civ.). (TORRENTE, 1952, p. 101)

⁵⁰ Pero el patrimonio personal nunca es propiamente una universitas iuris; no es más que una masa de bienes en la que no existe otra unidad que la basada en la unidad de titular, y, por consiguiente, esa masa no puede tener un tratamiento legal distinto de los múltiples bienes que la integran. De ello se sigue que no puede hablarse de propiedad sobre el patrimonio, ni usufructo del patrimonio, aunque parezca admitir esta última figura la técnica defectuosa del artículo 506 del Código Civil; se trata de una mera propiedad o usufructo sobre cada uno de los elementos patrimoniales; la prueba es que las deudas no pasan ipso iure el usufructuario, como sucedería si el patrimonio constituyese una universitas iuris. (CASTAN TOBEÑAS, 1955, p. 465)

aparente falha na teoria clássica é a própria pessoa jurídica que, enquanto massa de bens separada do patrimônio de seu titular, representaria uma exceção à indivisibilidade proposta (SILVEIRA, 2009).

2.1.3 Teoria objetiva do patrimônio

Sendo a concepção de patrimônio inerentemente ligada ao seu contexto histórico e social, a teoria clássica atendeu por certo tempo às demandas da sociedade para a qual foi construída. O patrimônio, assim como outros conceitos jurídicos, não tem o poder de enclausurar os fatos à estruturação juridicamente prevista, falhando a teoria clássica em abrigar a existência de categorias jurídicas que fogem à sistematização lógica e analítica de seus conceitos (FACHIN, 2006). A ideia de patrimônio do século XIX, projetada enquanto forma de preservação do indivíduo, acabou por se desvincular da pessoa, “transformando-se em instrumento de atuação econômica, que está mais direcionado à proteção de terceiros, garantia de dívidas, que, propriamente, à pessoa do seu titular” (ibid., p. 42).

Com as alterações econômicas, especialmente no período pós-revolução industrial, foi necessário o surgimento de novas figuras jurídicas para a delimitação de riscos e fortalecimento das garantias existentes nas operações econômicas, função para a qual a noção clássica se mostrou insuficiente, vez que neste novo contexto social se “exige menos a afirmação do indivíduo que alcançar metas de desenvolvimento econômico e social” (FIGUEROA, 1991, p. 39). Para tanto, surge a noção objetiva do patrimônio, a respeito da qual, ao contrário da teoria clássica, a unidade dos bens não decorre de sua vinculação à personalidade do indivíduo, mas sim da função para qual os elementos de tal patrimônio são afetados. Tal teoria objetiva possui como ponto de partida para seu surgimento, a concepção de Bernhard Windscheidt, ao concluir pela existência de *direitos sem sujeito* na ordem jurídica (SALAZAR, 1979), o que colocaria em xeque a interdependência entre patrimônio e personalidade.

Da teoria de Windscheidt, seguiram-se os estudos de Alois Von Brinz, entre as quais “não havia mais que um passo” (ibid., p. 32). A teoria de Brinz negava a existência da personalidade jurídica, afirmando que apenas a pessoa física seria dotada de personalidade, sendo que a pessoa jurídica teria a natureza de uma segunda espécie de patrimônio,

pertencente ou detentora de uma invisível relação jurídica entre pessoas e bens (LEONARDO, 2007).

Há uma passagem entre os fins individualistas da pessoa jurídica para o de persecução de uma finalidade determinada, em que, na concepção de Brinz, a pessoa jurídica assume e atende a “fins específicos, que não são, no entanto, fins pessoais, nem de pessoas individuais, mas transpessoais, puramente objetivos, em resumo, fins culturais” (RADBRUCH, 2004, p. 1994). A isto, seguiu-se o desenvolvimento desta teoria por Immanuel Bekker, que distinguiu entre patrimônio de afetação dependente e patrimônio de afetação independente. O primeiro seria aquele complexo patrimonial destinado a um fim e carente de sujeito, enquanto o segundo seria o patrimônio existente dentro do patrimônio de uma pessoa, destinado a um fim específico e detentor de autonomia em relação ao restante (SALAZAR, 1979). Esta teoria se baseia na concepção de que somente a massa de bens afetados a uma finalidade responde pelos riscos de tal empreendimento, e apenas desse empreendimento em questão (SILVEIRA, 2009).

2.1.4. Influência das teorias do patrimônio sobre a legislação brasileira

No direito brasileiro, o Código Civil de 1916 foi marcado por uma inspiração positivista, enquanto que o Código de 2002 possui uma influência culturalista (FRADERA, 2010). Porém, no tocante ao instituto do patrimônio, não houve alteração substancial, mantendo-se a adoção da noção jurídica da teoria clássica (SILVEIRA, op. cit.). Pontes de Miranda, ao tratar sobre o tema, em que pese fosse adepto da teoria dos patrimônios de afetação, sustenta que “só a lei pode separar patrimônios” (1970, p. 368). Desse modo, a partir do enunciado pelo autor, mesmo pela teoria objetiva, que aceita a formação de patrimônios desvinculados da personalidade, somente seria possível o estabelecimento de patrimônios de afetação para um fim determinado caso houvesse previsão legal para tanto.

Exemplo disso é a disposição do artigo 548, do Código Civil de 2002, que determina que “é nula a doação de todos os bens sem reserva de parte, ou renda suficiente para a subsistência do doador”, ideia que decorre da regra de intransmissibilidade do patrimônio como um todo, própria da doutrina clássica (SILVEIRA, op. cit.). Como o patrimônio, pela doutrina de Aubry e Rau, é único e toda pessoa necessariamente possui um, em decorrência de sua personalidade, é juridicamente impossível que ela o transmita gratuitamente para um

terceiro, por completo e sem qualquer reserva, e fique ela própria desprovida de quaisquer bens ou direitos sobre estes.

Outro reflexo da conexão entre personalidade e patrimônio está no ramo do direito sucessório, pois, não sendo possível a perda da personalidade em vida, um dos efeitos da morte é a sucessão do patrimônio do falecido (HIRONAKA, 2014), a herança, à qual se aplica o *droit de saisine*, com a transmissão imediata da posse e propriedade dos bens do *de cujus* aos seus herdeiros “ainda que estes desconheçam esta sua qualidade ou o fato da morte, eis que tal fato ocorre em razão de singela ficção jurídica” (ibid., p. 317). Esta sucessão imediata liga-se à concepção clássica acerca da impossibilidade de existência de um patrimônio sem titular e, com o falecimento de seu proprietário e o consequente fim de sua personalidade, o direito, por ficção, resolveu a questão com a transferência, assim que ocorre o evento morte, da massa patrimonial aos herdeiros.

Assim, pode-se concluir que não houve a superação da teoria clássica, a qual permeia todo o ordenamento jurídico pátrio atual, ainda que existam possibilidades de afetação do patrimônio previstas na legislação. Permanece o corolário de que toda pessoa tem um patrimônio, e apenas um patrimônio, porém, sendo-lhe permitido, nos limites legais, que sejam destacados determinados bens do patrimônio geral para se afetarem a um fim específico (AMARAL, 2008).

Das dívidas garantidas com o corpo, na Roma Antiga, à garantia patrimonial dos credores, na França pós-Revolução, aos tempos atuais, o patrimônio percorreu um longo caminho e seu conceito alterou-se em cada intercorrência histórica, para atender aos fins pretendidos pela sociedade e tempo em que se inseria, apesar da semântica manter-se a mesma. Do exposto neste tópico, pode-se concluir que, ainda que com várias críticas, o ordenamento brasileiro segue majoritariamente a teoria clássica de Aubry e Rau, da universalidade e indivisibilidade do patrimônio, sendo excepcionadas somente as situações previstas em lei para permitir que alguém afete parte de seu patrimônio para determinado fim específico e temporário.

3 A RESPONSABILIDADE DOS SÓCIOS NAS SOCIEDADES LIMITADAS

3.1 DA SOCIEDADE LIMITADA

3.1.1 Origens da sociedade limitada e sua inserção no ordenamento jurídico brasileiro

Neste tópico, será abordada a sociedade limitada, sua finalidade e como ela se insere no ordenamento brasileiro. Tendo em vista se tratar de um tipo de sociedade que limita a responsabilidade dos sócios para que não sejam atingidos em seus patrimônios individuais por obrigações da sociedade, é necessário que se conceitue este tipo societário, para que, no tópico seguinte, possamos analisar a desconsideração da personalidade jurídica.

O indivíduo nem sempre consegue atingir sozinho os seus objetivos – sejam eles econômicos, recreativos, religiosos, etc. –, de modo que é extremamente importante que se una a outros indivíduos para atingir tais objetivos, casos em que o fim será por eles todos compartilhado, sendo mais adequado, para tanto, a constituição de um organismo diverso das pessoas individuais que o compõem (TOMAZETTE, 2014). A limitação da responsabilidade diz respeito à “possibilidade ou não de os sócios virem a responder com seus próprios bens pelas dívidas da sociedade”, estando este limite “relacionado com o investimento ou com a promessa de investimento feito na própria sociedade” (BERTOLDI; RIBEIRO, 2015, p. 194). A sociedade é uma forma de atingir um objetivo comum a mais de um indivíduo, com compartilhamento dos riscos, ao passo que a limitação da responsabilidade se torna importante na medida em que, existindo, o sócio não será pessoalmente atingido, limitando-se o seu prejuízo à sua participação na sociedade, representada pelo seu investimento no capital social.

A doutrina coloca o surgimento da sociedade limitada na Alemanha, em 1892, quando foi criada a então chamada sociedade de responsabilidade limitada, instituto que, em seguida, foi adotado por outros países, tendo em vista sua constituição mais simples quando comparada com as sociedades anônimas, e pelo fato dos seus sócios não responderem de forma ilimitada pelas dívidas da sociedade, como ocorria nos demais tipos societários existentes à época (ibid.). No Brasil, é encontrada a primeira tentativa de legislação sobre este modelo de sociedade limitada no projeto de novo Código Comercial de Inglês de Souza, mas que, por fim, foi inserido em nosso ordenamento através do Decreto nº. 3.708, de 10/01/1919, de autoria do Deputado Joaquim Luiz Ozório, criando a sociedade por quotas de responsabilidade limitada, que vigorou até o Código Civil de 2002 (ibid.).

O Decreto em questão possuía somente dezenove artigos, uma das razões pelas quais sofreu críticas, sendo acusado por Waldemar Ferreira de possuir uma *mudez simplesmente*

pasmosa, ao afirmar que a lei não teria sequer traçado um perfil da sociedade de responsabilidade limitada, que se esqueceu de que “limitando a responsabilidade dos sócios, pelas obrigações contraídas pelas sociedades, ao montante do capital social, erigiu um regime de exceção, que devia ser cuidadosamente regulado, ponto a ponto, a fim de evitar fraude” (FERREIRA, 1925, p. 132). Desse modo, verifica-se que a legislação sobre sociedade limitada, que perdurou por mais de oitenta anos, regulamentava de forma singela e sem maiores determinações, em somente dezenove artigos, o que, por óbvio, acabava por resultar em maiores dificuldades na verificação de ocorrência de alguma fraude à sociedade e às suas finalidades.

3.1.2 Das exceções à limitação de responsabilidade dos sócios

Na legislação pátria, é possível encontrar algumas exceções à limitação da responsabilidade dos sócios. É o caso do artigo 1.080 do Código Civil⁵¹, que estabelece que, havendo deliberação contrária ao contrato social ou ao ordenamento jurídico, os sócios envolvidos responderão de forma ilimitada pelas obrigações decorrentes de tal decisão. No mesmo sentido, o Código Tributário Nacional, em seu art. 135, inciso III, traz também mecanismos que possibilitam a responsabilização dos diretores, gerentes ou representantes de sociedades limitadas, quando os créditos correspondentes a obrigações tributárias resultem de “atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos”⁵². Há, ainda, a possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica nos casos de desvio de finalidade ou confusão patrimonial, que serão abordadas no tópico seguinte, mas que, adianta-se, implicam no “levantamento do véu” da pessoa jurídica para que se possa atingir o patrimônio pessoal do sócio.

No parágrafo único do artigo 1.015⁵³ do Código Civil Brasileiro, há a previsão de que, sendo a obrigação decorrente de excesso do administrador ou atuação deste de forma

⁵¹ Art. 1.080. As deliberações infringentes do contrato ou da lei tornam ilimitada a responsabilidade dos que expressamente as aprovaram.

⁵² Art. 135. São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos: [...] III - os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado.

⁵³ Art. 1.015. No silêncio do contrato, os administradores podem praticar todos os atos pertinentes à gestão da sociedade; não constituindo objeto social, a oneração ou a venda de bens imóveis depende do que a maioria dos sócios decidir.

Parágrafo único. O excesso por parte dos administradores somente pode ser oposto a terceiros se ocorrer pelo menos uma das seguintes hipóteses:

estranha ao contrato social, a sociedade não estará obrigada a observá-la. Isto retrata a adoção da teoria dos *atos ultra vires* pelo direito brasileiro aos casos em que o ato seja completamente alheio ao objeto da sociedade, “não se concebendo que terceiros acreditem que se trata de ato da sociedade” (TOMAZETTE, 2015, p. 229). A adoção desta teoria está presente em nosso ordenamento desde o Código Comercial de 1850, em seu artigo 316⁵⁴, podendo ser utilizada como forma de afastar a boa-fé de terceiro, pois, sendo manifesta a estranheza do negócio ao objeto da sociedade (ibid., p. 230), não haveria como o terceiro alegar boa-fé na situação, de maneira que a sociedade não estaria vinculada à obrigação decorrente de tais atos.

Outro ponto a ser ressaltado é a questão da responsabilidade perante terceiros. A responsabilidade dos sócios pelas dívidas de sociedade somente será limitada quando da completa integralização do capital social, todavia, respondem todos os membros societários, solidariamente, pelo valor remanescente em caso de integralização parcial, na forma do artigo 1.052 do Código Civil (CAMPOS, 2012). Trata-se, assim, de responsabilidade solidária entre os sócios perante terceiros, em qualquer situação em que o patrimônio da sociedade não seja suficiente para a satisfação dos credores sociais, de modo que, verificando-se a diferença entre o valor social subscrito e o valor do capital social efetivamente integralizado, é possível que se requeira que o patrimônio individual de qualquer um dos sócios responda pelas obrigações da sociedade, mesmo que esta seja caracterizada pela limitação da responsabilidade de seus membros (ibid.).

É possível ligar esta exceção à interpretação conjunta dos artigos 1.023 e 1.050 do Código Civil. Pelo artigo 1.050, tem-se que, na ausência de norma específica, são aplicáveis à sociedade limitada as normas da sociedade simples. Como no caso do presente tipo societário não há regra específica quando à responsabilidade perante terceiros, incide o artigo

I - se a limitação de poderes estiver inscrita ou averbada no registro próprio da sociedade;

II - provando-se que era conhecida do terceiro;

III - tratando-se de operação evidentemente estranha aos negócios da sociedade.

⁵⁴ Art. 316 - Nas sociedades em nome coletivo, a firma social assinada por qualquer dos sócios-gerentes, que no instrumento do contrato for autorizado para usar dela, obriga todos os sócios solidariamente para com terceiros e a estes para com a sociedade, ainda mesmo que seja em negócio particular seu ou de terceiro; com exceção somente dos casos em que a firma social for empregada em transações estranhas aos negócios designados no contrato.

Não havendo no contrato designação do sócio ou sócios que tenham a faculdade de usar privativamente da firma social, nem algum excluído, presume-se que todos os sócios têm direito igual de fazer uso dela.

Contra o sócio que abusar da firma social, dá-se ação de perdas e danos, tanto da parte dos sócios como de terceiro; e se com o abuso concorrer também fraude ou dolo, este poderá intentar contra ele a ação criminal que no caso couber.

1.023, o qual permite que “não sendo suficientes os bens da sociedade para a cobertura das dívidas, os sócios respondem pelo saldo, na proporção de suas participações nas perdas sociais, exceto cláusula de responsabilidade limitada” (MARTINS, F, 2017, p. 212). Assim considerou o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul⁵⁵, que manteve decisão na qual foram incluídos no polo passivo os sócios, em ação para a cobrança de dívida da sociedade, com a seguinte fundamentação:

Em tais circunstâncias, como os sócios encerraram a empresa durante o trâmite do processo judicial, sem satisfazer a obrigação anteriormente constituída e inexistindo bens que possam garantir o débito perseguido haja vista as diversas diligências frustradas já realizadas na origem, é impositivo que respondam pelas dívidas da sociedade comercial da qual eram proprietários, sob pena de enriquecimento ilícito e a própria frustração ou descumprimento da decisão judicial, no esteio do que preconizam os artigos 1.023 e 1.024 do CC. (...) Assim que, diante de tudo o que foi exposto, falecem de melhor sorte os agravantes, cumprindo ser mantida a decisão de origem que ordenou a inclusão dos ora recorrentes no polo passivo da ação, não sob o fundamento da desconsideração da pessoa jurídica, mas como sucessores do passivo da pessoa jurídica para satisfação do débito discutido no presente feito, na proporção de suas cotas.

Dessa maneira, pelo arcabouço teórico e pela análise do julgado acima, verifica-se que, em casos nos quais tenha ocorrido a dissolução societária sem a satisfação dos débitos da sociedade, é possível que venham os sócios a responder com seus patrimônios pessoais por tais débitos, na proporção de sua participação. Esse fundamento dispensa a necessidade de instauração de incidente de desconsideração da personalidade jurídica, uma vez que já há a previsão legal para atingimento dos bens pessoais dos sócios por dívidas societárias – busca no patrimônio individual que estará limitada pela participação de cada um nas perdas sociais.

3.2 DOS REFLEXOS DA LEI DA LIBERDADE ECONÔMICA NA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

3.2.1 Origens da *disregard doctrine* e sua inserção no ordenamento pátrio

A pessoa jurídica surge como mecanismo que “tem a função de criar um centro de interesses autônomo em relação às pessoas que lhe deram origem, de um modo que a estas

⁵⁵ Agravo de Instrumento, Nº 70069588549, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Tasso Caubi Soares Delabary, j. 10-08-2016.

não podem ser imputadas as condutas, os direitos e as obrigações daquela” (AGUIAR JUNIOR, 2012, p. 561). Porém, tal garantia de separação entre a pessoa do sócio e a pessoa jurídica que este integra não é absoluta. De acordo com a doutrina majoritária, a descon sideração da personalidade jurídica tem sua origem no caso *Salomon v. Salomon Co.*, em 1897, na Inglaterra, em que primeiro se analisou a possibilidade de atingimento do patrimônio pessoal do sócio por dívidas da sociedade.

Neste *leading case*, Aaron Salomon era um próspero comerciante individual que, após mais de trinta anos de atuação, decidiu constituir uma *limited company*, para a qual transferiu seu fundo de comércio, contando Aaron com 20 mil ações, e seus outros seis sócios, familiares seus, com apenas uma ação cada (TOMAZETTE, 2014). Depois de um ano, a companhia mostrou-se inviável, entrando em liquidação, porém, não havendo garantia para os credores, estes restaram insatisfeitos e, em face disto, o liquidante pretendeu uma indenização pessoal de Salomon, vez que os demais sócios seriam meramente fictícios. No julgamento deste caso, a instância ordinária e a Corte de Apelação desconsiderou a pessoa jurídica e impôs a Aaron a responsabilidade pelos débitos, contudo, tal decisão foi reformada pela Casa dos Lordes, prestigiando a autonomia da sociedade regularmente constituída (ibid.).

No Brasil, a *disregard doctrine* foi primeiro tratada por Rubens Requião, em 1969, quando apresentou a teoria do alemão Rolf Serick⁵⁶, em que analisava o precedente norte-americano *Montgomery Web Company v. Dienelt* e a possível aplicação da doutrina no ordenamento jurídico da Alemanha. Requião, ao tratar sobre o tema, conceituou da seguinte forma:

O mais curioso é que a “*disregard doctrine*” não visa a anular a personalidade jurídica, mas somente objetiva desconsiderar no caso concreto, dentro de seus limites, a pessoa jurídica, em relação às pessoas ou bens que atrás dela se escondem. É caso de declaração de ineficácia especial da personalidade jurídica para determinados efeitos, prosseguindo, todavia, a mesma incólume para seus outros fins legítimos. (REQUIÃO, 2010)

De acordo com o autor, a doutrina da descon sideração serve para negar o absolutismo do direito da personalidade jurídica, a qual deve ser concedida efeito relativo e não absoluto, justamente para evitar que se fechem os olhos ante à utilização da pessoa jurídica para fins

⁵⁶ Na obra *Apariencia y realidad em las sociedades mercantiles: el abuso de derecho por medio de la persona jurídica* (Barcelona: Ariel, 1958).

contrários ao direito (REQUIÃO, 2010). Sobre esta questão, cabe trazer a lição de Fábio Konder Comparato, no sentido de que há uma vinculação recíproca entre função e forma, que “a estrutura de qualquer norma ou instituto jurídico deve ser interpretada em vista das funções, próprias ou impróprias, do conjunto de seus elementos ou disposições: e toda função é limitada pela estrutura do conjunto” (COMPARATO, 1983, p. 58). Assim, a *disregard doctrine* é um mecanismo contra o abuso de direito ou fraude por parte dos sócios que desviarem a função da pessoa jurídica que integram a utilizarem para prejudicar credores ou em violação à lei, não se tratando, contudo, de uma anulação da personalidade jurídica como um todo, mas apenas de sua ineficácia para determinado efeito.

Rolf Serick fundamentou a desconsideração da personalidade jurídica no abuso de direito, adotando uma posição subjetivista, ou seja, quando, por intermédio da pessoa jurídica, se burla a lei, uma disposição contratual, ou se causa um prejuízo a terceiro (AGUIAR JUNIOR, 2012). Para a teoria subjetiva da desconsideração, o pressuposto fundamental é o desvio da personalidade jurídica, o qual somente deve subsistir quando usada para os fins aos quais é destinada, “isto é, quando ela não se confunde com os sócios e quando não é utilizada para fins não merecedores de tutela de acordo com o ordenamento jurídico” (TOMAZETTE, 2014, p. 247). A teoria subjetiva, portanto, se liga à função a qual a personalidade jurídica é destinada, sendo cabível a desconsideração quando tal finalidade seja desviada, seja pela fraude, seja pelo abuso de direito.

Existe também uma teoria objetiva da desconsideração, que, no Brasil, é liderada por Fábio Konder Comparato, defendendo que o requisito primordial seria a confusão patrimonial, a inexistência de separação clara entre o patrimônio da pessoa jurídica e o patrimônio dos sócios ou administradores (COMPARATO; FILHO, 2005). É possível encontrar na doutrina alertas sobre a necessidade de cautela na verificação de confusão patrimonial, a qual, para autorizar a desconsideração “deve ser de tal ponto ultrajante e escancarada a conduzir a insolvência ficta de um dos entes para a frustração de direito de terceiros”, pois “somente prova cabal da ocorrência de fraude, situação em regra não presumível em direito pátrio, poderá conduzir o Magistrado à intervenção no patrimônio da sociedade” (HENRIQUE, 2001, p. 91). Por esta concepção, não será o desvio de finalidade que ensejará a desconsideração da personalidade jurídica, mas sim o requisito da confusão patrimonial, que é passível de uma verificação objetiva, já que o “desvio de função, ou disfunção, resultante, sem dúvida, no mais das vezes, de abuso ou fraude, mas que nem

sempre constitui um ato ilícito” (COMPARATO; FILHO, 2005, p. 356), dificultando assim a verificação dos requisitos da teoria subjetiva.

A desconsideração da personalidade jurídica foi inserida na legislação no artigo 50 do Código Civil de 2002, mantendo o fundamento no abuso de direito, e seguindo, portanto, a teoria subjetiva. Contudo, atendeu a uma orientação objetivista, com a inserção de emenda ao dispositivo para prever a desconsideração também aos casos de confusão patrimonial (AGUIAR JUNIOR, 2012). Desse modo, há no ordenamento jurídico pátrio a adoção da *disregard doctrine* de uma forma mista, ainda que inicialmente focada no aspecto subjetivo, para se aplicar também o instituto aos casos em que haja confusão entre patrimônios do sócio e da pessoa jurídica, requisito próprio da teoria objetiva.

Necessário ressaltar também que, a certos ramos do direito, se aplica a chamada *teoria menor* da desconsideração de forma excepcional, na qual basta a mera prova de insolvência da pessoa jurídica para o pagamento de suas obrigações, sem necessidade de demonstração da ocorrência de desvio de finalidade ou de confusão patrimonial⁵⁷. No ramo do direito de família, há ainda uma outra forma de aplicação do instituto, de maneira inversa à sua concepção originária, através da desconsideração da personalidade jurídica “buscando-se o alcance dos bens e rendimentos da sociedade, e não mais do sócio, que desta se utilizou como mero estratagema para ocultação de sua efetiva realidade econômico-financeira” (FERREIRA, 2014, p. 4170). Esta hipótese de inversa aplicação somente se legitima quando “a sociedade se tornou mera extensão da pessoa física do sócio, como pode acontecer quando um cônjuge transfere maliciosamente os bens do casamento para a empresa da qual é sócio” (MADALENO, 2009, p. 80), condicionando-se a incidência da desconsideração à verificação de que existem bens do sócio desviados ao patrimônio da pessoa jurídica, com o intuito de fraudar terceiro (FERREIRA, op. cit., p. 4176).

Sobre este ponto, é necessário que se analise o contexto jurisprudencial brasileiro da aplicação da teoria menor em certos ramos do direito, nos quais se entende pela existência de parte vulnerável e que, portanto, justifica-se menor *standard* de comprovação dos

⁵⁷ Em relações jurídicas desiguais, como as relações de trabalho e as relações de consumo, vem sendo invocada essa aplicação extremada da desconsideração, pela simples frustração do credor. Nessa vertente, transfere-se o risco da atividade para os sócios e administradores, de modo que eles respondem pelos atos da sociedade, independentemente de qualquer intuito fraudulento. Em suma, em razão do uso indevido da pessoa jurídica, sua autonomia patrimonial é ignorada em certas relações jurídicas. O STJ já afirmou que ‘a teoria menor da desconsideração, acolhida em nosso ordenamento jurídico excepcionalmente no Direito do Consumidor e no Direito Ambiental [...]. TOMAZETTE, 2014, p. 248.

requisitos da desconsideração. Leonardo Parentoni, em tese de doutorado em que realizou uma pesquisa de dados dos julgados dos Tribunais pátrios sobre o tema, verificou que incide a teoria menor em 45% do total de casos analisados e que “as decisões desse tipo enfatizam, principalmente, a necessidade de se evitar que o risco decorrente da atividade empresarial seja indevidamente transferido a sujeitos vulneráveis”, visando punir o empresário que usou da limitação de responsabilidade sem respeitar seus condicionantes, ou apenas pela conclusão de que a limitação, se respeitada, não seria a solução mais eficiente – a partir de um juízo de eficiência econômica (PARENTONI, 2013, p. 115).

A partir desses resultados, é possível afirmar que, nas relações jurídicas caracterizadas pela vulnerabilidade de uma das partes ou para assegurar especial tutela a determinados bens jurídicos, existe a opção legislativa por impor determinada forma de distribuição de riscos, que decorrem da ineficácia da separação patrimonial justificadora da desconsideração – assim desrespeitando as escolhas empresariais e assentada em fundamentos econômicos:

Na prática, porém, o que constatou a pesquisa empírica foi a utilização de raciocínio econômico simplista para afastar a limitação de responsabilidade por meio da teoria da desconsideração da personalidade jurídica. Os pressupostos históricos dessa teoria foram sendo paulatinamente atenuados ou mesmo substituídos pelos conceitos de *free rider* e externalização ilícita de riscos. (...) É recorrente a afirmação de que o risco (aspecto econômico) decorrente do exercício de atividade empresarial incumbe exclusivamente ao empresário que a exerce, não podendo de maneira alguma ser externalizado (outro termo econômico) em detrimento dos empregados. Consequentemente, havendo insucesso da empresa (ainda que por vias regulares e inevitáveis) os sócios devem responder pelas verbas trabalhistas devidas pela sociedade (ibid., p. 108-109).

Assim, é este o histórico da *disregard doctrine* e sua aplicação no Brasil, prevista na legislação para os casos de abuso de direito ou de confusão patrimonial, demonstrando a adoção de aspectos das teorias subjetiva e objetiva. Apresentou-se também seu uso diferenciado em específicos ramos do direito, em razão de suas peculiaridades, seja através da drástica diminuição de requisitos e imposição do risco do negócio inteiramente ao empresário, como no direito ambiental e trabalhista, ou de sua aplicação inversa, como no direito de família.

3.2.2 Efeitos da Lei da Liberdade Econômica no instituto da desconsideração da personalidade jurídica

Em 20 de setembro de 2019, a Medida Provisória nº 881/2019 foi convertida na Lei nº 13.874, que, em seu artigo 1º⁵⁸, define sua finalidade de ser a Declaração de Direitos de Liberdade econômica, com o intuito de proteger a livre iniciativa e o livre exercício de atividade econômica. O objetivo deste diploma seria o de diminuir a ingerência estatal na atividade econômica (VENOSA, 2019).

Esta Lei alterou o artigo 50 do Código Civil⁵⁹, que, como mencionado no tópico anterior, trata da desconsideração da personalidade jurídica, assim como incluiu cinco parágrafos⁶⁰ ao referido artigo, na tentativa de delinear as características que devem ser observadas para a configuração de desvio de finalidade e confusão patrimonial. Neste tópico, portanto, buscaremos verificar quais os reflexos destas alterações trazidas pela Declaração de Direitos de Liberdade Econômica na desconsideração da pessoa jurídica.

De acordo com Eros Roberto Grau, “a livre iniciativa não é tomada enquanto fundamento da República Federativa do Brasil, como expressão individualista, mas sim no quanto expressa de socialmente valioso” (GRAU, 2005, p. 200). A partir desta concepção, pode-se afirmar que as empresas desempenham importante função social numa determinada sociedade, de modo que a livre iniciativa deve voltar-se ao desenvolvimento local e nacional de onde tais empresas estejam situadas (SANTIAGO; MEDEIROS, 2017). Conclui-se que a

⁵⁸ Art. 1º Fica instituída a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica, que estabelece normas de proteção à livre iniciativa e ao livre exercício de atividade econômica e disposições sobre a atuação do Estado como agente normativo e regulador, nos termos do inciso IV do caput do art. 1º, do parágrafo único do art. 170 e do caput do art. 174 da Constituição Federal.

⁵⁹ Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial, pode o juiz, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, desconsiderá-la para que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares de administradores ou de sócios da pessoa jurídica beneficiados direta ou indiretamente pelo abuso. (Redação dada pela Lei nº 13.874, de 2019)

⁶⁰ § 1º Para os fins do disposto neste artigo, desvio de finalidade é a utilização da pessoa jurídica com o propósito de lesar credores e para a prática de atos ilícitos de qualquer natureza. (Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019)

§ 2º Entende-se por confusão patrimonial a ausência de separação de fato entre os patrimônios, caracterizada por: (Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019)

I - cumprimento repetitivo pela sociedade de obrigações do sócio ou do administrador ou vice-versa; (Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019)

II - transferência de ativos ou de passivos sem efetivas contraprestações, exceto os de valor proporcionalmente insignificante; e (Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019)

III - outros atos de descumprimento da autonomia patrimonial. (Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019)

§ 3º O disposto no caput e nos §§ 1º e 2º deste artigo também se aplica à extensão das obrigações de sócios ou de administradores à pessoa jurídica. (Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019)

§ 4º A mera existência de grupo econômico sem a presença dos requisitos de que trata o caput deste artigo não autoriza a desconsideração da personalidade da pessoa jurídica. (Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019)

§ 5º Não constitui desvio de finalidade a mera expansão ou a alteração da finalidade original da atividade econômica específica da pessoa jurídica. (Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019)

função social é “originária da obrigação do Estado de balizar o individualismo em contraponto aos interesses da coletividade, os quais deverão ser observados”, uma vez que “há uma ligação entre sociedade e empresa, que tem por base o crescimento econômico aliado ao crescimento social” (SANTIAGO; MEDEIROS, 2017, p. 111). Com isso, demonstra-se a pertinência do estudo sobre os possíveis impactos do diploma legal em questão, vez que este visa a proteção dos direitos de liberdade econômica a partir de delimitação de maiores requisitos ao atingimento do patrimônio individual em razão de dívidas societárias.

A Lei nº 13.874 “pode ser compreendida como uma continuação e um aprofundamento do processo que se convencionou chamar de reforma trabalhista brasileira”, por impactar diretamente nas relações entre capital e trabalho (COELHO, B; CUNHA, 2019, p. 06). Isto se liga à ideia exposta acima, no sentido de que em certas relações, dentre elas, a de trabalho, convencionou-se facilitar a desconsideração da personalidade jurídica do empregador em processos envolvendo débitos trabalhistas.

Silvio de Salvo Venosa, ao analisar o dispositivo alterado e seus efeitos, concluiu que:

Deve ser utilizada a desconsideração sempre que a personalidade da pessoa jurídica seja utilizada para fraude. Quando a pessoa jurídica age para fugir de suas finalidades, para lesar terceiros, deve ser desconsiderada, isto é, deve ser atingido o patrimônio dos sócios ou de terceiros que tenham se valido do estratagema. A esse respeito deve ser lembrada a dicção colocada por esta lei no final da redação do ar. 50: os bens atingidos pela desconsideração devem alcançar os direta ou indiretamente envolvidos no abuso ou na fraude. Essa posição já vinha sendo determinada pela jurisprudência, não sem alguma dificuldade. A desconsideração deve ser sempre considerada quando a personalidade jurídica sofre desvio de finalidade. Note que o § 3º acrescentado menciona que a desconsideração também deve ser aplicada aos sócios e administradores da pessoa jurídica, a saber, quando essas pessoas naturais desviam bens próprios para pessoa jurídica para finalidades fraudatórias. Cuida-se do que podemos denominar desconsideração inversa da pessoa jurídica. (2019, p. 04)

Pela nova redação do artigo 50 do Código Civil, “pode-se interpretar que somente em casos de intenção clara de fraude, os sócios poderão ter patrimônio pessoal usado para indenização” (COELHO, B; CUNHA, op. cit., p. 09), reforçando, assim, o caráter de unidade do patrimônio de uma pessoa, seja ela física ou jurídica, que permeia a legislação brasileira desde o Código Civil de 1916 (SILVEIRA, 2009). Exige-se a comprovação de uma culpa específica em fraudar por parte daqueles sócios, cujos patrimônios individuais se pretenda atingir, o ônus da prova que incumbe a quem alega a fraude, fazendo com que o julgador

somente possa desconsiderar a personalidade jurídica com um contexto probatório mais robusto acerca da fraude, e somente em relação àqueles que se beneficiaram dela.

Tendo-se em vista que a pessoa jurídica “é criação da vontade humana, fruto de uma permissão legislativa que interessa ao próprio Estado a sua criação ante as várias finalidades que poderá desenvolver, inclusive com vistas ao desenvolvimento econômico e social”, a nova disposição legislativa, portanto, estando embasada na ideia de separar de forma inconfundível os patrimônios individual e societário, pretende viabilizar com maior facilidade a atividade econômica (NAHAS, 2020). Verificando-se o objetivo de garantir o livre exercício da atividade econômica, esta nova redação demonstra a intenção de restringir a intervenção estatal sobre a empresa, ao trazer maiores requisitos à desconsideração da personalidade jurídica e ao delimitar as possíveis situações que a ensejariam. É possível criticar esta exigência nas demandas trabalhistas, por exemplo, tendo em vista o caráter protetivo próprio deste ramo do direito e da desigualdade entre empregador e empregado, possuindo este último uma maior dificuldade de produção de provas em razão da vulnerabilidade e da hipossuficiência que dele se presumem (COELHO, B; CUNHA, 2019).

Em que pese ainda seja recente esta Lei, não se podendo analisar suas consequências concretas, fica evidente o intuito do legislador em exigir maiores elementos para a desconsideração da personalidade jurídica. Tal exigência marca, mais uma vez, a opção da legislação civil pátria pela teoria clássica do patrimônio e com influência positivista (FRADERA, 2010), prezando pela unidade do patrimônio em decorrência da personalidade, assim como pela delimitação com maior rigor das hipóteses autorizadas da desconsideração.

A exigência de comprovação da fraude e atingimento somente daqueles sócios que se beneficiaram com ela, demanda que quem a alega produza prova mais robusta – exigência esta que, mesmo que dificulte a aplicação da desconsideração, pode acabar por trazer decisões judiciais mais justas, com a utilização do instituto somente nos casos em que comprovado o desvio de finalidade ou fraude, mas sem atingir aqueles sócios que não tenham sido direta ou indiretamente beneficiados por tais condutas. Este ônus probatório se mostra importante, à primeira vista, em razão do histórico jurisprudencial de maior flexibilização dos requisitos da *disregard* em prol da satisfação de débitos perante terceiros considerados vulneráveis, mesmo quando inexistente o abuso de direito ou a confusão patrimonial (PARENTONI, 2013).

Diante do abordado neste artigo, verifica-se que a personalidade jurídica é um importante instrumento de incentivo à atividade comercial, enquanto forma de permitir aos indivíduos que se unam em busca de um fim comum, através de uma entidade deles diversa, com patrimônio próprio e com eles não se confunde. E, em relação ao patrimônio, evidencia-se que o direito brasileiro possui forte inspiração na teoria clássica de Aubry e Rau, advinda da França pós-revolução francesa, para considerar o patrimônio uma universalidade e um corolário da personalidade. Toda pessoa, obrigatoriamente, possui um patrimônio, e apenas um, que serve como garantia aos credores, ainda que os bens e direitos que componham tal patrimônio se alterem no decorrer do cumprimento da obrigação.

A sociedade limitada é um tipo societário de ampla utilização, tendo em vista sua relativamente simples constituição – quando em comparação com a sociedade anônima –, e a possibilidade de limitação do risco dos sócios ao seu investimento no capital social, sendo assim a melhor demonstração da pessoa jurídica enquanto agrupamento de indivíduos para persecução de um objetivo, cujos frutos serão divididos entre todos que o compõem. Porém, apesar de suas inúmeras vantagens, não é possível que se aceite a utilização abusiva deste instituto, razão pela qual surgiu a *disregard doctrine*, enquanto forma de combater o abuso de direito em relação à pessoa jurídica, com sua utilização para fins fraudulentos, desvio de sua finalidade ou confusão entre seu patrimônio e o dos sócios.

A Lei nº 13.874/2019, dentre as diversas alterações que trouxe, modificou o artigo 50 do Código Civil, o qual traz os pressupostos para a desconsideração da personalidade jurídica. A nova legislação buscou determinar critérios mais rígidos para a utilização do instituto, assim como delimitar as situações mais comuns que caracterizariam abuso, fraude e confusão – o que reforça a influência clássica e positivista em nosso Direito, prezando-se pela unidade patrimonial da pessoa e pela maior delimitação legislativa. Exige-se, agora, a demonstração de culpa dos sócios e administradores que se beneficiaram, direta ou indiretamente, da má utilização da pessoa jurídica, sendo apenas em relação a eles que será desconsiderada a separação patrimonial.

Nota-se uma evidente intenção de restringir a intervenção estatal no âmbito privado, com a exigência de um conjunto probatório mais robusto para que se possa desconsiderar a pessoa jurídica. Há grande indicativo de que isto foi pensado especialmente para relações

trabalhistas, nas quais, em razão da proteção ao trabalhador, geralmente se exigiam menos elementos para a desconsideração da personalidade jurídica. Dessa maneira, buscou-se, com a chamada *Lei da Liberdade Econômica*, uma maior proteção à atividade empresarial, através da reiteração acerca da independência entre os patrimônios individual e societário, com uma tentativa de garantir que o patrimônio pessoal dos sócios permanecerá inatingível pelas obrigações da pessoa jurídica que integrem, salvo se devidamente comprovado seu benefício com a utilização fraudulenta da mesma.

5 REFERÊNCIAS

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. A desconsideração da pessoa jurídica na falência. In: ESTEVEZ, André Fernandes; JOBIM, Marcio Felix (Orgs.). *Estudos de direito empresarial: homenagem aos 50 anos de docência do Professor Peter Walter Ashton*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 561-574.

AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 7. ed. rev., mod. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

ARANGIO-RUIZ, Vincenzo. *Instituciones de Derecho Romano*. Buenos Aires: Depalma, 1986.

AUBRY, Charles; RAU, Charles. *Cours de droit civil français: d'après la méthode de Zachariae*. 4. ed. Paris: Librairie Générale de Jurisprudence Marchal et Billard, 1869. t. 2.

_____. *Cours de droit civil français: d'après la méthode de Zachariae*. 4. ed. Paris: Librairie Générale de Jurisprudence Marchal et Billard, 1873. t. 6.

BERTOLDI, Marcelo M.; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. *Curso Avançado de Direito Comercial*. 9. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

BIONDI, Biondo. *Instituzioni di Diritto Romano*. Milano: Giuffrè, 1972.

BRAY, Richard P. Review of “Aspects Juridiques du Capitalisme Moderne”, by Georges Ripert. *The American Journal of Comparative Law*, [s.l.], v. 2, n. 2, p. 262–265, 1953.

CAMPOS, Aline França. A extensão da responsabilidade dos sócios de sociedade limitada no Código Civil. *Revista da AJURIS*, [s.l.], v. 39, n. 120, dez. 2012.

CASTAN TOBEÑAS, Jose. *Derecho civil español, común y foral*. 9. ed. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1955. v. 1, t. 1.

COELHO, Bruna da Penha de; CUNHA, Giulia Valente de Lacerda. A minirreforma trabalhista: uma reflexão crítica de seus possíveis impactos sociais. *Revista Eletrônica OAB/RJ*, Rio de Janeiro, v. 30, n. 2, jul./dez. 2019.

COELHO, Fábio Ulhôa. *Curso de direito civil*. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1.

COMPARATO, Fábio Konder. A reforma da empresa. *Revista de Direito Mercantil, Industrial Econômico e Financeiro – RDM*, São Paulo: Malheiros, n. 50, p. 57-74, abr./jun. 1983.

_____; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O poder de controle na sociedade anônima*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

FERREIRA, Cristiana Sanchez Gomes. A desconsideração da personalidade jurídica na partilha de bens conjugais sob o viés da *law and economics*. *Revista do Instituto do Direito Brasileiro*, [s.l.], a. 3, n. 6, p. 4167-4191, 2014.

FERREIRA, Waldemar. *Sociedade por quotas*. 5. ed. São Paulo: Companhia Graphico-Editora Monteiro Lobato, 1925.

FIGUEROA, Gonzalo Yáñez. *Curso de derecho civil: materiales para clases activas*. Santiago: Juridica de Chile, 1991

FRADERA, Vera. La traduction française du Code civil brésilien. *Revue internationale de droit comparé*, [s.l.], v. 62, n.3, p. 773-779, 2010.

FRONTINI, Paulo Salvador. Responsabilidade civil objetiva. Reflexões à luz da distinção entre obrigações de meio e resultado. *Revista Mestrado em Direito*, Osasco, a. 9, n. 1, p. 79-97, 2009.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição Federal de 1988*. 10. ed. Malheiros: São Paulo, 2005.

GROSSI, Paolo. *História da propriedade e outros ensaios*. Tradução de Luiz Ernani Fritoli e Ricardo Marcelo Fonseca. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

HENRIQUE, Gustavo Guimarães. Desconsideração Inversa da Personalidade Jurídica. In: MARQUES, Jader; FARIA, Marcelo (Coords.). *Desconsideração da Personalidade Jurídica*. Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2001.

HESPANHA, Antonio Manuel. *Cultura jurídica europeia: síntese de um milênio*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Morrer e suceder: passado e presente da transmissão sucessória concorrente*. 2. ed. São Paulo: Editoria Revista dos Tribunais, 2014.

LEONARDO, Rodrigo Xavier. Revisitando a teoria da pessoa jurídica na obra de J. Lamartine Corrêa de Oliveira. *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, Curitiba, v. 46, dez. 2007.

MADALENO, Rolf. *A desconsideração judicial da pessoa jurídica e da interposta pessoa física no direito de família e no direito das sucessões*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MARTINS, Fran. *Curso de direito comercial*. Atual. Carlos Henrique Abrao. 40. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

MARTINS, Guilherme Vinseiro. A doutrina da “entity shielding” e da “owner shielding” e sua aplicabilidade ao Direito Societário brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, n. 34, p. 260-275, ago. 2016.

MORI, Celso Cintra. Pessoa jurídica: ficção e realidade. In: KUYVEN, Luiz Fernando Martins (Org.). *Temas essenciais de direito empresarial: estudos em homenagem a Modesto Carvalhosa*. São Paulo: Saraiva, 2012.

NAHAS, Thereza C. Desconsideração da personalidade jurídica no marco da Lei da Liberdade Econômica. *Notícias CIELO*, ISSN-e 2532-1226, n. 4, 2020.

PARENTONI, Leonardo Netto. *Reconsideração da personalidade jurídica: estudo dogmático sobre a aplicação abusiva da disregard doctrine com análise empírica da jurisprudência brasileira*. 2013. Tese (Doutorado em Direito Comercial) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2013. Disponível em: <https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2132/tde-27082013-112343/pt-br.php>. Acesso em 13 jul. 2020.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. v. 1.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. *Tratado de direito privado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970. v. 5.

RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

REQUIÃO, Rubens. Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica (*disregard doctrine*). *Doutrinas Essenciais de Direito Civil*, [s.l.], v. 3, p. 1239-1261, out. 2010.

SALAZAR, Luis Bustamante. *El patrimonio: dogmatica jurídica*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1979.

SANTIAGO, Mariana Ribeiro; MEDEIROS, Elisângela Aparecida de. Função social e solidária da empresa: impactos na liberdade econômica versus benefícios no desenvolvimento nacional. *Revista Jurídica*, Curitiba, v. 2, n. 47, p. 99-122, 2017.

SILVEIRA, Marco Antonio Karam. *A sucessão causa mortis na sociedade limitada: tutela da empresa, dos sócios e de terceiros*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

TOMAZETTE, Marlon. *Curso de direito empresarial: teoria geral e direito societário*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2014. v. 1.

_____. A teoria dos atos *ultra vires* e o direito brasileiro. *Revista de Direito*, [s.l.], v. 7, n. 1, 2015.

VENOSA, Sílvio de Salvo. A declaração de direitos de liberdade econômica (MP nº. 881) e o direito privado. *Revista Científica da Academia Brasileira de Direito Civil*, [s.l.], v. 3, n. 1, 2019.

XAVIER, Luciana Pedroso. *As teorias do patrimônio e o patrimônio de afetação na incorporação imobiliária*. 2011. 178 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, 2011. Disponível em:
<https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/29214/R%20-%20D%20-%20LUCIANA%20PEDROSO%20XAVIER.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 13 jul. 2020.

DIVÓRCIO: EVOLUÇÃO HISTÓRICA E LEGISLATIVA COM DESTAQUE ÀS INOVAÇÕES DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

*DIVORCE: HISTORICAL AND LEGISLATIVE EVOLUTION WITH A HIGHLIGHT OF
CODE OF CIVIL PROCEDURE INNOVATIONS*

Fabiana Marion Spengler,⁶¹

Rafaela Matos Peixoto Schaefer.⁶²

Resumo: A presente pesquisa tem como objetivo analisar o instituto do divórcio a partir do debate acerca da evolução histórica e legislativa, observadas as alterações trazidas pelo Código de Processo Civil. Diante disso, questiona-se: quais foram as inovações no tocante às ações de família, especialmente nas ações de divórcio? A adoção de meios autocompositivos é satisfatória para os divorciandos? Para fins de desenvolver tal pesquisa, será utilizado o método de abordagem dedutivo, que é compreendido como a ciência que relaciona logicamente as premissas gerais e as particulares. A técnica de pesquisa adotada foi a bibliográfica, consubstanciada principalmente de livros e artigos científicos. Ao final, conclui-se que os principais avanços legislativos no âmbito do Direito de Família foram no sentido de adotar os meios autocompositivos, com efeito, busca-se tornar o procedimento do divórcio mais célere e humanizado. A utilização da mediação possibilita às partes conduzirem o tratamento dos conflitos de maneira autônoma, o que resulta na harmonização das relações e na mudança comportamental em relação à administração de futuras controvérsias.

Palavras-chave: Código de Processo Civil. Divórcio. Família.

Abstract: The present search aims to analyze the divorce institute since the debate of its historical and legislative evolution, observing the innovations brought by the Code of Civil Procedure. In view of this, one wonders: what were the innovations in family actions, especially in divorce proceedings? Is the adoption of consensual means satisfactory for divorcees? In order to develop such a search, the deductive approach will be used, which is understood as the science that logically relates the general and particular premises. The

⁶¹ Bolsista de Produtividade em Pesquisa do CNPq (Pq2). Pós-doutora em Direito pela Università degli Studi di Roma Tre, em Roma na Itália, com bolsa CNPq (PDE). Doutora em Direito pelo programa de Pós-Graduação stricto sensu da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS – RS, mestre em Desenvolvimento Regional, com concentração na área Político Institucional da Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC – RS. Líder do Grupo de Pesquisa “Políticas Públicas no Tratamento dos Conflitos” certificado pelo CNPq, Coordenadora da Rede de Pesquisa em Direitos Humanos e Políticas Públicas – REDIHPP.

⁶² Mestranda em Direito junto ao Programa de Pós-Graduação da Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC), com bolsa/taxa Prosuc-Capes, modalidade II, na linha de pesquisa Políticas Públicas. Especialista em Direito Processual Civil pela Faculdade Futura/SP. Integrante do grupo de pesquisa denominado Políticas Públicas no Tratamento de Conflitos, vinculado ao CNPq e liderado pela Professora Pós-Dr^a Fabiana Marion Spengler, com vice-liderança do Prof. Ms. Theobaldo Spengler Neto.

research technique adopted was the bibliographical one, supported mainly by books and scientific articles. In the end, it is concluded that the main legislative advances in the scope of Family Law were in the sense of adopting the self-composing means, in effect, it seeks to make the divorce procedure faster and more humanized. The use of mediation allows the parties to conduct the treatment of conflicts in an autonomous manner, which results in the harmonization of relationships and behavioral change in relation to the management of future disputes.

Keywords: Code of Civil Procedure. Divorce. Family.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como proposta debater o instituto do divórcio a partir da evolução histórica e legislativa, observadas as inovações trazidas pelo Código de Processo Civil (CPC). Na legislação brasileira, este instituto já recebeu consideráveis alterações desde a sua criação: quando editada a Lei nº 6.515; posteriormente pela Emenda Constitucional 66/2010 que extinguiu os prazos até então exigidos para efetivação do divórcio; e recentemente pelo CPC que, dentre tantas mudanças, trouxe o incentivo à adoção de meios autocompositivos, como a mediação, nas ações de família.

O divórcio é o instrumento jurídico que rompe o vínculo marital quando a convivência conjugal se torna impossível. Nesta esteira, a relevância do tema decorre das frequentes discussões acerca do Direito de Família e da necessidade de transformação do cenário conflituoso. A pesquisa realizada pretende responder aos seguintes questionamentos: quais foram as alterações trazidas pelo CPC no tocante às ações de família, especialmente nas ações de divórcio? A adoção de meios autocompositivos é satisfatória para os divorciandos?

O objetivo central do estudo é evidenciar as inovações trazidas pelo CPC, destacando as medidas que tem como fito tornar o divórcio mais humanizado, célere e econômico, a partir do emprego de meios de tratamento adequado frente à crise familiar.

Para fins de desenvolver tal pesquisa, será utilizado o método de abordagem dedutivo, que é compreendido como a ciência que relaciona logicamente as premissas gerais e particulares. A técnica de pesquisa adotada foi a bibliográfica, consubstanciada principalmente de livros e artigos científicos. Para tanto, o primeiro item trata da contextualização histórica do divórcio; em seguida, são abordados as modalidades e

procedimento; e, por fim, o derradeiro tópico examina a aplicação do divórcio consoante com as alterações do Código de Processo Civil.

2 DIVÓRCIO: CONTEXTO HISTÓRICO

No início do século XX, sob a égide do Código Civil de 1916 e forte influência religiosa, o casamento era um instituto indissolúvel, como meio de proteger o matrimônio e as famílias. O rompimento se dava por meio do desquite⁶³ litigioso ou amigável, entretanto o vínculo não era dissolvido (art. 317, CC/1916). Para Dias,

permanecia intacto o *vínculo conjugal* e a obrigação de mútua assistência, a justificar a permanência do encargo alimentar em favor do cônjuge inocente e pobre. Cessavam os deveres de fidelidade e de manutenção da vida em comum sob o mesmo teto, mas não havia a opção de novo casamento. (2016, p. 353, grifos no original)

Nesta seara, os vínculos extramatrimoniais, denominados concubinatos, não eram reconhecidos juridicamente. No entanto, as ações judiciais geradas para dirimir os conflitos oriundos destas relações atribuíam-lhes a condição de sociedade de fato e estabeleciam a partilha dos bens obtidos na constância da convivência em comum, mediante prova de contribuição de cada um (ibid.).

O casamento se tornou dissolúvel, finalmente, com a edição da Lei nº 6.515, a Lei do Divórcio, em 28 de junho de 1977, de autoria do senador Nelson Carneiro, que previa algumas condições para a sua concessão. Recorda Lôbo (2011, p. 150) “em solução de compromisso com os antiodivorcistas, a legislação manteve o desquite, sob a denominação eufemística de separação judicial, como pré-requisito para o divórcio”, ou seja, substituiu a nomenclatura, mas manteve o trâmite dualístico. Desta maneira, era necessário: “(a) estarem as partes separadas de fato há cinco anos; (b) ter esse prazo sido implementado antes da alteração constitucional; e (c) ser comprovada a causa da separação” (DIAS, op. cit., p. 354).

Seguindo os avanços, a Constituição Federal diminuiu o prazo estimulado em cinco para dois anos de separação e desobrigou a alegação de uma causa de pedir. Conquanto, a autora critica a permanência do instituto da separação, o qual declarava o casamento como

⁶³ Art. 317. A ação de desquite só se pode fundar em algum dos seguintes motivos: I - Adulterio. II - Tentativa de morte. III - Sevícia, ou injúria grave. IV - Abandono voluntário do lar conjugal, durante dois anos contínuos.

findado, contudo o indivíduo não poderia unir-se em matrimônio novamente. Entende a doutrinadora que a intervenção estatal nas questões conjugais era indevida, uma vez que impunha aos cidadãos pressupostos para a extinção do matrimônio, o que configurava evidente violação aos princípios da liberdade, autonomia da vontade e dignidade da pessoa humana.

O Código Civil, alterado em 2002, seguiu os contornos da Carta Constitucional e reproduziu as inovações promovidas especialmente no que tange à personalização da família. A família⁶⁴ desenhada pelo Código Civil de 2002 corroborou com as premissas constitucionais, ainda que com poucas alterações e muitas repetições. Nestes termos, a comissão de juristas presidida por Miguel Reale, na construção da nova lei civilista, expressou a intenção de “conservar o possível; inovar, sempre que necessário”, buscando dessa forma um caminho para alinhar o arcabouço jurídico à realidade social (OLIVEIRA; HIRONAKA, 2005, p. 2).

Por iniciativa do Instituto Brasileiro de Direito de Família, em conjunto com o Deputado Sérgio Barradas Carneiro, foi elaborado o anteprojeto que buscava afastar a duplicidade processual. Com efeito, a Emenda Constitucional nº 66⁶⁵ (também conhecida como Emenda do Divórcio) modificou a redação do art. 226, § 6º, cujo texto original previa que: “O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, após prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei, ou comprovada separação de fato por mais de dois anos”. A nova redação passou a determinar que: “O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio”.

Para Pereira (2016), a emenda constitucional representa o coroamento de uma luta que perdurava há quase dois séculos, que se deve ao amadurecimento social e jurídico e a

⁶⁴ Segundo Oliveira (2002), a família atual é caracterizada pela afetividade, que consiste no respeito mútuo enquanto indivíduo, bem como a sua dignidade e honorabilidade perante a sociedade.

⁶⁵ *In verbis* a justificativa da PEC 33/2007 que originou a Emenda do Divórcio: Não mais se justifica a sobrevivência da separação judicial, em que se converteu o antigo desquite. Criou-se, desde 1977, com o advento da legislação do divórcio, uma duplicidade artificial entre dissolução da sociedade conjugal e dissolução do casamento, como solução de compromisso entre divorcistas e antidivorcistas, o que não mais se sustenta. Impõe-se a unificação no divórcio de todas as hipóteses de separação dos cônjuges, sejam litigiosas ou consensuais. A submissão a dois processos judiciais (separação judicial e divórcio por conversão) resulta em acréscimos de despesas para o casal, além de prolongar sofrimentos evitáveis. Por outro lado, essa providência salutar, de acordo com valores da sociedade brasileira atual, evitará que a intimidade e a vida privada dos cônjuges e de suas famílias sejam reveladas e trazidas ao espaço público dos tribunais, com todo o caudal de constrangimentos que provocam, contribuindo para o agravamento de suas crises e dificultando o entendimento necessário para a melhor solução dos problemas decorrentes da separação.

menor intervenção do Estado⁶⁶ na vida privada das pessoas. Vislumbrada tal conquista, foram excluídas a exigência de prazos e também a existência de culpados pelo rompimento do vínculo conjugal.

Sustenta Lôbo (2011) que o divórcio era eivado pelos ressentimentos gerados pela responsabilização da culpa, o que refletia na interação após o rompimento, prejudicada diante de um cenário de acusações e disputa, agravado pela perquirição de um culpado.

A superação do dualismo legal repercute os valores da sociedade brasileira atual, evitando que a intimidade e a vida privada dos cônjuges e de suas famílias sejam reveladas e trazidas ao espaço público dos tribunais, com todo o caudal de constrangimentos que provocam, contribuindo para o agravamento de suas crises e dificultando o entendimento necessário para a melhor solução dos problemas decorrentes da separação. (ibid., p. 150-151)

No mesmo íterim, pondera Dias (2016) que essa inovação legislativa excluiu a separação judicial⁶⁷ do ordenamento jurídico, inclusive na modalidade de requisito voluntário para a conversão ao divórcio, visto que derogou os dispositivos que tratavam do tema na legislação infraconstitucional. Nada obstante, por se tratar de assunto não pacificado na doutrina, a autora assinala:

o fato de o *Código de Processo Civil*, de modo para lá de injustificado, fazer referência à separação, não tem o condão de ressuscitar o instituto que já foi sepultado por todos os tribunais do país. A previsão afronta o *princípio da proibição de retrocesso social*, não existindo nenhum permissivo para a lei ordinária alterar o comando constitucional. A lei processual estabelece ritos para a busca de tutela de direitos pessoais. Mas, se inexistente o direito a ser tutelado, previsões procedimentais não tem o condão de criar ou recriar, algum direito, se tornando regras absolutamente ineficazes. (ibid., p. 358, grifos no original)

Corroboram com este entendimento Gagliano, Pamplona Filho:

e o fato de a separação admitir a reconciliação do casal – o que não seria possível após o divórcio, pois, uma vez decretado, se os ex-consortes pretendessem reatar precisariam casar-se de novo – não serve para justificar a persistência do instituto,

⁶⁶ Convém delimitar a dimensão dessa intervenção mínima do Estado. O Estado Democrático Social, instituído pelo constituinte de 1988, prima pela liberdade individual de seus integrantes, que se estende, conseqüentemente (sic), à família. O Estado social intervém na família sem retirar seu caráter essencialmente privado. Desempenha um papel instrumental na busca de garantir a realização pessoal dos indivíduos, sendo praticamente inexistente seu poder de interferência no seio da família. (OLIVEIRA, 2002, p. 285).

⁶⁷ Foram retirados do sistema os seguintes institutos de dissolução da sociedade conjugal: a) *separação jurídica extrajudicial consensual*; b) *separação jurídica judicial consensual*; e c) *separação jurídica judicial litigiosa*. (TARTUCE, 2012).

visto que as suas desvantagens são, [...] muito maiores. (PAMPOLA FILHO, 2017, p. 642)

Teixeira e Rodrigues (2010) defendem que a separação judicial era pertinente enquanto o casamento era indissolúvel, tendo em vista a necessidade de regularizar a situação patrimonial e desfazer os deveres de fidelidade e coabitação. Contudo, o mesmo não perdura no atual sistema jurídico brasileiro, que prevê o divórcio sem a exigência do cumprimento de prazos, conforme a previsão constitucional.

Resta evidente o conflito de normas, pois, embora a Emenda do Divórcio tenha alterado a forma de dissolução do casamento, buscando a aparente exclusão do instituto da separação de direito, a alteração do Código de Processo Civil, em 2015, contemplou a figura da separação em vários dispositivos. Entretanto, não há dúvida no sentido de que a intenção do legislador, ao editar referida Emenda, foi tornar o procedimento mais célere, menos burocrático e menos oneroso. Porque, de outra forma, seria incoerente a alteração do texto constitucional se a intenção fosse manter o mesmo rito (TEIXEIRA; RODRIGUES, 2010).

Ainda cabe refletir se o legislador ordinário pode contrariar o disposto em norma constitucional e modificar o regime jurídico estabelecido na Constituição Federal. Se a resposta for positiva, estaremos confirmando a prevalência da legislação processual e aceitando a possibilidade de a Constituição Federal ser alterada de forma diversa ao que está previsto na lei vigente. Por outro lado, Lenio Luiz Streck é contundente ao esclarecer:

Logo, a questão que se põe é: o legislador ordinário tem liberdade de conformação para alterar o sistema constitucional estabelecido pela EC 66? A resposta é escandalosamente negativa, sob pena de aceitarmos, daqui para a frente, que uma lei ordinária possa vir a alterar a Constituição recentemente modificada. Simples assim. Não dá para estabelecer por lei ordinária aquilo que o constituinte derivado derogou! (2014)

Na mesma linha, Tartuce e Simão advogam no sentido de que “a inovação tem aplicação imediata, como norma constitucional autoexecutável. Assim, não há a necessidade de qualquer *ponte infraconstitucional* para a sua eficácia, o que está de acordo com a doutrina que reconhece a *força normativa da Constituição*” (2012, p. 166, grifos no original). Em que pese tais argumentos, em 2017, a Quarta turma do STJ, em julgamento de recurso especial interposto por um casal que buscava a homologação de ação de separação, entendeu que a Emenda do Divórcio não extinguiu a separação judicial do ordenamento jurídico brasileiro, tendo apenas tornando a modalidade uma faculdade das partes, desse

modo, as partes teriam autonomia para optarem pelo divórcio direto ou apenas pela separação (BRASIL, 2017).

No caso em comento, o juízo de primeiro grau decidiu considerando a extinção da separação e concedeu o prazo de dez dias para adequação do pedido, decisão mantida pelo Tribunal de Justiça. A ministra Isabel Gallotti, relatora do recurso, justificou a reforma do acórdão nos seguintes termos:

O texto constitucional dispõe que o casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, imprimindo faculdade aos cônjuges, e não extinguindo a possibilidade de separação judicial. Ademais, sendo o divórcio permitido sem qualquer restrição, forçoso concluir pela possibilidade da separação ainda subsistente no Código Civil, pois quem pode o mais, pode o menos também. (ibid.)

Segundo a ministra, não cabe ao Estado intervir na liberdade de escolha do casal que deseja formalizar a separação e assim preservar seus direitos patrimoniais e de personalidade, bem como preservar a possibilidade de uma futura reconciliação. Ademais, acrescenta que a previsão da separação judicial no Código de Processo Civil representa a intenção do legislador em manter tal instituto vigente. Nas palavras da relatora: “A separação é uma medida temporária e de escolha pessoal dos envolvidos, que podem optar, a qualquer tempo, por restabelecer a sociedade conjugal ou pela sua conversão definitiva em divórcio para dissolução do casamento” (ibid.).

Como visto, a questão compreende matéria de grande relevância sobre as perspectivas social e jurídica, bem como a transcendência da questão cuja repercussão geral, reconhecida em junho de 2019, encontra-se pendente de resolução no âmbito do Supremo Tribunal Federal em análise do Recurso Extraordinário n. 1.167.478 (id., 2019). Em suma, considerando a exclusão da separação judicial, constata-se que a forma direta de divórcio é mais vantajosa, pois evita a duplicidade de processos, o que, conseqüentemente, evita também desgaste emocional e gasto com custas processuais. Enquanto meio voluntário, busca-se colocar fim ao vínculo matrimonial válido, implicando na extinção de deveres conjugais (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2017).

Trata-se, no vigente ordenamento jurídico brasileiro, de uma forma voluntária de extinção da relação conjugal, sem causa específica, decorrente de simples manifestação de vontade de um ou ambos os cônjuges, apta a permitir, por consequência, a constituição de novos vínculos matrimoniais. (ibid., p. 612)

Acrescenta Dias (2016), o divórcio é o único instrumento pelo qual é possível romper a sociedade conjugal e extinguir o vínculo marital, que poderá se dar por meio consensual ou litigioso, na via judicial ou extrajudicial, tema que será elucidado no tópico seguinte.

3 MODALIDADES DE DIVÓRCIO

Hodiernamente, estão previstas três modalidades de divórcio, a saber, o divórcio judicial litigioso, o divórcio judicial consensual e o divórcio extrajudicial consensual. A fim de ampliar a discussão, será analisada a proposta da modalidade do divórcio unilateral ou impositivo ainda em tramitação - PLS 3.457/2019⁶⁸, de autoria do Senador Rodrigo Pacheco.

Em todas elas, é preciso atentar-se quanto à definição de questões essenciais, como: guarda e proteção dos filhos (preferencialmente compartilhada, conforme orienta a Lei nº 11.698/08), sobrenome atualizado, alimentos e partilha de bens. Sem embargo, manteve-se a regra do artigo 1.581 do código civilista, que permite que a partilha de bens seja realizada em outro momento (LÔBO, 2011). Contudo, esclarece Dias (2016) que esta opção gera a multiplicidade de ações, o que não é satisfatório, sendo que as partes continuarão em litígio, dilatando a animosidade entre os envolvidos. Assim sugere a autora “melhor é tudo ser solvido na mesma ação” (DIAS, 2016, p. 374).

Extinto o instituto da separação, também se afastou a faculdade do titular do nome solicitar que o outro retire o nome adotado em virtude do casamento. A Emenda do Divórcio alterou a premissa que retirava do cônjuge culpado o direito de manter o sobrenome ou patronímico do ex-cônjuge, isso porque “o nome é o sinal que representa a pessoa perante o meio social, reconhecido como um direito da personalidade e fundamental, envolvendo normas de ordem pública e normas de ordem privada”. (TARTUCE, 2012, p. 202). Convém lembrar que aquele que deseja retirar o sobrenome do ex-cônjuge, poderá fazê-lo a qualquer tempo, através de procedimento administrativo junto ao registro civil (DIAS, op. cit.).

O divórcio é uma ação personalíssima, assim, compete aos cônjuges ingressar com o pedido. Nada obstante, é conferida a legitimidade representativa ao curador, aos ascendentes ou aos irmãos. No caso de incapacidade, o Código Civil dispensa a prévia decretação da curatela. O ingresso da ação poderá ser no domicílio de qualquer dos ex-

⁶⁸ Último estado: 10/03/2020 – Pronta para a pauta na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (Secretaria de Apoio à Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania).

cônjuges, sendo em todas as modalidades exigida a apresentação da certidão de casamento (GONÇALVES, 2014).

O divórcio judicial litigioso é a medida cabível quando há divergências sobre a própria separação ou sobre algumas das questões essenciais, posto que são situações potencialmente conflituosas. Cabe ressaltar que somente serão discutidos assuntos que versem sobre os alimentos e guarda dos filhos. Como já mencionado, a partilha de bens poderá ser estabelecida em oportunidade posterior e, principalmente, é incabível o reconhecimento de culpa, já que “não há culpado, no divórcio, nem responsável pela ruptura” (LÔBO, 2011, p. 155). Neste condão, Dias (2016) destaca a viabilidade de o divórcio ser concedido enquanto tramita a ação referente aos demais pedidos cumulados,

a decretação do divórcio a título de tutela antecipada, ainda que não tenha o autor pedido sua concessão liminar. Ao despachar a inicial, o juiz decreta o divórcio e determina a expedição do mandado de averbação após a citação do réu e o decurso do prazo de recurso. Tal não ofende o princípio do contraditório até por ser admitida sentença parcial antecipada. (ibid., p. 380)

Nas ações judiciais, estabelece o Código de Processo Civil, que a citação seja feita na pessoa do réu, preferencialmente por via postal (CPC, art. 247), não sendo possível ou em caso de tentativa frustrada, a citação será por oficial de justiça. (CPC, art. 249). O mandado de citação não conterà a cópia da inicial, tais medidas são empregadas para evitar o aguçamento das desavenças entre os ex-cônjuges. Sendo o réu não encontrado, esclarece Dias (op. cit.):

encontrando-se em lugar incerto e não sabido, deve ser citado *por edital*. Ainda que o autor afirme não saber do seu paradeiro, o juiz deve diligenciar sua localização antes de determinar a citação editalícia. Não encontrado o réu, mesmo assim deve ser decretado o divórcio, que não depende da sua concordância. (p. 385, grifos no original)

Os casais que não optarem pela via extrajudicial poderão encaminhar o divórcio judicial consensual. Neste modelo, os ex-consortes deverão pactuar em comum acordo sobre as questões essenciais, ocorrendo isso, o juiz homologará o acordo, desde que observados os interesses da criança e do adolescente (LÔBO, 2011). Ensina Dias (op. cit.),

a homologação do divórcio consensual deve ser requerida por petição firmada por *ambos os cônjuges*, na qual deve constar (CPC 731): I – as disposições relativas à descrição e à partilha dos bens comuns; II – as disposições relativas à pensão

alimentícia entre os cônjuges (CC 1.694); III – o acordo relativo à guarda dos filhos incapazes e ao regime de visitas (CC 1.583, 1.584 e 1.589); e IV – o valor da contribuição para criar e educar os filhos (CC 1.696). (p. 373, grifos no original)

Tratando-se de divórcio de casais com filhos menores, indiscutivelmente, o meio empregado é o divórcio judicial, ainda que haja consenso entre os cônjuges. Os interesses da criança e do adolescente são direitos indisponíveis, logo, carecem da tutela estatal. Ainda conforme previsto na norma processual civil, é indispensável a participação do Ministério Público (LÔBO, 2011).

A Lei nº 11.411/07 inseriu no ordenamento jurídico a modalidade de divórcio extrajudicial, aplicável aos casos em que não haja divergências entre os cônjuges quanto às questões essenciais e também a inexistência de filhos menores ou incapazes. Em 2016, novo requisito foi acrescentado à norma, sendo estabelecido que a divorcianda deve atestar que não está grávida ou que desconhece estado gravídico.

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) alterou a Resolução CNJ 35/2007, que regulamenta a realização de separação e divórcio consensual por via administrativa, para esclarecer que o procedimento consensual não pode ser obtido caso a esposa esteja grávida. Até então, a Resolução previa *como requisito para obter o divórcio ou a separação consensual a inexistência de filhos comuns menores ou incapazes*. (FARIELLO, 2016)

O procedimento será feito mediante escritura pública perante tabelião, ocasião em que as partes deverão estar assistidas por advogado ou defensor público, sendo que o mesmo profissional poderá orientar a ambos (LÔBO, op. cit.). Leciona Dias que é possibilitado aos consortes serem representados por procuradores, em razão de que igual condição é permitida na celebração do casamento. Desta feita, a autora assinala

depois de lavrada e assinada a escritura, deve ser encaminhado o traslado ao registro civil para a devida averbação no assento de casamento e de nascimento dos ex-cônjuges. A escritura não depende de homologação judicial e constitui título hábil para qualquer ato de registro, bem como para levantamento de importâncias depositadas em instituições financeiras (CPC 733 § 1.º). Também serve perante a junta comercial, para alterações societárias e para proceder à transferência de veículos junto ao departamento de trânsito. (2016, p. 391)

Afirma a doutrinadora que a via extrajudicial deveria ser medida obrigatória quando atendidas as exigências, dado que é evidente a falta de interesse processual. Contudo, tal imposição vai de encontro aos princípios constitucionais que garantem o acesso à justiça.

No mesmo viés, Gagliano e Pamplona Filho (2017) ressaltam que a via judicial deve ser reservada para situações especiais, em virtude de que o procedimento administrativo ocorre de modo mais simplificado e ágil.

No mesmo trilhar, com o objetivo de estimular a desburocratização e a extrajudicialização de demandas, a Corregedoria Geral do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco editou o Provimento n. 06/2019, elaborado pelo Desembargador Jones Figueirêdo Alves, instituindo o *divórcio unilateral ou impositivo*. A modalidade consiste no divórcio realizado diretamente no Cartório de Registro Civil. Tal medida acabou por ser reproduzida pela Corregedoria Geral do Tribunal de Justiça do Maranhão. Entretanto, logo foi suspensa pelo Corregedor-Geral do Conselho Nacional de Justiça, pois era possível verificar dois óbices jurídicos (de natureza formal e material) no conteúdo do provimento (TARTUCE, 2019).

Quanto à natureza formal, o divórcio unilateral ou impositivo ocorreria nas situações em que há divergências entre os consortes. Todavia, não há amparo legal para tal modalidade extrajudicial, tendo em vista que a lei determina que poderão ser dissolvidas extrajudicialmente apenas as uniões em que haja consenso, conforme dispõe a lei processualista. O Ministro Humberto Martins apontou ainda que a matéria é de competência exclusiva da União⁶⁹ e que, assim sendo, não poderia ser editada por meio de norma de cunho administrativo (ibid.).

No que tange a materialidade, o Corregedor-Geral de Justiça do CNJ alegou que o provimento fere o princípio da isonomia, “uma vez que estabelece uma forma específica de divórcio no Estado de Pernambuco, criando disparidade entre esse e os demais Estados que não tenham provimento de semelhante teor”. Se mantida, a norma administrativa resultaria em prejuízos para a organização federal, que é regida pela uniformidade e igualdade como pressupostos da Federação. Acrescenta o Ministro: “Aceitar que um tribunal local legisle, embora não se utilize essa terminologia no texto do Provimento n. 06/2019, é o mesmo que negar a existência do Superior Tribunal de Justiça e suas funções constitucionais” (ibid.).

Sobre o divórcio unilateral ou impositivo, o Ministro Corregedor Humberto Martins declara: “ao dispor que uma das partes poderá comparecer ao registro civil para requerer o divórcio, desconsidera o fato de que não existe consenso por parte do outro cônjuge (hipótese em que o divórcio deverá ser realizado judicialmente)” (ibid.).

⁶⁹ Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: XXV - registros públicos.

Acolhidos tais argumentos e buscando o enquadramento legal da modalidade, a proposta foi apresentada ao Senador Rodrigo Pacheco, de Minas Gerais, dando origem ao projeto de lei PLS 3.457/2019, baseado na norma administrativa do Tribunal de Pernambuco, revisada por Flavio Tartuce, Mario Luiz Delgado, José Fernando Simão e pelo Desembargador Jones Figueirêdo Alves. Segundo Tartuce (2019), a nomenclatura adequada é divórcio unilateral, pois há relação com a rescisão unilateral, prevista para os contratos em geral e tratada pelo art. 473, *caput*, do Código Civil. A proposta consiste na inclusão do art. 733-A no CPC, estabelecendo que

na falta de anuência do outro cônjuge para a lavratura da escritura, não havendo nascituro ou filhos incapazes e observados os demais requisitos legais, qualquer um dos cônjuges poderá requerer, diretamente no Cartório de Registro Civil das Pessoas Naturais em que lançado o assento do seu casamento, a averbação do divórcio, à margem do respectivo assento. (ibid.)

Após o pedido, o cônjuge não anuente será notificado pessoalmente para tomar conhecimento da averbação pretendida, já o cônjuge não encontrado será notificado por edital. Efetivada a notificação pessoal ou por edital, o Oficial do Registro Civil das Pessoas Naturais procederá, em cinco dias, à averbação do divórcio unilateral. (ibid.).

Segundo Brito, a modalidade de divórcio unilateral extrajudicial

só é facultado àqueles que não tenham filhos de menor idade ou incapazes e quando não há nascituro. Além disso, o regulamento parte do pressuposto que o requerente optou em partilhar os bens, se houver, em momento posterior. É exigido ainda que o interessado esteja assistido por um advogado ou defensor público, cuja qualificação e assinatura constarão do pedido e da averbação levada a efeito. (2019)

Ressalta-se que a única pretensão cumulativa ao pedido de divórcio unilateral é a possibilidade de alteração do nome, outros pedidos como a prestação de alimentos, partilha de bens e até mesmo medidas protetivas deverão ser tratadas pelo juízo competente. Em que pese o debate jurídico, a modalidade pode apresentar benefícios, especialmente naqueles casos em que um dos cônjuges dificulta a tramitação do divórcio ou quando a sua localização é desconhecida. Por fim, talvez o cenário em que a medida será efetivamente profícua, trate-se dos casos de violência doméstica, quando o diálogo é inviável e se faz necessário o afastamento das partes (TARTUCE, op. cit.).

Imperioso acentuar que, independente da modalidade de divórcio empregada, o dever de proteção e alimentos dos pais divorciados referentes aos filhos permanece,

observado o acordo estabelecido ou a determinação judicial. Em caso de guarda exclusiva, o genitor não guardião não terá prejudicado o acesso ao filho, também não é tolhido deste o direito-dever de participar da educação do filho, garantindo desta maneira, o melhor interesse do menor (LÔBO, 2011).

Por fim, buscando a harmonização das relações e a manutenção da comunicação entre as partes, o referido diploma institui que o réu será citado, primeiramente, para comparecer à sessão de conciliação ou de mediação. Essa foi uma importante novidade inserida na legislação processual brasileira, seguindo o exemplo positivo já empregado em outros países.

O CPC, alterado pela redação da Lei nº 13.105, dispõe um procedimento específico aos processos contenciosos de divórcio, separação, reconhecimento e extinção de união estável, guarda, visitação e filiação. Nas ações de família previstas nos art. 693 a 699, particularmente, as partes deverão comparecer à sessão de mediação, salvo se ambas manifestarem recusa expressa. Nesse trilhar, o estudo a seguir abordará pormenorizadamente o desenvolvimento do divórcio a partir do incentivo à autocomposição na solução consensual das controvérsias.

4 INOVAÇÕES NAS AÇÕES DE DIVÓRCIO SOB A ÉGIDE DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL (LEI Nº 13.105/15)

O Código de Processo Civil, que passou a vigorar em março de 2016, apresenta notória atenção aos meios autocompositivos. Desta feita, é possível perceber a preocupação do legislador em estimular a utilização dos métodos consensuais, o que pode ocorrer em qualquer fase do processo, sempre em que houver o interesse das partes. Logo nos primeiros artigos do mencionado diploma, é possível verificar tal previsão, assim, ao analisar o artigo 3º, entende Spengler que “a proposta do novo CPC não é tornar obrigatória a mediação ou a conciliação, mas estimulá-la. E tal incentivo deve ser tarefa de todos os operadores do Direito, mesmo quando já ajuizada a ação” (SPENGLER, 2017, p. 144).

Com efeito, importantes inovações ocorreram no cenário jurídico das ações de família diante das significativas alterações processuais adotadas a fim de tornar o processo mais

cooperativo⁷⁰. E, assim, fomentar a implementação de meios que afastam a competitividade, tendo em vista que “em vez de se utilizar pressão e o poder, utiliza-se a criatividade como ferramenta, a flexibilidade como atitude e a comunicação sincera e genuína para se chegar ao melhor acordo” (SPENGLER, 2017, p. 103).

Desta feita, considerando a complexidade das demandas sociais, revelou-se a necessidade de aprimorar o acesso à justiça incorporando medidas alternativas capazes de corresponder satisfatoriamente às expectativas da sociedade contemporânea. O projeto “Florença”, desenvolvido por Mauro Cappelletti e Bryant Garth, apresentou três ondas renovatórias de universalização do acesso à justiça. A mediação encontra-se na terceira onda renovatória como um direito humano básico, esta onda propõe um novo “enfoque de acesso à justiça”, que tem a finalidade de ampliar a concepção de acesso por meio de novas alternativas para o enfrentamento de situações conflituosas (CAPPELLETTI; GARTH, 1988).

A mediação é um procedimento empregado a partir do desenvolvimento de técnicas de negociação. Trata-se de um instrumento que busca, através da ética da alteridade, oferecer um espaço de reencontro e equilíbrio. Na condução das sessões, está a figura do mediador, um terceiro imparcial, que tem com tarefa primordial atuar como agente facilitador do diálogo, auxiliando no restabelecimento da harmonia e na transformação do cenário conflituoso (WARAT, 2004).

Na perspectiva transformativa, a principal meta da mediação é dar aos participantes a oportunidade de aprender ou mudar; a partir daí eles podem alcançar uma sorte de evolução moral ou “transformação” por meio do aprimoramento da autonomia (ou “empoderamento”, como capacidade de decidir sobre os problemas da própria vida) e de “identificação” (como capacidade de reconhecer e simpatizar com a condição alheia). (TARTUCE, 2016, p. 4)

A atual legislação estabelece que as sessões ocorram preferencialmente nos centros judiciários criados pelos tribunais, com a participação dos mediadores e conciliadores. As partes podem escolher, de comum acordo, o conciliador, o mediador ou a câmara privada de conciliação e mediação, conforme previsto no artigo 168. Já o §3º do referido artigo orienta: “sempre que recomendável, haverá a designação de mais de um mediador ou conciliador”. Desta forma, almeja-se oferecer um ambiente informal e apropriado, onde os

⁷⁰ Sobre o tema importante a leitura: SCHMIDT, João Pedro. Bases bio-psicossociais da cooperação e o paradigma colaborativo nas políticas públicas. Revista de Direitos e Garantias Fundamentais, Vitória, v. 19, n. 1, p. 123-162, jan./abr. 2018b. Disponível em: <http://sisbib.emnuvens.com.br/direitosegarantias/article/view/1091>. Acesso em: 07 mai. 2020.

mediandos sintam-se à vontade para expressar suas angústias, distante dos ritos pré-definidos e da decisão imposta pelo juiz (SPENGLER, 2017).

A Lei da Mediação, no artigo 3º, estabelece que pode ser objeto de mediação o conflito que versa sobre direitos disponíveis ou sobre direitos indisponíveis que admitam transação. A legislação processual indica que este é método compositivo adequado para dirimir as desavenças familiares. Deste modo, o Capítulo X prevê o tratamento dado às ações de família, bem como o incentivo à solução consensual, conforme se observa no artigo 694:

Art. 694. Nas ações de família, todos os esforços serão empreendidos para a solução consensual da controvérsia, devendo o juiz dispor do auxílio de profissionais de outras áreas de conhecimento para a mediação e conciliação.
Parágrafo único. A requerimento das partes, o juiz pode determinar a suspensão do processo enquanto os litigantes se submetem a mediação extrajudicial ou a atendimento multidisciplinar.

Estas ações cuidam de relações continuadas, que envolvem demasiada carga afetiva. Assim, a mediação busca a transformação da postura conflitiva em postura participativa, em que os envolvidos não são adversários, o que significa dizer que não há um ganhador x perdedor, visto que adota-se o sistema do ganha-ganha (ibid.). Em acordo com Lei nº 13.140, Lei da Mediação, e seguindo o mesmo teor da Resolução 125 do CNJ, o CPC estabelece, no artigo 166, que a conciliação e a mediação são norteadas pelos princípios da independência, da imparcialidade, da autonomia da vontade, da confidencialidade, da oralidade, da informalidade e da decisão informada.

No que concerne ao procedimento do divórcio, ensina Parizatto (2016) que, ajuizada a ação, incumbe ao juiz analisar o deferimento de tutela provisória e designar a sessão de conciliação ou mediação. O mandado de citação será na pessoa do réu e deverá conter apenas as informações essenciais à reunião, sem a cópia da petição inicial. Ainda, deve-se observar o prazo de 15 dias de antecedência da data estabelecida. Nas ações de família, a citação trata tão somente do comparecimento à sessão (CPC, art. 695).

Para Spengler, “a mediação no Brasil é voluntária, ou seja, os conflitantes têm autonomia para aceitá-la ou rejeitá-la” (SPENGLER, op. cit., p. 173), assim sendo, é incabível a previsão de qualquer tipo de penalização a quem não deseja participar. Além de voluntário, a mediação é um método autônomo, no qual a resposta da demanda é desenvolvida pelas próprias partes a partir das suas necessidades e possibilidades.

Acrescenta Tartuce:

A autonomia da vontade das partes é reconhecida expressamente no ordenamento brasileiro como um dos princípios regentes da mediação e da conciliação (CPC/2015, art. 166; Lei 13.140/2015, art. 2º, V; CNJ, Resolução 125/2010, anexo III). O reconhecimento da autonomia da vontade implica em que a deliberação expressa por uma pessoa plenamente capaz, com liberdade e observância dos cânones legais, seja tida como soberana. (2016, p2)

No entanto, prevê a norma processual que a mediação não se realizará se ambas as partes recusaram expressamente, assim, ao autor, é oportuna a manifestação na petição inicial, e a parte requerida deverá apresentar sua recusa em petição no prazo de dez dias antecedentes à data da sessão. Já o não comparecimento injustificado do autor ou do réu à audiência de conciliação é considerado ato atentatório à dignidade da justiça e ao faltante é gerada multa pecuniária (CPC, art. 334, §8º).

Observa-se que tal dispositivo não faz menção à audiência de mediação, na medida em que o legislador estabeleceu a penalidade apenas quando ocorrer a ausência não justificada à audiência de conciliação. O tema gera inúmeras discussões, especialmente, quanto à interpretação do apontado artigo, que provoca o seguinte questionamento: a omissão trata-se de um esquecimento do legislador ou tal previsão não se aplica à mediação? Spengler compreende que:

Talvez tenha faltado, [...] coragem ao legislador para determinar a obrigatoriedade de comparecimento ao ato ou então, para dispor, de maneira clara, sobre sua liberdade para recusar sua presença, gerando e administrando a polêmica daí advinda. A decisão foi salomônica e ficou no meio do caminho: existe alternativa para evitar o ato atentatório a dignidade da justiça. Porém, gerou polêmica do mesmo modo: além de discutir a interpretação quando a obrigatoriedade discute a falta de coragem do legislador em se posicionar de maneira direta. (2017, p. 161)

Ademais, reflete a autora que medidas que estimulam a imposição da mediação poderão gerar efeitos diversos ao almejado, como:

a) má vontade e falta de colaboração, desperdiçando um tempo precioso que poderia ser investido em outro conflito; b) a mediação torna-se uma etapa processual (tal como a antiga audiência de conciliação prevista no CPC de 1973) do qual o cidadão participava apenas para cumprir com o que foi legalmente determinado; c) se por ventura ela resulta em acordo, a chance de descumprimento é maior, uma vez que é de conhecimento geral que quanto mais imposta a decisão/solução, maiores são as chances de descumprimento; d) o abandono dos princípios básicos da mediação. (ibid., p. 173)

Designada a sessão, as partes deverão comparecer acompanhadas por advogados ou defensores públicos. Diversamente ocorre na mediação extrajudicial, quando uma das partes comparece desacompanhada de procurador, cumpre ao mediador suspender o procedimento, devido ao desequilíbrio entre as partes e aconselhar que o mediando desassistido procure a Defensoria Pública ou constitua advogado (PARIZATTO, 2016).

Explana Parizatto:

se não houver conciliação na audiência designada e para qual foi o réu citado, o juiz *intimará* o réu em tal oportunidade, pessoalmente ou na pessoa de seu advogado, para que ofereça *contestação*, entregando-lhe em tal oportunidade, *cópia da petição inicial*. (op. cit., p. 2, grifos no original)

Nesta lógica, não obtido o acordo entre as partes, serão adotadas as regras do procedimento comum (CPC, art. 697). Assim, o prazo contestacional iniciará a partir da data da audiência de conciliação ou de mediação, ou da última sessão de conciliação, quando qualquer parte não comparecer ou, comparecendo, não houver autocomposição (CPC, art. 335, I).

Ante a complexidade das relações familiares, elogiosa possibilidade está estabelecida no artigo 696, que permite o fracionamento da audiência de mediação e conciliação em tantas sejam necessárias para a construção de uma resposta consensual, sem prejuízo de providências jurisdicionais para evitar o perecimento do direito.

A mediação satisfatória ocorre através do restabelecimento do diálogo entre as partes, mesmo que não se alcance, num primeiro momento, o consenso. Todavia, quando elaborados acordos, estes serão reduzidos a termo, uma vez homologados pelo juiz ganharão força de título executivo extrajudicial (CPC, art. 784, IV). O CPC determina que os atos processuais são públicos, salvo aqueles que tramitam em segredo de justiça, pois tratam de matéria familiar (CPC, art. 189, II). Nestes casos, o Ministério Público intervirá previamente à homologação do acordo, se houver interesse de menor ou incapaz (CPC, art. 698). Neste sentido, ponderosa reflexão traz Spengler:

- a) O Judiciário se mantém protagonista e controlador dos acordos feitos em sessões de mediação, dizendo a última palavra, quando envolverem direitos indisponíveis transacionáveis e possui, para isso, a fiscalização do Ministério Público. Tal fato não contribui para a diminuição do volume de processos e não auxilia no descongestionamento da estrutura judicial uma vez que, na forma de acordo, o conflito vai ao Judiciário para ser homologado;
- b) Por outro lado, entende-se a prudência da homologação ali determinada

especialmente devido ao tipo de conflito e de direitos nele discutidos bem como a possibilidade de participação de incapazes. (2017, p. 174)

Evidente cautela com o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente verifica-se no artigo 699, que prevê que quando o processo envolver discussão sobre fato relacionado a abuso ou a alienação parental, o juiz, ao tomar o depoimento do incapaz, deverá estar acompanhado por especialista.

O processo judicial poderá ser suspenso enquanto os litigantes se submetem a mediação extrajudicial ou a atendimento multidisciplinar (CPC, art. 694, parágrafo único). Tal medida se faz necessária, tendo em vista que o andamento do processo ou a decisão proferida pelo juiz poderá ir de encontro à negociação em desenvolvimento no tratamento alternativo. Orienta Parizatto:

neste caso, cabe as partes peticionarem ao juiz, requerendo a suspensão do processo por um determinado prazo, que poderá ser prorrogado, sendo necessário, mediante novo pedido, com a finalidade de se possibilitar tanto uma mediação extrajudicial com o intuito de solucionar as pendências entre o casal divorciando ou mesmo para viabilizar o atendimento multidisciplinar. Tal espécie denota conjunto de especialistas, trabalhando em equipe, em busca de um objetivo comum, neste caso, auxiliar as partes em conflito, podendo se referir, à evidência, em atendimento psicológico. (2016, p. 9)

Neste diapasão, os benefícios do procedimento mediado são imensuráveis, pois perpassam a esfera financeira, atingindo não somente as partes, mas também a todos os integrantes do arranjo familiar, o judiciário e a sociedade.

Diante do exposto, observa-se que o diploma processual civil vigente se preocupa em aproximar o Judiciário do cidadão, tornando o divórcio mais humanizado. Ademais, a mediação e a conciliação são consideradas práticas inovadoras no ordenamento jurídico, com grande potencial de transformação social e disseminação da cultura da paz.

5 CONCLUSÃO

As famílias, assim como a sociedade, são estruturas vivas em constantes transformações. Dessas relações complexas e multifacetadas, mesmo que carregadas de afeto, decorrem situações conflituosas. Destaca-se, dentre os conflitos familiares mais acirrados, o divórcio. Durante muitos anos, não se admitia o desfazimento do vínculo

matrimonial, contudo, a legislação foi lentamente amparando a necessidade de permitir o desvencilhamento jurídico de uma relação conjugal já sucumbida.

Desta maneira, somente em 1977 a Lei do Divórcio tornou o casamento dissolúvel. No entanto, a lei não satisfazia integralmente o desejo de liberdade, já que os requisitos exigidos para sua concessão mantinham traços conservadores que dificultavam a decisão. Foi a Constituição Federal que tornou o procedimento mais acessível, afastando as exigências antes estabelecidas e, principalmente, excluindo a perquirição da culpa.

Por muitos anos, tanto a separação judicial quanto o divórcio eram concedidos somente através da via judicial, medida que obrigava as partes a enfrentar um longo e desgastante processo, que muitas vezes aumentava a animosidade, causando transtornos emocionais e financeiros aos divorciandos.

Assim, quando a convivência conjugal já não é mais possível e o casal opta pelo rompimento do vínculo marital, o divórcio, mesmo que desejado, se revela como uma experiência repleta de expectativas e sentimentos como mágoas, insegurança, dor e liberdade. Por este motivo, é salutar oferecer atenção e ajuda ao ex-casal, especialmente nesta fase de transformação do arranjo familiar. Neste teor, as legislações posteriores surgiram para facilitar ainda mais o procedimento do divórcio, estabelecendo inclusive o procedimento via extrajudicial.

No ordenamento pátrio, há previsão de 3 modalidades de divórcio, que podem ocorrer por meio de ação judicial ou escritura pública firmada em Tabelionato de notas. Assim, a via extrajudicial é a opção mais benéfica quando atendidos os requisitos quanto ao consenso, inexistência de filhos menores ou incapazes e, recentemente, passou a exigir-se que a divorcianda não esteja grávida ou desconheça estado gravídico.

Já o divórcio consensual é a alternativa para os casais que estão de acordo quanto às questões essenciais, porém não preenchem os requisitos do divórcio extrajudicial, visto que é necessário garantir o melhor interesse dos menores. Conquanto, havendo litígio entre os divorciandos, o divórcio litigioso é o meio previsto para dirimir o enlace matrimonial.

Cabe mencionar que a modalidade de divórcio unilateral, ainda em fase de projeto de lei, busca dar mais autonomia às partes, pois ocorre sem a obrigatória anuência do cônjuge. Essa é uma importante ferramenta que poderá representar o empoderamento de mulheres que vivem em situação de violência doméstica e temem o agravamento do conflito quando submetido ao tradicional processo judicial.

Ademais, respondendo ao problema de pesquisa apresentado, observou-se que o CPC, alterado recentemente, estabeleceu sensíveis mudanças no rito do divórcio. Especialmente nas ações de família, as partes poderão optar pela participação em sessões de mediação, método considerado o mais adequado para tratar os conflitos familiares, pois oferece um espaço acolhedor e apropriado para o debate de questões de ordem emocional não discutidas na via judicial, mas tão vital para restabelecer o diálogo e a harmonia entre os envolvidos. Ainda, é possível afirmar que a aplicação dos meios autocompositivos é satisfatória, pois permite que o procedimento se desenvolva por meio de técnicas e etapas que atendem às particularidades do caso, logo, incentiva a participação e cooperação das partes que são os protagonistas da solução.

Cumprido salientar, que a adoção destes métodos consensuais não tem caráter obrigatório, uma vez que o CPC prevê que quando ambas as partes se recusarem a participar, a sessão não ocorrerá. Visto que, é improvável alcançar o consenso por meio de uma imposição. Diante do exposto, constata-se que o instituto do divórcio vem, ao longo dos anos, evoluindo no intento de adequar-se às expectativas sociais. Originalmente previsto sob as exigências de certas condições, atualmente o instrumento tornou-se mais acessível e humanizado a partir das medidas implementadas pela legislação, com destaque aos meios autocompositivos previstos na lei processual civil.

REFERÊNCIAS

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

_____. *Emenda Constitucional n. 66, de julho de 2010*. Brasília, DF: Presidência da República, [2017]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc66.htm. Acesso em: 15 set. 2017.

_____. *Lei 6.515, de 26 de dezembro de 1977*. Regula os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2017]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6515.htm. Acesso em: 02 out. 2017.

_____. *Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2017]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 06 out. 2017.

_____. *Lei 11.411, de 04 de janeiro de 2007*. Altera dispositivos da Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, possibilitando a realização de inventário, partilha, separação consensual e divórcio consensual por via administrativa. Brasília, DF: Presidência da República, [2017]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/l11441.htm. Acesso em: 03 nov. 2017.

_____. *Lei 11.698, de 13 de junho de 2008*. Altera os arts. 1.583 e 1.584 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil, para instituir e disciplinar a guarda compartilhada. Brasília, DF: Presidência da República, [2017]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/l11698.htm> Acesso em: 03 out. 2017.

_____. *Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015*. Institui o Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2017]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 12 nov. 2017.

_____. *Lei 13.140, de 26 de junho de 2015*. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do art. 6º da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997. Brasília, DF: Presidência da República, [2017]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm. Acesso em: 20 out. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Quarta Turma define que separação judicial ainda é opção à disposição dos cônjuges*. Brasília, 2017. Disponível em: http://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias-antigas/2017/2017-03-22_08-43_Quarta-Turma-define-que-separacao-judicial-ainda-e-opcao-a-disposicao-dos-conjuges.aspx. Acesso em: 10 jun. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Repercussão Geral em pauta*. Brasília, 2019. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaRepercussaoInformacaoGeral/anexo/Edio82.pdf>. Acesso em: 12 jun. 2020.

BRITO, Rodrigo Toscano de. *Divórcio impositivo*. [S.l.], 2019. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/noticias/6950/Div%C3%B3rcio+impositivo>. Acesso em: 11 jun. 2020.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias* [livro eletrônico]. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

FARIELLO, Luiza. Divórcio consensual em cartório não é possível caso a mulher esteja grávida. *Agência CNJ de Notícias*, [s.l.], 2016. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br>

/noticias/cnj/81959-divorcio-consensual-em-cartorio-nao-e-possivel-caso-a-mulher-esteja-gravida. Acesso em: 21 jan. 2019.

GAGLIANO, P. S.; PAMPLONA FILHO, R. *Novo curso de direito civil: direito de família*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: direito de família – de acordo com a Lei nº 12.874/2013*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

LÔBO, Paulo. *Direito civil: famílias*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

PARIZATTO, João Roberto. *Ações de família no Novo CPC*. São Paulo: Parizatto, 2016.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Divórcio: teoria e prática*. 5. ed. São Paulo, 2016.

OLIVEIRA, José Sebastião de. *Fundamentos constitucionais do direito de família*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

OLIVEIRA, Euclides de; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Do direito de família. In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da. (Coords.). *Direito de família e o novo Código Civil*. 4. ed. rev. atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

SCHMIDT, João Pedro. Bases bio-psicossociais da cooperação e o paradigma colaborativo nas políticas públicas. *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, Vitória, v. 19, n. 1, p. 123-162, jan./abr. 2018. Disponível em: <http://sisbib.emnuvens.com.br/direitosegarantias/article/view/1091>. Acesso em: 07 mai. 2020.

SPENGLER, Fabiana Marion. *Mediação de conflitos: da teoria à prática*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

STRECK, Lenio Luiz. *Por que é inconstitucional “represtinar” a separação no Brasil*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-nov-18/lenio-streck-inconstitucional-represtinar-separacao-judicial>. Acesso em: 10 jun. 2020.

TARTUCE, Fernanda. *Mediação, autonomia e audiência inicial nas ações de família regidas pelo Novo Código de Processo Civil*. 2016. Disponível em: <http://www.fernandatartuce.com.br/wpcontent/uploads/2017/05/Media%C3%A7%C3%A3o-autonomia-e-vontade-a%C3%A7oes-familiares-no-NCPC.pdf>. Acesso em: 21 jan. 2019.

TARTUCE, Flavio. *O divórcio unilateral ou impositivo*. 2019. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2019/07/10/divorcio-unilateral-impositivo/>. Acesso em: 10 jun. 2020.

TARTUCE, Flavio; SIMÃO, José Fernando. *Direito civil: direito de família*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012. v. 5.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima. *O direito das famílias entre a norma e a realidade*. São Paulo: Atlas, 2010.

WARAT, Luiz Alberto. *O ofício do mediador: surfando na pororoca*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. v. 3.

O ASSÉDIO MORAL NAS RELAÇÕES FAMILIARES, SEUS EFEITOS DIANTE DA HUMILHAÇÃO E DA MORTE INTERIOR, VIOLAÇÃO À DIGNIDADE HUMANA

THE MORAL HARASSMENT IN FAMILY RELATIONS, THEIR EFFECTS OF HUMILIATION AND INTERIOR DEATH, VIOLATION OF HUMAN DIGNITY

Leticia Facci de Castro;⁷¹

Cleide Aparecida Gomes Fermentão.⁷²

Resumo: Com o decorrer dos tempos, a família foi enriquecida com os institutos do afeto, do respeito e da solidariedade, os quais fundamentaram a família contemporânea. Devido a esta premissa, faz-se preciso analisar o ambiente familiar e sua importância para a dignidade de seus membros. Tal análise leva em conta o assédio moral que acontece no seio familiar e seus efeitos nocivos, como o assédio que acontece em outros ambientes como o do trabalho e suas ramificações, o bullying e o desrespeito à pessoa. Esse tipo de atitude, quando no seio familiar fere a dignidade, porque esta tem o ninho de calor humano, de proteção e de amor, elementos necessários para o desenvolvimento de seus integrantes. A psicologia aponta que, onde são confirmadas situações de assédio moral familiar, o paciente desenvolve casos de ansiedade, depressão, distúrbios alimentares e, em situações extremas, ao suicídio. A família é protegida pelo Estado constitucionalmente, estabelecendo que é dever do Estado a proteção da família e a dignidade da pessoa como direito fundamental. Logo, é necessário fazer uma análise sobre as consequências jurídicas e emocionais que tal assédio provoca no desenvolvimento da de seus integrantes, na estrutura familiar e em seus membros, tendo como fundamento a dignidade da pessoa humana.

Palavras-chave: Assédio moral. Família. Dignidade. Estado. Bullying.

Abstract: As time goes by the Family was enriched with affection, respect and solidarity, and these founded the contemporary Family. Due to this premise, it is necessary to analyze the family environment and its importance for the dignity of its members. Such analysis leads to moral harassment that takes place within the Family and the harmful effects on human dignity. Such as the harassment that happens in other places like work and its ramification,

⁷¹ Mestre em Direitos da Personalidade e seu alcance na contemporaneidade pelo Centro Universitário de Maringá- UNICESUMAR, Maringá-PR. Pós-graduanda em direito notarial e registral pela LFG. Pós-graduanda em direito público pela Damásio Educacional. Graduação pelo Centro Universitário de Maringá – UNICESUMAR, Maringá-PR. Advogada regularmente inscrita na OAB/PR 86.511. Assessora jurídica no Registro de Imóveis de Sarandi-PR.

⁷² Doutora em Direito das relações sociais pela UFPR-Universidade Federal do Paraná; Mestre em Direito Civil e graduação pela UEM-Universidade Estadual de Maringá; professora do Programa de Mestrado e da graduação da CESUMAR. Centro Universitário de Maringá; Professora da EMAP –Escola da Magistratura do Estado do Paraná; Membro do Instituto dos Advogados do Estado do Paraná. Pesquisadora do ICETI UNICESUMAR. Advogada.

bullying and human being disrespect. The moral harassment in the Family wounds the dignity of the person because in the Family we have the nut of human warmth, protection and love, all necessary for the human development. Psychology studies point that in the families where moral harassment occurs, the patient can develop anxiety, depression, eating disorders and sometimes it can lead to suicide. The Family is constitutionally protected by the state establishing that its protection is a state duty and the dignity of the human being is a fundamental right. Then, it is necessary to analyze the juridical and emotional consequences that moral harassment causes in the human being development, in the Family structure and in its members, based on human dignity.

Keywords: Moral harassment. Family. Dignity. State. Bullying.

1 INTRODUÇÃO

O assédio moral é caracterizado pela conduta relacionada à perseguição e à humilhação que afeta uma pessoa em sua esfera psíquica, sendo considerado como atitude degradante, assim como é a violência física; é violência moral, ofensa à integridade psíquica, à alma e ao espírito humano. A vítima de tal violência desenvolve desde abalos psíquicos a doenças, e, em casos mais graves, chega-se ao suicídio.

O ambiente familiar é o ninho que aquece a alma humana, que enriquece e desenvolve um espírito de fraternidade e amor. É graças a esse enriquecimento de afeto e respeito que as pessoas se desenvolvem fisicamente e psicologicamente. Tal ambiente oferece segurança, proteção, gerando vida e desenvolvimento. Os seus membros se entrelaçam em laços de sangue e de amor, enternecem-se diante do sentimento e da solidariedade, permitem socorrer-se mutuamente nos momentos de dor, dividindo as angústias e alegrias da vida. E, por tratar-se de um ambiente de amor, respeito e apoio entre os seus membros, quando tais colunas que sustentam a família sofrem abalos com o assédio moral, a primeira ideia é negar tal dor, tendo-se sempre a ideia de manter-se a unidade familiar.

O assédio moral inicialmente foi observado no ambiente de trabalho, gerado por sua alta competitividade, com comportamentos repetitivos e tendo por objetivo prejudicar a capacidade laborativa de alguém, gerando uma degradação das condições de trabalho suscetível de atingir seus direitos e dignidade, ao ponto de prejudicar a saúde física ou mental e até mesmo um verdadeiro comprometimento ao futuro profissional.

O objetivo da presente pesquisa é despertar a reflexão sobre o assédio moral, que atualmente é tratado nas relações trabalhistas, mas pouco lembrado nas relações familiares;

pontuar as principais consequências de tal assédio, que ultrapassam os indivíduos envolvidos e atingem a coletividade, fragilizando a instituição familiar e gerando danos de toda ordem.

Este artigo pretende analisar o assédio moral no ambiente familiar, tendo por fundamento e analogia tal assédio no ambiente do trabalho, pelo fato de ter surgido neste as primeiras noções do assédio. E pergunta-se: é possível fazer uma analogia entre tais ambientes, tendo-se por parâmetro que o objeto de ambos não se coaduna e, ao mesmo tempo, se completa?

Toda pessoa tem como direito da personalidade o exercício de uma atividade profissional e tem como objetivo a felicidade em perfeita harmonia familiar. A dor da humilhação e perseguição com atos e palavras repetidas no ambiente do trabalho pode ser equiparada a dor de atos e palavras que ofendem a alma humana se praticadas entre pais e filhos? E entre membros de uma família, cujo ambiente deve ser de calor humano e amor? Como o direito pode proteger os membros de uma entidade familiar em que a dignidade é ferida por assédio moral?

Por isso, o intuito deste estudo é examinar seus efeitos nocivos no ambiente familiar, com o objetivo de valorar as relações familiares como colunas na estrutura psíquica de uma pessoa em sua dignidade. Para isso buscar-se-á a análise doutrinária e jurisprudencial como metodologia de pesquisa.

2 DO ASSÉDIO MORAL

O estudo sobre o assédio moral no seio familiar e suas consequências devastadoras para o comprometimento emocional da pessoa, vítima de tal assédio, é recente, mesmo sempre existindo tal comportamento entre os membros de um grupo familiar. Este estudo teve o seu início nos primórdios da relação de trabalho (FERREIRA, 2004, p. 37-38). Foi observado ainda que, até mesmo no meio animal, estes realizavam comportamentos hostis relacionados a um determinado “invasor”, mediante o estudo do pesquisador Konrad Lorenz (Ibid., p. 38). Porém, foi a partir da obra da psicanalista Marie-France Hirigoyen, de nome “Assédio moral: a violência perversa no cotidiano” (HIRIGOYEN, 2005), que surgiu uma atenção maior para o tema e o estudo jurídico sobre o que seria o assédio moral, começando pelo ambiente do trabalho.

A França foi o país pioneiro com leis específicas para o instituto do assédio moral. No ano de 2001 surgiu a Lei de Modernização Social, que nada mais fez do que dar uma atenção maior para a dignidade do trabalhador (FERREIRA, 2004, p. 77). Ainda, previu, em seu código penal, a tipicidade deste ao assinalar que,

assediar outrem com comportamentos repetitivos tendo por objeto ou efeito uma degradação das condições de trabalho suscetível de atingir seus direitos e dignidade, de alterar sua saúde física ou mental ou de comprometer seu futuro profissional. (ibid., loc. cit.)

No âmbito brasileiro de legislação, têm-se leis municipais com o teor de repressão ao assédio moral – no ambiente do trabalho – e projetos de leis para sua inclusão no código penal.⁷³

Em sua obra “Transtorno do assédio moral-bullying: a violência silenciosa” (MOREIRA, 2012, p. 61), Dirceu Moreira salienta que é preciso resgatar a dignidade da vítima desse tipo de conduta, ao dizer que “a responsabilidade do assédio é geral, uma vez que a contribuição, seja ela direta ou não, possui uma “ajuda coletiva”. E, o assédio moral é um “problema social.” Vê-se, então, que o estudo sobre tal instituto tem sido objeto de pesquisa, visando a proteção da pessoa humana em sua dignidade, ao reconhecer a importância do tema para o seu desenvolvimento psíquico.

Esse tipo de assédio gera a “morte da alma” nas vítimas de humilhação e dor, e muitas vezes tais situações extrapolam a capacidade de suportabilidade, levando-as à morte interior, e até mesmo ao suicídio. É necessário que se afaste a premissa de ocorrência de tal assédio apenas no ambiente laboral, uma vez que tais humilhações acontecem também no ambiente familiar. E, o assédio moral no seio familiar fragiliza ainda mais a vítima de tal desrespeito, pois a família é o porto seguro, é o ninho de calor humano a proteger das intempéries da vida. Analisar as relações familiares e a importância destas para o desenvolvimento emocional da pessoa faz-se preciso, diante do número de famílias em constantes conflitos e do desalento das pessoas vítimas de tais humilhações, pois fere o direito de personalidade da pessoa.

A pessoa humana é detentora de personalidade, e esta é protegida pelo direito. Nas lições de Adriano de Cupis, “todos os direitos na medida em que são destinados a dar

⁷³ As cidades de Campinas/São Paulo; Cascavel/Paraná; Natal/Rio Grande do Sul, podem ser citadas como exemplo das que possuem essa previsão. Já no âmbito federal, há os projetos PL n. 4.742/2001, do art 146-A; PL n. 4.960/2001, para inclusão do artigo 149-A e PL n. 5.961/2001 do artigo 203-A.

conteúdo à personalidade poderiam chamar-se de direitos da personalidade”. O mesmo autor ensina que, na linguagem jurídica, tal designação se refere aos direitos subjetivos que possuem a função de “constituir o mínimo necessário e imprescindível para o seu conteúdo” (DE CUPIS, 2008, p. 23-24). Para Canotilho, “a afirmação da integridade física e espiritual da pessoa humana é uma dimensão irrenunciável de sua individualidade autonomamente responsável” (SENGIK, 2014, p. 91).

O estudo sobre o assédio moral teve início na década de 1960, quando a psicologia se interessou pelo tema nos países europeus, especialmente na França, e tinha interesse em estudar as relações entre crianças (ibid., loc. cit.). Na década de 1990, teve início a pesquisa sobre a violência do cotidiano, com ênfase na área trabalhista. (ibid., loc. cit.)

Essa modalidade de assédio pode ser conceituada como uma violência perversa que aniquila a integridade psíquica da vítima, atine o seu desenvolvimento livre e saudável e fere a sua personalidade. Representando, desse modo, uma grave e profunda lesão para a sua dignidade, sentindo-se como numa teia de terror psíquico. (ibid., loc. cit.)

2.1 NOMENCLATURA E CARACTERÍSTICAS

Assediar significa estorvar, perseguir, hostilizar, importunar, molestar, diminuir o outro em seus valores morais, em sua estrutura emocional, assim como: cercar, obsidiar, rodear, sitiar, importunar, perseguir insistentemente até conseguir o seu intento. Trata-se de uma violência silenciosa que causa dano físico e moral ao indivíduo. (MOREIRA, 2012, p. 36) Quanto ao adjetivo “moral”, observa-se que este relaciona o assédio à ética, o que causa sentimentos humilhantes e degradantes ao sujeito (RUFINO, 2006, p. 74). Tal adjetivo ajuda na diferenciação do *mobbing* do assédio psíquico ou psicológico, o qual ocorre nas situações em que se constatam graus elevados de estresse, depressão e traumas ao indivíduo. O *mobbing* é espécie, enquanto o assédio moral pode ser considerado como gênero. (CARVALHO, 2013)

No Japão, o assédio moral no trabalho é visto como um fenômeno cultural. O *ijime* é uma prática ocorrente dentro das fábricas naquele país para instigar a competitividade e ressaltar quem são os trabalhadores mais fortes. Como resultado disso, o número de suicídios é notável, mas acabou sendo visto como uma forma de controle social. (HIRIGOYEN, 2005, p. 83-84) Taisa Trombetta e José Carlos Zanetti o conceituam como: “coerção moral,

mobbing, bullying, ijime, harassment, pois tem conotação de importunar, perseguir, insistir, vexar, humilhar, transtornar, ameaçar ou punir um indivíduo.” (TROMBETTA; ZANELLI, 2011, p. 56)

Em todas as suas formas e contextos o assédio moral acaba se manifestando sempre por meio de insultos, atos de cunho violento e até mesmo ameaças, gerando no sujeito assediado um sentimento de angústia e depressão. Sob uma ordem geral, verificam-se três características presentes dentro desse tipo de atitude e suas variadas formas: a lesão à dignidade pessoal e integridade daquele que é assediado, em relação ao seu bem jurídico protegido; um elemento objetivo, levando em consideração as atuações hostis realizadas pelo indivíduo assediador, as quais, mesmo que aparentemente inofensivas, possuem um caráter perturbador diante da repetição de atos; e, ainda, um elemento subjetivo, entendido como o propósito de subjugar a vontade da vítima, possuindo como elemento caracterizador, a finalidade de humilhação.

Quando se analisa o assédio contextualizado no ambiente familiar, percebe-se que se trata de situações de violência moral por meio da humilhação entre as relações dos membros de uma família. Estas relações não se encontram apenas entre ascendentes contra descendentes, mas em todas as linhas de parentesco. Não há uma limitação. Vê-se, ainda, as situações horizontais (as quais são marcadas por competições entre os indivíduos) e situações verticais (que levam em consideração a hierarquia existente). O assédio ainda pode ser considerado misto, quando a vítima o sofre por meio de todas as suas relações. (FERREIRA, 2004, p. 51-53)

Independentemente de onde ocorre, existem alguns pontos comuns podem ser identificados: as condutas são sempre abusivas com o intuito vexatório de constranger a vítima (MOREIRA, 2012, p. 193). Quando se observa exclusivamente para a figura do agressor, Hirigoyen foi pioneira ao ressaltá-la como “uma pessoa ‘perversa e narcisista’”. Tais atos são praticados por indivíduos essencialmente perversos (HIRIGOYEN, 2005, p. 145-146). O conceito de perverso narcisista pode ser explicado pelas palavras de Alberto Eigher:

Perversos narcisistas são os indivíduos que, sob influência de seu grandioso eu, tentam criar um laço com um segundo indivíduo, dirigindo o seu ataque particularmente a integridade narcisista do outro, a fim de desarma-lo. Atacam igualmente seu amor-próprio, buscam, de certo modo, fazer crer que o elo de dependência do outro para com eles é insubstituível e que é o outro que o solicita. (EIGHER, 2005, p. 141)

É importante destacar que, mesmo aparentando um conceito óbvio de identificação, a “força” do assediador encontra-se justamente no fato de que os acontecimentos, em um primeiro momento, são imperceptíveis (HIRIGOYEN, 2005, p. 145-146). E, mesmo diante de tais atitudes, não é verificado – dentro do caráter psicológico – qualquer indício de responsabilidade perante o assediador. Qualquer tipo de erro ou falhas são apontados diretamente para a vítima. Existe apenas a percepção de inocência perante si própria. Por outro lado, tem-se a figura daquele que sofre o assédio. Os estudos psicológicos destas pessoas pairam em relação a uma possível descoberta de “blindagem” para qualquer tipo de assédio diante da situação, porque, uma vez sofrendo tal violência, dificilmente a vítima retorna ao seu *status quo ante* (CARVALHO, 2013).

Os que sofrem esse tipo de violência emocional podem ser enquadrados em três possíveis grupos: aqueles considerados como brilhantes, atrativos e sedutores; os vulneráveis e depressivos; e as pessoas eficazes e trabalhadoras, que costumam propor mudanças dentro de um ambiente (BALLESTERO; VIDAL, 2012, p. 645).

Para Hirigoyen (op. cit., p. 152-153), a vítima é vítima “porque assim quis o assediador”, sendo escolhida devido a alguma característica causadora de interesse do assediador, mas, só servirá se acaba por se render aos atos atentatórios à sua dignidade. Um dos maiores problemas em relação ao assédio consiste no momento em que a vítima passa a acreditar nas acusações e ofensas que recebe, gerando sentimentos angustiantes e um problema em identificar a real situação em que se encontra. A dúvida sobre os atos que acontecem, faz com que a vítima fique sem qualquer tipo de reação, pois, quando percebe o que está sofrendo, tende a ficar em choque, sentindo-se ferida e perdendo reflexos da sua paz espiritual. O abalo emocional é grande de tal maneira que, ao se livrar do agressor, não se pensa jamais em vingança, e sim na restauração de sua dignidade perdida.

A vítima do assédio moral toma consciência do que está sofrendo, normalmente, quando já está em fase de esgotamento, e, muitas vezes, ao pedir ajuda, o seu estado psicológico encontra-se em estado grave. São constatados frequentemente casos de depressão, angústia, medo, desilusão, fracasso, e ainda, dependendo do nível de abalo psíquico, o risco ao suicídio (ibid.).

3 O ASSÉDIO MORAL NA FAMÍLIA

A família é anterior ao surgimento do Estado, da Igreja e do próprio direito, e, diante da sua importância, é considerada como base da sociedade e do Estado. De acordo com Maria Berenice Dias, mesmo sendo a vida aos pares um fato natural, os indivíduos se unem espontaneamente, e, nos últimos tempos, por laços de afeto, e a estruturação da família se dá por meio do direito (DIAS, 2015, p. 27).

A instituição familiar é firmada por um grupo unido por laços consanguíneos e afetivos, os quais devem ser baseados em respeito e ajuda mútua, por constituir o primeiro agrupamento em que o homem faz parte durante a sua vida. É a base de toda a sociedade. Pensando neste preceito enraizado no amor, torna-se difícil pensar que, dentre os laços afetivos que unem os membros de uma entidade familiar, existem entranhados em tais relações o assédio moral, em que um dos seus membros, paulatinamente, vai destruindo a autoestima, a confiança, a honra de alguém próximo, a ponto de destruir totalmente a pessoa em sua dignidade.

É importante destacar não há que se falar que essa violência ocorre em situações ou determinadas relações propícias a sofrer tal abalo. Infelizmente, a degradação moral acontece em todos os níveis sociais, e culturais, em famílias que estão enfermas, alimentando desentendimentos e humilhações, minando a honra interior de seus membros e levando à morte. Em tal fase, a vítima na família se anula, não tem voz para se defender, para pedir socorro e para ressuscitar da morte interior.

O assédio moral acontece em todos os graus da relação de parentesco, entre ascendentes e descendentes, entre cônjuges e companheiros, entre filhos que maltratam os pais em idade avançada, entre irmãos que não se respeitam e entre uns julgam os outros, anulando-os gradativamente. Conforme jurisprudência recente do TJ-SP, vemos, ainda, que nem sempre essa violência moral vem acrescida da física. O agressor denigre a dignidade da vítima com palavras.

APELAÇÃO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA PARA ADOÇÃO DE MEDIDA PROTETIVA A PESSOA IDOSA. Alegação de violência praticado pelo filho. Estudo Social que conclui pela ausência de violência física. Ação julgada parcialmente procedente por entender haver violência moral. Família que vivem no mesmo terreno. Acolhimento da preliminar arguida pelo Procurador de Justiça para determinar a complementação da prova com audiência de instrução. Preliminar acolhida. Sentença anulada. Recurso parcialmente provido. (SÃO PAULO, 2020)

A grande diferença entre o assédio e uma discussão aparentemente normal, segundo Hirigoyen, é que “não há realmente uma briga, mas não há uma reconciliação possível” (2005, p. 32). O assédio moral acontece porque a vítima não acredita que uma pessoa tão próxima possa ter uma infinidade de sentimentos e atos ruins, e, com isso, acaba se anulando de maneira silenciosa. Sentimentos como o medo e a vergonha passam a fazer parte da rotina do assediado, e se instalam por um vasto período, pois, muitas vezes este possui, além de todos os sentimentos e angústias derivados desta situação, o receio de ver o seu lar destruído.

Ainda, pode-se falar em casos em que a pessoa não sabe exatamente a gravidade dos atos, o que perpetua ainda mais o caos interior. É preciso lembrar que o assédio acontece em uma família desestruturada, com valores distorcidos, sentimentos negativos que levam alguém a querer destruir outrem (ibid., p. 44). Em algumas situações, ainda, verifica-se que o assédio acontece de maneira direta e indireta, quando, mesmo diante da denúncia, os demais familiares não acreditam que aquele que foi apontado como agressor, poderia ter tal atitude. Essa situação agrava ainda mais o estado psicológico da vítima, que se vê ainda mais sozinha e impotente. Situação esta verificada no presente julgado:

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.646.273 - MG (2020/0006822-2)
RELATOR : MINISTRO PRESIDENTE DO STJ AGRAVANTE : A R N
ADVOGADO : EMILIANA SOARES PONZO DE CASTRO FÉLIX - MG073811
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS
AGRAVADO : P L DA S L ADVOGADO : NEGIS MONTEIRO RODARTE -
MG070374 DECISÃO Trata-se de agravo apresentado por A R N contra a decisão que não admitiu seu recurso especial. O apelo nobre, fundamentado no art. 105, inciso III, alíneas "a" e "c", da CF/88, visa reformar acórdão proferido pelo TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS, assim resumido: APELAÇÃO CRIMINAL - ART 214 PARÁGRAFO ÚNICO C/C ART 224 DO CÓDIGO PENAL - PRELIMINARES - ILEGITIMIDADE MINISTERIAL - NULIDADE DA SENTENÇA - REJEIÇÃO - PROVAS - VALORAÇÃO - PRECARIÉDADE E FRAGILIDADE - RECONHECIMENTO - ABSOLVIÇÃO - RECURSO PROVIDO Alega violação do art. 217-A do Código Penal, no que concerne à reforma do acórdão recorrido a fim de restabelecer a sentença penal condenatória de primeira instância, uma vez que o conjunto probatório dos autos demonstrou-se harmonioso e *não existem nos autos elementos suficientes para não dar credibilidade às palavras da vítima*, além de dissídio jurisprudencial, trazendo o(s) seguinte(s) argumento(s): Ora, o Colegiado, pelo voto do relator, baseou sua apertada decisão, na ausência de conclusão do inquérito policial, utilizando-se da expressão "dúvida" lançada pelo delegado, deixando de valorar as provas que foram produzidas em audiência, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, como bem disse e dos *testemunhos concisos e coerentes dos familiares da vítima que narraram o estado emocional que a mesma ficou quando relatou os fatos, até então guardados e não compartilhados com ninguém, deixando ainda de dar o devido valor ao depoimento da vítima, que se mostrou firme a clara*, perante o julgador primevo, que ao contato com os testemunhos julgou a causa conforme a prova dos autos e seu livre convencimento, entretanto nada disso foi levado em conta pela decisão de 2ª instância. (fls. 477). A palavra

da vítima não bastou para comprovar os fatos que na maioria das vezes acontece às escondidas, de forma velada e clandestina. (fls. 477). O conjunto probatório carregado aos autos, especialmente o depoimento da vítima, foi mitigado pelo acórdão combatido, que negou validade à palavra da vítima, contrariando a jurisprudência dominante e desvalorizando a prova produzida. (fls. 478). A prova dos autos e o testemunho da vítima demonstraram o intenso lascivo do recorrido de forma segura, configurando o crime a que foi condenado em primeira instância e que foi relegado pela decisão ora recorrida. (fls. 479). É o relatório. Decido. Na espécie, o Tribunal de origem se manifestou nos seguintes termos: A defesa, nesta fase recursal, destaca a conclusão do inquérito policial, lançada pela autoridade policial, que não promoveu o indiciamento do investigado, ora apelante, afirmando a presença de dúvida. Toda prova produzida neste caderno processual reflete a narrativa da vítima, por seus familiares. É certo que não há um único elemento externo, sem afetação, que possa sustentar a reconstrução fática. A argumentação defensiva revela a fragilidade do que foi produzido em desfavor do acusado: "... mesmo toda a família tendo conhecimento dos supostos assédios sofridos por Assucena, não tomaram nenhuma atitude em relação ao apelante, que continuou tendo contato normalmente Com a vítima, o que demonstra que a própria família não deu credibilidade à palavra da então menor, já que, conforme certidão de casamento do apelante, este veio a se separar da tia de Assucena, Lucinei Mendes Rodrigues, somente no ano de 2010." A vítima destacou que sua avó teria desconfiado da situação do abuso sexual, o que não foi confirmado por Nair (avó) em juízo - f. 110. (...) Mesmo que se possa, em casos tão tomentosos, lamentar a insuficiência probatória, é necessário, à luz da racionalidade decisória, reconhecê-la. (fls. 437/438) (...) (BRASIL, 2020, grifos nossos)

Ainda, como mais uma maneira de exemplificação de situações em que ocorre o assédio moral familiar, é passível de verificação que este normalmente se configura no comportamento entre pais e filhos⁷⁴. Pais que agridem os filhos com a humilhação constante, com comparação entre os filhos, um excelente e outro que “não sabe nada”; a repetição de que este filho “nunca será nada”, “que é burro”, entre outros tratamentos humilhantes. O filho acredita que realmente nada conseguirá, que sua vida não tem sentido, e vai morrendo no íntimo, deixando de ter motivos para viver e de gerar projetos para a vida, pois nada mais tem sentido e valor. Isso é a morte interior, a morte de alma.

São considerados maus-tratos psicológicos: “a violência verbal; comportamentos sádicos e desvalorizadores. Rejeição afetiva. Exigências excessivas ou desproporcionais em relação à idade da criança; ordens ou injunções educativas contraditórias ou impossíveis” (HIRIGOYEN, 2005, p. 49-50). Ainda existem situações em que pais descontam suas frustrações nos filhos, que são mais comuns do que se imagina, responsabilizando-os muitas vezes por problemas que não lhe dizem respeito.

⁷⁴ Em um primeiro momento, pensa-se sobre as situações de assédio ocorrentes entre casais, Marie-France Hirigoyen exemplifica estas em sua obra.

Em seu estudo, Hirogoyen relata uma mãe que, devido à infelicidade em seu casamento, assedia o filho, transferindo-lhe a culpa de um relacionamento frustrado.

A mãe de Daniel não suporta que seus filhos se mostrem alegres já que ela mesma não está feliz no casamento. Explica que ter filhos a impede e viver, que eles não lhe interessam, mas que é obrigada a sacrificar-se por eles.

(...)

Ela passa o tempo todo falando mal de um ou de outro, de maneira indireta, camuflada, e encoraja permanentemente atitudes de menosprezo de um dos filhos por seu irmão ou sua irmã, alimentando assim a rivalidade e os desentendimentos. De Daniel ela diz, com ar consternado, que ele não presta pra nada, que jamais será alguém na vida. (HIRIGOYEN, 2005, p. 51)

Esse tipo de violência é perturbador, quando se verifica que, para o assediador, a criança é algo decepcionante e tem todas as suas qualidades anuladas. Ignoram-se completamente as vontades da criança, sendo ainda mais injusto que, diante de sua inocência, jamais caberão espaços para julgamentos negativos em relação a seus pais. (ibid., p. 55)

A criança vê nos adultos que estão perto de si, principalmente nos pais ou de qualquer um que exerça este papel, a figura do protetor, o lar, o único lugar que possui, o seu porto seguro diante da tempestade. Assim, a violência moral vinda de alguém que detém esse lugar de destaque, faz com que o filho aceite paulatinamente a sua insignificância, tornando-se invisível, anulando-se e interiorizando uma imagem negativa de si mesmo, como se merecesse tais tratamentos (ibid., p. 49-50).

Os reflexos dos danos sofridos são vistos a longo prazo, desde o uso de substâncias ilícitas, até transtornos alimentares ou sérios desvios psicológicos. Uma criança que cresce em meio a situações constrangedoras para si, acaba não desenvolvendo, de maneira linear e saudável, o seu íntimo. Em outras vítimas, a resposta é fisiológica: úlceras de estômago, doenças cardiovasculares, doenças de pele, emagrecimento repentino e fraqueza, expressando no corpo o dano psíquico. Muitas vezes tais vítimas não têm consciência que estão sendo destruídas em sua própria identidade.

As perturbações psicossomáticas não resultam imediatamente da agressão, mas da sua continuidade, até o momento porque a vítima perde a capacidade de reagir. Tudo o que fizer está errado, é sempre o culpado. Para outros, é algo comportamental relacionado a problemas de caráter ou da provocação perversa. A vítima sequer tem atitudes ou tentativas inúteis de fazer-se ouvir, ou mesmo de tentar um ato agressivo contra o agressor (ibid., p. 179).

Outro grande problema surgido da relação abusiva entre pais e filhos, é a possibilidade de continuidade deste comportamento para as gerações futuras, transmitindo esse cenário de desamor. Quando uma criança cresce em meio a reiterados atos errôneos praticados por seus pais, acaba por acatar aquela realidade como uma coisa certa e repete em seus filhos, formando um ciclo.

Os pais não transmitem a seus filhos apenas qualidades positivas, como a honestidade e o respeito pelo outro; eles podem também transmitir a desconfiança e a desobediência às leis e às regras, sob pretexto de “dar desembaraço” ou para ensinar-lhes a lei do “mais esperto”. Nas famílias em que a perversão é a regra, não é raro constatar um antepassado transgressor, conhecido por todos, embora oculto, passando por herói graças a sua astúcia. Quando se tem vergonha dele, não é pelo fato de ter transgredido a lei, e sim por ele não ter sido suficientemente sabido para não se deixar apanhar (HIRIGOYEN, p. 2005, p. 59-60).

O grande problema existente no assédio moral, refletindo sobre todas as suas consequências, é o abalo psíquico que sofre aquele que é assediado, sendo uma violência tão grave quanto a física. Conforme Carlos Alberto Bittar, “a integridade psíquica completa, com o direito ao corpo, a defesa integral da personalidade humana” (1999, p. 115). Então, diante dos cenários de violência, a dignidade da vítima é aviltada, gerando no interior do indivíduo a morte de alma, perdendo a vontade de viver, sem projetos de vida, sentindo-se inútil e sozinho.

O assédio moral entre os cônjuges e companheiros aniquila sonhos de infância, da juventude, perdendo-se o valor próprio e a autoestima. São críticas ao corpo, culpabilização do outro pela falta de libido ou pela infelicidade própria. A agressão física é tratada, deixa de gerar dor física, mas a agressão moral não tem medicamento para amenizar tal dor de alma, esta vai sendo minada pela agressão verbal, pelas críticas constantes e pela culpa por todos os fracassos e frustrações do agressor.

As relações familiares são de extrema importância para o desenvolvimento físico psíquico da pessoa humana, que nasce totalmente dependente de alguém, normalmente dos seus genitores. Nasce conhecendo as vozes de quem convivia com a genitora, assimilando quando são carinhosas ou agressivas, identificando o cheiro da mãe, a voz do pai, o calor das mãos que tocam a pele do ventre materno. Esse é o seu mundo, e nele cresce.

O seu futuro dependerá da forma como foi tratada, de como foram alimentados os seus sentimentos, a sua autoconfiança e a sua autoestima. Por isso, o direito estabelece a

proteção da família, estabelece princípios constitucionais para que toda pessoa se desenvolva fisicamente e psiquicamente, isto é, viva com dignidade, em ambiente familiar norteado pelo respeito e, principalmente, pelo amor.

As relações familiares precisam ser alimentadas diariamente pelo afeto, pois é inerente à pessoa a sua dignidade, o seu direito de viver os próprios projetos, de ser respeitada e protegida pelo princípio constitucional da dignidade humana, podendo exigir do agressor, judicialmente, uma indenização pelo sofrimento que lhe retirou a capacidade de trabalho, a morte dos seus sonhos e a morte de sua alma a ponto de necessitar tratamento psicológico e psiquiátrico.

4 CONCLUSÃO

O assédio moral está, portanto, relacionado à perseguição e à humilhação sofrida por uma pessoa na sua esfera psíquica, sendo considerado como atitude degradante, assim como é a violência física. Esse tipo de violência pode ser caracterizada como ofensa à integridade psíquica, à alma e ao espírito humano. E sua vítima desenvolve, desde abalos psíquicos a doenças a casos mais graves, podendo chegar ao suicídio.

A família proporciona a proteção e a segurança aos seus membros pelo afeto e pelo respeito. Os membros de um organismo familiar se entrelaçam em laços de sangue e de amor, enternecem-se diante do sentimento e da solidariedade, permitem-se e socorrem-se mutuamente nos momentos de dor, dividindo as angústias e as alegrias da vida.

O assédio moral gera a “morte da alma” nas vítimas de humilhação e dor, não só no ambiente laboral, onde teve início o estudo do dano moral, mas também no ambiente familiar. E, quando acontece em tal ambiente, fragiliza ainda mais a vítima tal desrespeito, pois a família é o porto seguro, é o ninho de calor humano a proteger das intempéries da vida.

Proteger a pessoa humana em seu direito personalíssimo, em sua dignidade humana, é a obrigação do Estado, pois as relações familiares são extremamente importantes para gerar na pessoa humana valores que a norteará com o desenvolvimento emocional, físico psíquicos, elevando a vida em sociedade.

A realidade demonstra o grande número de famílias em constantes conflitos com agressores e vítimas, gerando famílias doentes, pessoas que se tornam incapazes para dar

continuidade aos projetos de vida, que se anulam, perdem a capacidade para o trabalho, e morrem interiormente. Tais vítimas podem se valer do direito para serem indenizadas por tal prejuízo moral, pelo desalento, pelas humilhações, por ter sido ferido em seu direito personalíssimo e em sua dignidade.

5 REFERÊNCIAS

BALLESTERO, J. Conesa; VIDAL, M. Sanahuja. Acoso moral en traje: tratamento jurídico (mobbing). *Actualidad Laboral*, [s.l.], n. 30, 2002.

BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AREsp: 1646273 MG 2020/0006822-2*. Relator: Min. João Otávio de Noronha, 11 de março de 2020.

CARRENHO, Esther. *Praticando a abordagem Centrada na Pessoa: dúvidas e perguntas mais frequentes*. São Paulo: Carrenho Editorial, 2010.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993.

CARVALHO, Gisele Mendes. *Assédio moral no Ambiente de Trabalho: uma proposta de criminalização*. Curitiba: J.M., 2013.

DE CUPIS, Adriano de. *Os direitos da personalidade*. Tradutor: Afonso Celso Furtado Rezende. São Paulo: Quorum, 2008.

DIAS, Maria Berenice. Violência Doméstica. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.). *Tratado de Direito das Famílias*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015.

FERREIRA, Hádassa Dolores Bonilha. *Assédio moral nas relações de trabalho*. Campinas: Russell, 2004.

GROENINGA, Giselle Câmara. A função do afeto nos “contratos” familiares. In: DIAS, Maria Berenice; BASTOS, Eliene Ferreira; MORAES, Naime Márcio Martins (Coords.). *Afeto e estruturas familiares*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

GUEDES, Márcia Novaes. *Terror Psicológico no Trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTR, 2005.

HIRIGOYEN, Merie France. *Assédio moral: violência perversa no cotidiano*. 11. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2009.

_____. *Mal-estar no trabalho: redefinindo o assédio moral*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002.

KLÖCKNER, Francisca Carneiro de Souza. *Abordagem Centrada na Pessoa: a psicologia em diferentes contextos*. Londrina: Unifil, 2009.

LÔBO, Paulo. Direito-dever à convivência familiar. In: DIAS, Maria Berenice (Org.). *Direito das famílias: contributo do IBDFAM em homenagem a Rodrigo da Cunha Pereira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MOREIRA, Dirceu. *Transtorno do assédio moral-bullying: a violência silenciosa*. 2. ed. Rio de Janeiro: Wak, 2012.

MINAYO, Maria Cecília de Souza. Vulnerabilidade à violência intrafamiliar. In: LIMA, Fausto Rodrigues de; SANTOS, Claudiene (Coords.). *Violência doméstica: vulnerabilidades e desafios na intervenção criminal e multidisciplinar*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

NASCIMENTO, Sônia Mascaro. *Assédio moral*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

SANTOS, Antonio Monteiro dos. *Quando fala ao Coração: a essência da psicoterapia centrada na pessoa*. São Paulo: Vetor, 2004.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça (8ª Câmara de Direito Privado). AC: 10024565820188260491 SP 1002456-58.2018.8.26.0491. Relator: Silvério da Silva, 05 de julho de 2020.

TROMBETTA, Taisa; ZANELLI, José Carlos. *Características do assédio moral*. Curitiba: Juruá, 2011.

O BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA E O PLENO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

CONTINUOUS CASH BENEFIT PROGRAMME AND THE PLENARY OF THE BRAZILIAN SUPREME COURT

Dalton Tria Cusciano;⁷⁵

Ana Maria Malik.⁷⁶

Resumo: O objetivo do estudo foi o de delinear o posicionamento do Pleno do Supremo Tribunal Federal (STF), no período de 2006 a 2016, no tocante ao Benefício de Prestação Continuada (BPC), sendo o problema de pesquisa a constitucionalidade da aplicabilidade da reserva do possível ao BPC, via recorte de renda. A hipótese é a de que o Supremo Tribunal Federal considera inconstitucional a adoção de recorte de renda como critério de elegibilidade ao BPC previsto pela Lei Orgânica de Assistência Social (LOAS). O foco da pesquisa foi a interpretação e o alcance dados pelo STF ao artigo 20 da Lei nº 8.742/1993, conhecida como LOAS, e como o Plenário da Corte Constitucional solucionou a tensão existente entre a efetivação dos direitos sociais, a tese da reserva do possível e o recorte de renda imposto como critério de elegibilidade ao benefício previsto pela LOAS. A pesquisa foi qualitativa, utilizando-se metodologia descritiva via análise documental, por meio do estudo dos acórdãos proferidos pelo plenário do STF no recorte temporal proposto. Os resultados encontrados indicaram a existência de oito acórdãos acerca do tema, que permitiram confirmar a hipótese do artigo, dado que o STF considerou que o recorte de renda imposto como critério de elegibilidade ao benefício previsto pela LOAS é inconstitucional *incider tantum*, sem declaração de nulidade, e que devem prevalecer o princípio da dignidade da pessoa humana e os objetivos da Lei Maior sobre a tese da reserva do possível.

Palavras-chave: Benefício de Prestação Continuada. Supremo Tribunal Federal. Lei Orgânica de Assistência Social. Judicialização.

Abstract: This study outlined the position of the Brazilian Federal Supreme Court (STF) in the 2006 to 2016 period regarding the Continuous Cash Benefit Programme (BPC). The research problem was the constitutionality of the applicability of the reserve of the possible to the BPC, via cut of income. The hypothesis is that the Supreme Federal Court considers the adoption of income cut as unconstitutional as the eligibility criterion for the BPC provided for by the Organic Social Assistance Law (LOAS). The focus of the research was the interpretation and scope given by the STF to article 20 of Law No. 8.742/1993, known as

⁷⁵ Doutor em Administração Pública e Governo, Mestre em Direito e Desenvolvimento e Bacharel em Direito, todos pela FGV/SP. Servidor Público Federal com lotação na Fundacentro e Professor universitário.

⁷⁶ Doutora em Medicina pela USP, Mestre em Administração de Empresas pela FGV/SP, Bacharel em Medicina pela USP. Professora Titular da EAESP/FGV-SP.

LOAS and how the Plenary of the Constitutional Court resolved the existing tension between the realization of social rights, reserve of the possibilities clause and the cut of income imposed as an eligibility criterion for the benefit provided by LOAS. The research was qualitative, using descriptive methodology via documentary analysis, through the study of judgments handed down by the STF plenary in the proposed time frame. The results found indicated the existence of 08 judgments on the theme, which allowed to confirm the hypothesis of the article, given that the STF considered that the cut of income imposed as an eligibility criterion for the benefit provided by LOAS is unconstitutional *incider tantum*, without declaration of nullity, and that the principle of the dignity of the human person and the objectives of the Constitution must prevail in face off reserve of the possibilities clause.

Keywords: Continuous Cash Benefit Programme Brazilian Federal Supreme Court. Social Assistance Organic Law. Judicialization.

1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 é um marco na consagração dos direitos fundamentais, principalmente dos direitos humanos, tendo propiciado, mesmo após três décadas de sua publicação, a manutenção de uma politização dos movimentos sociais iniciada durante o regime militar. Inseto no escopo universalizante constitucional, encontra-se o dever assistencial estatal, com amparo tanto na norma veiculada pelo artigo 194, quanto pela norma veiculada pelo artigo 203, ambos da Constituição Federal, cuja regulamentação decorre da Lei nº 8.742/1993, conhecida como Lei Orgânica de Assistência Social (LOAS).

Consta no *caput* do artigo 203 que a assistência social será ofertada aos necessitados independentemente de contribuição à seguridade social, o que demonstra a preocupação do constituinte com o desenvolvimento tanto dos cidadãos, quanto da sociedade por eles composta, baseada na esperança de que a institucionalização da proteção social pautada na transferência de renda e na garantia de acesso universal aos bens e serviços públicos era fundamental para o desenvolvimento nacional.

A rede mínima de proteção garantida pelo Estado, por meio da assistência social, encontra-se ancorada no princípio constitucional da dignidade da pessoa humana que, apesar de sua amplitude conceitual, fornece a base para proteger os socialmente vulneráveis. A assistência social é apenas um dos tripés da seguridade social, possuindo capítulo particular na Constituição vigente e compreendendo uma série de ações do Estado e da sociedade civil, que visam a assegurar os direitos relativos à assistência social, à previdência e à saúde.

No que tange especificamente à assistência social, temos que, dentre seus objetivos constitucionalmente esculpidos no artigo 203, encontram-se “a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice”, bem como “o amparo às crianças e adolescentes carentes e a promoção da integração ao mercado de trabalho”. Já o artigo 194 da Constituição Federal estabelece que compete ao Poder Público, nos termos da lei, organizar a seguridade social, com base, dentre outros objetivos, na universalidade da cobertura e do atendimento.

Os incisos do artigo 203 da Constituição Federal, por seu turno, mencionam que o portador de deficiência e o idoso que comprovem não possuir condições de prover o próprio sustento, ou de tê-lo provido por seus familiares, terão a garantia de um salário mínimo de benefício mensal. A esse benefício mensal, cuja regulamentação decorre da Lei nº 8.742/1993 (LOAS), deu-se o nome de Benefício de Prestação Continuada (BPC). O BPC surgiu, portanto, como peça integrante do novo contrato social firmado em 1988, visando a redução da desigualdade social, tendo servido seu desenvolvimento como um modelo de política de transferência de renda em larga escala.

Todavia, a criação de um critério de renda adicional ao requisito de deficiência ou de idade pela legislação para acesso ao BPC gerou uma tensão entre a efetivação dos direitos sociais e a tese da reserva do possível, sendo o problema de pesquisa deste artigo a constitucionalidade da aplicabilidade da reserva do possível ao BPC, via recorte de renda. A hipótese é a de que o Supremo Tribunal Federal considera inconstitucional a adoção de recorte de renda como o critério de elegibilidade ao BPC previsto pela Lei Orgânica de Assistência Social.

O objetivo do presente trabalho é o de identificar se e de que modo o Supremo Tribunal Federal solucionou a tensão existente entre a efetivação dos direitos sociais, a tese da reserva do possível e o recorte de renda imposto como critério de elegibilidade ao benefício previsto pela LOAS, tendo se realizado pesquisa qualitativa, utilizando-se metodologia descritiva via análise documental, por meio do estudo dos acórdãos proferidos pelo plenário do STF, tendo como marco inicial a data de 01 de janeiro de 2006 e como marco final a data de 31 de dezembro de 2016.

O recorte temporal proposto permitiu verificar se houve alguma alteração de comportamento do Supremo Tribunal Federal em suas decisões sobre o tema ante as alterações sofridas na sua composição, considerando que, dos onze ministros que

compunham a Corte até 31 de dezembro de 2016, cinco ministros haviam sido indicados durante os anos de 2010 a 2016, enquanto outros três ministros haviam sido indicados no período de 2006 a 2009.

Os termos utilizados para busca no inteiro teor dos acórdãos constantes do sítio eletrônico do STF decorrem de opção pelo caráter mais abrangente possível, razão da escolha do termo “benefício da prestação continuada”. Assim, a metodologia utilizada foi a de pesquisa documental, visando identificar informações factuais nos documentos a partir de questões ou hipóteses de interesse (LUDKE, 1986).

O recorte material da pesquisa documental deteve-se na atuação do Plenário do Supremo Tribunal Federal quanto aos acórdãos relacionados ao Benefício de Prestação Continuada. Nesse sentido, restaram excluídos os acórdãos encontrados referentes a outras espécies de benefícios, especialmente aos relacionados à previdência social. O Pleno do Supremo Tribunal Federal foi o órgão escolhido para estudo, decorrendo tal opção tanto do espaço privilegiado ocupado pelo STF para a análise das questões a ele trazidas, quanto por suas atribuições constitucionais, que envolvem o controle de constitucionalidade e a função recursal de última instância exercida. Merece destaque também o papel central no sistema político brasileiro ocupado pelo STF, que levou a autores como Oscar Vilhena Viera a asseverar que o STF tem exercido uma espécie de poder moderador, além da sua constitucional competência de última instância julgadora, substituindo por vezes as escolhas majoritárias e/ou legitimando decisões das instituições representativas (VIERA, 2008). Outro recorte necessário refere-se à espécie de manifestação judicial analisada, tendo-se optado pelo estudo apenas dos acórdãos julgados pelo Plenário, por representarem a decisão final tomada coletivamente pelo Supremo Tribunal Federal.

Tais recortes permitiram encontrar quinze acórdãos julgados pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, dos quais oito possuem direta correlação com o Benefício de Prestação Continuada, enquanto os outros sete relacionavam-se com benefícios exclusivamente previdenciários. Contudo, antes de ingressar na análise dos mesmos, mister se faz construir o panorama do BPC no Brasil.

2 O BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA

O Benefício de Prestação Continuada destina-se aos cidadãos brasileiros e aos estrangeiros naturalizados que não se encontram amparados pela seguridade social de seu Estado natal e que possuem domicílio no Brasil. Os recursos para o custeio do programa assistencial advêm do Fundo Nacional de Assistência Social (FNAS). O gerenciamento do Benefício de Prestação Continuada é realizado pelo Ministério do Desenvolvimento Social e Agrário (MDS) e executado pelo Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), autarquia ordinária federal vinculada ao retromencionado Ministério. O benefício é pago por meio de rede bancária autorizada e, em localidades onde inexistente estabelecimento bancário, o adimplemento do benefício pode ocorrer por meio de instituições autorizadas pela supramencionada autarquia.

No ano de 2016, segundo os dados do MDS, 4,2 milhões de pessoas estavam inclusas como beneficiárias do BPC, ao custo anual de R\$ 39,6 bilhões⁷⁷, não tendo ocorrido, desde o ano de 2008, revisão, a qual deveria ser feita de forma bienal pelo Instituto Nacional do Seguro Social, nos termos da norma veiculada pelo artigo 21 da Lei nº 8.742/1993.

A revisão da permanência das condições para manutenção do benefício é importante na medida em que majora o controle e a transparência nos dispêndios públicos, possibilitando a mitigação de desvios ou malversação do erário, o que poderia comprometer a efetivação da política pública.

A cessação do benefício ocorrerá quando deixarem de estar preenchidos os requisitos da concessão. Contudo, no que tange às pessoas com deficiência, estas podem efetuar atividades não remuneradas de habilitação ou de reabilitação, casos nos quais não ocorrerá a cessação do benefício. Registra-se, por necessário, que, caso o benefício tenha sido suspenso, nova concessão pode ocorrer sem a necessidade de realização de perícia médica ou reavaliação da deficiência, desde que o lapso temporal entre a suspensão do benefício e a nova concessão seja inferior a 2 anos.

O Tribunal de Contas da União, utilizando dados de 2008, publicou no ano de 2009 o Relatório de Auditoria Operacional do Benefício de Prestação Continuada da Assistência Social tendo, ao cruzar os dados dos beneficiários com outros sistemas governamentais, descoberto que 104 mil beneficiários possuíam veículos, 16 mil beneficiários detinham propriedades rurais e 2 mil beneficiários tinham salários acima do máximo permitido, o que

⁷⁷ Brasil. Ministério do Desenvolvimento Social e Agrário. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/cidadania-e-justica/2016/07/beneficio-de-prestacao-continuada-sera-concedido-apos-inscricao-no-cadunico>>. Acesso em 05 fev. 2017.

os inabilitaria para recebimento dos valores⁷⁸. O Relatório de Auditoria Operacional do Benefício de Prestação Continuada da Assistência Social efetuado pelo Tribunal de Contas da União ainda aponta que as auditorias executadas pelos órgãos de controle permitiram cessar 173.800 benefícios indevidos no período de cinco anos, o que representava, à época, o valor aproximado de R\$ 2.65 bilhões.

Tais fatos reforçam a necessidade de se realizar periodicamente revisões nos critérios de concessão dos benefícios. Todavia, antes se faz necessário debater a adequação de tais critérios sob o prisma jurídico, especialmente no tocante ao princípio da dignidade da pessoa humana, à questão da reserva do possível e à hermenêutica constitucional dada pelo Supremo Tribunal Federal ao tema ora em apreço.

Desde sua regulamentação, os critérios para a concessão do BPC provocam celeuma, principalmente por não abranger parcela populacional considerável de idosos e deficientes, uma vez que para elegibilidade ao benefício verifica-se o grupo familiar, sendo este composto, nos termos do Decreto nº 7.617/2011, pelo requerente, seu cônjuge ou companheiro, seus pais e, na ausência de um deles, a madrasta ou o padrasto, os irmãos solteiros, os filhos e enteados solteiros e os menores tutelados, desde que vivam sob o mesmo teto.

Também é analisado se a idade mínima de 65 anos e a renda mensal bruta familiar inferior a um quarto do salário mínimo, resultado este obtido por meio da divisão da renda total pelo número dos integrantes familiares, foi alcançada. A idade pode ser comprovada mediante a apresentação de qualquer documento oficial de identificação.

A existência de deficiência, entendida como aquela que gera, nos termos do Decreto nº 7.617/2011, impedimentos de natureza física, intelectual, mental ou sensorial de longo prazo, que podem obstruir ou dificultar uma participação efetiva e plena na sociedade, apresenta-se como outro critério. Por fim, verifica-se a existência de incapacidade, compreendida como uma limitação do desempenho de atividade e restrição da participação, com redução efetiva e acentuada da capacidade de inclusão social, em correspondência à interação entre a pessoa com deficiência e seu ambiente físico e social.

Percebe-se que, apesar do indicativo constitucional universalizante previsto pelo artigo 194 da Constituição Federal, a Lei nº 8.742/1993 impôs como um dos fatores

⁷⁸ Brasil. Relatório de Auditoria Operacional: Benefício de Prestação Continuada da Assistência Social (BPC)/Relator Ministro Augusto Nardes. Brasília: TCU, 2009.

limitadores para a concessão de benefício assistencial denominado de Benefício de Prestação Continuada, o critério da renda, negando assistência àqueles que logrem obter mais de $\frac{1}{4}$ do salário mínimo vigente, ainda que ostentem a condição de idoso com no mínimo 65 anos de idade ou de deficiente. Assim, há claramente vigente na lei comentada, o paradigma da valoração do trabalho, uma vez que o dever assistencial estatal só surgirá se o trabalhador for idoso com no mínimo 65 anos e/ou deficiente e nessas condições não lograr gerar renda superior a $\frac{1}{4}$ de salário mínimo. Registre-se que a legislação brasileira não inovou ao estabelecer o critério de renda como limitador ao reconhecimento do direito ao benefício, uma vez que identificar a pobreza pelo baixo nível de renda é um critério tradicional (SEN, 2000).

Nesse sentido, insta salientar que o estabelecimento de percentual de renda familiar como critério de acesso ao benefício acaba por afastar cidadãos que estão pouco acima da linha da pobreza absoluta, mas que lidam diariamente com a carência de serviços básicos, o que lhes põe em situação mais aguda de pobreza, pois, apesar de viverem em situação extremamente semelhante aos beneficiários do BPC, não recebem o benefício. Segundo Gomes (2004), o critério de renda transformou o direito a assistência social em “armadilha da pobreza”, pois com a superação da renda estabelecida, o benefício é cancelado, ainda que as condições reais de vida não tenham sofrido alteração significativa.

Patrícia de Mello Sanfelice coaduna com a posição de Gomes ao indicar que:

É importante lembrar que, embora a matemática seja exata, e a determinação em números permita uma total objetividade para o requisito, as relações sociais se apresentam de forma contrária a esta exatidão. É mesmo possível afirmar que as relações sociais são absolutamente casuísticas, com particularidades que lhes concedem a riqueza da diversidade [...]. Assim, tomando-se como ponto de partida esta absoluta heterogeneidade nas relações inter-humanas, a necessidade, como critério aí presente, pode ser objetivamente definida? Não se estaria, nesta hipótese, diante de uma possível equiparação indevida de situações desiguais? (2005, p. 119)

Todavia, é possível argumentar, como fez o INSS no RE 567.985/MT, que a Constituição Federal, por meio da política assistencial que gerou o BPC, criou um dever estatal de atuação de prestações positivas, objetivando extinguir a pobreza aguda por meio da garantia de condições mínimas de sobrevivência e não melhorar as condições financeiras daqueles que já detinham condições básicas de vida. Portanto, o dimensionamento de um corte baseado na renda serviria para tornar possível a preservação do mínimo existencial, respeitando a reserva do possível, uma vez que os recursos financeiros do Estado são finitos,

e uma majoração desses, sem contrapartida, poderia tornar inviável a efetivação dos demais deveres estatais.

No que tange à reserva do possível, Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco assim se manifestam:

A escassez de recursos econômicos implica a necessidade de o Estado realizar opções de alocação de verbas, sopesadas todas as coordenadas do sistema econômico do país. Os direitos em comento têm que ver com a redistribuição de riquezas – matéria suscetível às influências do quadro político de cada instante. A exigência de satisfação desses direitos é mediada pela ponderação, a cargo do legislador, dos interesses envolvidos, observado o estágio de desenvolvimento da sociedade.

Na medida em que a Constituição não oferece comando indeclinável para as opções de alocação de recursos, essas decisões devem ficar a cargo de órgão político, legitimado pela representação popular, competente para fixar as linhas mestras da política financeira e social. Essa legitimação popular é tanto mais importante, uma vez que a realização dos direitos sociais implica, necessariamente, privilegiar um bem jurídico sobre outro, buscando-se concretizá-lo com prioridade sobre outros. A efetivação desses direitos implica favorecer segmentos da população, por meio de decisões que cobram procedimento democrático para serem legitimamente formadas – tudo a apontar o Parlamento como a sede precípua dessas deliberações e, em segundo lugar, a Administração. (2007, p. 250-251).

É importante salientar que a reserva do possível pode ser fática, sendo esta a análise do contingenciamento financeiro como condição de exigibilidade do direito, ou jurídica, atinente à existência de recursos financeiros, que mesmo constando do orçamento, não se encontram previstos para a consecução daquela política pública.

Já o mínimo existencial, nas palavras de Ana Paula Barcellos, seria “composto de quatro elementos, três materiais e um instrumental, a saber: a educação fundamental, a saúde básica, a assistência aos desamparados e o acesso à justiça” (BARCELLOS, 2002 p.259). A autora prossegue indicando que os “quatro pontos correspondem ao núcleo da dignidade da pessoa humana a que se reconhece eficácia jurídica positiva e, *a fortiori*, o *status* de direito subjetivo exigível diante do Poder Judiciário” (ibid., loc. cit.), tornando possível, portanto, a exigência da garantia desse mínimo existencial pelo Poder Judiciário, no caso de não efetivação pelo Poder Executivo.

Uma vez pleiteado o benefício, o beneficiário será avaliado tanto socialmente, por intermédio dos assistentes sociais, quanto clinicamente pelos médicos peritos do INSS, de modo a se verificar o preenchimento dos requisitos legais para concessão do benefício. A

concessão do benefício independe da interdição judicial do deficiente ou do idoso, não estando sujeita a qualquer desconto, não gerando direito a abono anual e tampouco a pensão por morte.

No caso de indeferimento do benefício, o pleiteante pode recorrer administrativamente no âmbito do INSS, bem como recorrer ao Poder Judiciário. Nesse sentido, insta salientar que a formulação de pedido para a concessão do benefício no âmbito administrativo é condição de acesso ao sistema judicial, nos termos do Acórdão em Recurso Extraordinário nº 631240, julgado pelo Supremo Tribunal Federal, com repercussão geral reconhecida.

O comportamento do Poder Judiciário, e especificamente, do Plenário do Supremo Tribunal Federal acerca do tema, será visto a seguir, após um breve histórico da judicialização do tema.

3 A JUDICIALIZAÇÃO DO BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA E O PLENO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

A Constituição Federal de 1988, por meio da norma veiculada pelo artigo 59, *caput* e parágrafo único, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, determinou que o Poder Executivo teria o prazo de dezoito meses para implementar os projetos de lei relativos à organização da seguridade social e aos planos de custeio e de benefício. Contudo, em abril de 1991, apenas a Lei Orgânica da Saúde encontrava-se promulgada, tendo o então Presidente da República, Fernando Collor de Mello, vetado integralmente os projetos de lei da assistência social e da previdência, sob o argumento de que a “garantia de renda, mesmo às pessoas incapazes de trabalhar, não deve ser função de uma assistência social responsável” (BOSCHETTI, 2002, p. 56). Apenas em 1993 se tornou possível, diante da alteração do contexto político, com o *impeachment* do então Presidente Fernando Collor de Mello, a publicação da Lei nº 8.742/1993, conhecida como Lei Orgânica de Assistência Social.

Em razão do descumprimento dos prazos previstos no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, cidadãos portadores de deficiência que alegavam não possuir condições para o trabalho nem recursos para o próprio sustento impetraram, em novembro de 1993, o Mandado de Injunção n. 448/RS ante o Supremo Tribunal Federal, o qual pleiteavam a regulamentação da norma veiculada pelo inciso V do artigo 203 da Lei Maior,

dispositivo este instituidor do benefício assistencial, sem o qual quedava-se inviável o sistema de assistência social. O julgamento do supramencionado Mandado, cuja relatoria estava a cargo do ministro Marco Aurélio de Mello, ocorreu em setembro de 1994, tendo o Supremo Tribunal Federal reconhecido a mora do poder Público na regulamentação do dispositivo. Contudo, quando do julgamento pelo STF do Mandado de Injunção n. 448/RS, já havia sido publicada a LOAS.

No ano de 1995 foi interposta, pela Procuradoria-Geral da República, a Ação Direta de Inconstitucionalidade (Adin) n. 1.232/DF, por meio da qual se questionou o corte de renda em $\frac{1}{4}$ do salário mínimo utilizado como critério para eleger os beneficiários, arguindo-se que tal critério alijava da proteção constitucional um relevante número de cidadãos que o constituinte originário quis proteger, assegurando condições mínimas de dignidade e não exigindo, para tanto, o nível de miséria absoluta como veiculado pela norma impugnada. A medida cautelar requerida no bojo da Adin, que pleiteava a suspensão da aplicação do critério de renda estabelecido até o julgamento do mérito da ação, foi indeferida em 22 de março de 1995 pelo ministro Maurício Correa, com base na aplicação do binômio possibilidade/necessidade.

No dia 27 de agosto de 1998, a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.232/DF, relatada pelo ministro Ilmar Galvão, foi considerada improcedente, podendo-se extrair como *ratio decidendi* do acórdão o princípio da legalidade estrita uma vez que, nos termos enunciados pelo acórdão, compete única e exclusivamente à lei dispor a forma de comprovação, não havendo margem para interpretação, considerando que a norma traz um critério objetivo para concessão. Mesmo depois de declarada pelo STF a constitucionalidade do critério de renda estabelecido pela LOAS, inúmeras pessoas continuaram buscando o Poder Judiciário para obtenção do benefício de prestação continuada, ainda que tivessem renda familiar acima do critério máximo estabelecido pela legislação, obtendo muitas vezes, a concessão do benefício ante as provas fáticas de miserabilidade e de necessidade demonstradas nos autos.

Nesse diapasão, a Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudência dos Juizados Especiais Federais consolidou, nos termos da hoje cancelada Súmula nº 11, o entendimento de que a renda mensal per capita familiar, superior a $\frac{1}{4}$ do salário mínimo, não impedia a concessão do benefício assistencial previsto no artigo 20, parágrafo 3º, da Lei nº. 8.742/1993, desde que comprovada, por outros meios, a miserabilidade do postulante. Tal situação fomentou uma diversidade de reclamações movidas pelo INSS no âmbito do Supremo

Tribunal Federal, passando a Suprema Corte a julgar procedentes tais reclamações, de modo a cassar as manifestações proferidas pelas instâncias jurisdicionais inferiores, concessivas do benefício assistencial.

A principal reclamação apreciada àquele tempo pelo Supremo Tribunal Federal foi a de nº 2.303/RS, movida pelo INSS e cuja relatoria coube à ministra Ellen Gracie, tendo por resultado, no ano de 2005, a confirmação, por maioria de votos, que o critério de $\frac{1}{4}$ do salário mínimo é objetivo, não podendo ser conjugado com outros fatores indicativos da miserabilidade do indivíduo e de seu grupo familiar.

Para o STF, à época, competia ao legislador e não ao magistrado, a criação de outros requisitos para a aferição do estado de pobreza daquele que pleiteia o Benefício. Na oportunidade, o ministro Ayres Britto, que defendia a possibilidade de os magistrados encontrarem outros critérios para aferir o estado de miserabilidade social do indivíduo, face o caso concreto, ficou vencido. Entretanto, os posicionamentos do Supremo Tribunal Federal não tiveram o condão de diminuir o número de pleitos judiciais que pediam a concessão do benefício, passando de 11.799, em 2004, para 52.050, em 2015, o que representa um aumento aproximado de 341% no período, conforme se pode verificar no quadro abaixo:

Quadro 01 – Evolução de benefícios concedidos judicialmente sobre o total de concessões por espécie – 2004/2015.

| Ano | BENEFÍCIOS CONCEDIDOS JUDICIALMENTE | | |
|------|-------------------------------------|--------------|--------|
| | Pessoa com Deficiência | Pessoa Idosa | Total |
| 2004 | 9.497 | 2.302 | 11.799 |
| 2005 | 16.069 | 4.122 | 20.191 |
| 2006 | 19.423 | 4.766 | 24.189 |
| 2007 | 25.321 | 5.342 | 30.663 |
| 2008 | 28.545 | 5.870 | 34.415 |
| 2009 | 31.340 | 6.650 | 37.990 |
| 2010 | 31.530 | 7.547 | 39.077 |
| 2011 | 33.088 | 8.548 | 41.636 |
| 2012 | 35.205 | 9.831 | 45.036 |
| 2013 | 41.060 | 12.382 | 53.442 |
| 2014 | 44.525 | 13.694 | 58.219 |
| 2015 | 40.498 | 11.552 | 52.050 |

Fonte: SUIBE/DATAPREV, janeiro de 2016.

O contínuo aumento de demandas judiciais gerou um contexto no qual 9% de todos os Benefícios de Prestação Continuada são obtidos mediante provimento judicial, conforme se percebe por meio do quadro abaixo:

Quadro 02 – Total de benefícios judiciais mantidos em dezembro de 2015, por unidade da federação e por tipo de benefício, com correlação do percentual destes números em relação ao total de benefícios mantidos.

| Unidade da Federação | Quantidade de benefícios mantidos em Dezembro de 2015 | | | | | | | | |
|----------------------|---|--------------------------------|------------|-------------------------|----------------------|-----------|-----------------------------|---------------------|-----------|
| | Pessoa com Deficiência (Judicial) | Pessoa com Deficiência (Total) | % | Pessoa Idosa (Judicial) | Pessoa Idosa (Total) | % | Total benefícios (Judicial) | Total de benefícios | % |
| Acre | 3.684 | 16.432 | 22% | 356 | 6.635 | 5% | 4.040 | 23.067 | 18% |
| Alagoas | 21.248 | 74.814 | 28% | 1.418 | 34.498 | 4% | 22.666 | 109.312 | 21% |
| Amapá | 2.067 | 11.663 | 18% | 228 | 11.487 | 2% | 2.295 | 23.150 | 10% |
| Amazonas | 1.934 | 51.230 | 4% | 345 | 42.596 | 1% | 2.279 | 93.826 | 2% |
| Bahia | 13.157 | 219.580 | 6% | 1.557 | 187.792 | 1% | 14.714 | 407.372 | 4% |
| Ceará | 20.451 | 147.227 | 14% | 3.985 | 90.075 | 4% | 24.436 | 237.302 | 10% |
| Distrito Federal | 4.146 | 26.268 | 16% | 724 | 24.602 | 3% | 4.870 | 50.870 | 10% |
| Espírito Santo | 2.101 | 33.630 | 6% | 893 | 29.371 | 3% | 2.994 | 63.001 | 5% |
| Goiás | 14.418 | 76.749 | 19% | 3.471 | 68.067 | 5% | 17.889 | 144.816 | 12% |
| Maranhão | 8.151 | 107.195 | 8% | 571 | 89.118 | 1% | 8.722 | 196.313 | 4% |
| Mato Grosso | 6.209 | 41.671 | 15% | 1.221 | 38.695 | 3% | 7.430 | 80.366 | 9% |
| Mato Grosso do Sul | 6.294 | 36.614 | 17% | 1.880 | 42.336 | 4% | 8.174 | 78.950 | 10% |
| Minas Gerais | 16.995 | 239.531 | 7% | 4.217 | 179.531 | 2% | 21.212 | 419.062 | 5% |
| Pará | 7.682 | 109.439 | 7% | 1.399 | 89.428 | 2% | 9.081 | 198.867 | 5% |
| Paraíba | 13.787 | 67.850 | 20% | 2.476 | 35.297 | 7% | 16.263 | 103.147 | 16% |
| Paraná | 18.836 | 106.854 | 18% | 7.257 | 88.699 | 8% | 26.093 | 195.553 | 13% |
| Pernambuco | 21.331 | 172.114 | 12% | 2.397 | 117.816 | 2% | 23.728 | 289.930 | 8% |
| Piauí | 6.029 | 46.178 | 13% | 576 | 21.508 | 3% | 6.605 | 67.686 | 10% |
| Rio de Janeiro | 8.765 | 119.972 | 7% | 2.149 | 181.408 | 1% | 10.914 | 301.380 | 4% |
| Rio Grande do Norte | 8.960 | 50.748 | 18% | 1.445 | 23.812 | 6% | 10.405 | 74.560 | 14% |
| Rio Grande do Sul | 19.340 | 113.516 | 17% | 3.970 | 75.145 | 5% | 23.310 | 188.661 | 12% |
| Rondônia | 3.215 | 26.259 | 12% | 268 | 15.299 | 2% | 3.483 | 41.558 | 8% |
| Roraima | 602 | 7.821 | 8% | 62 | 3.914 | 2% | 664 | 11.735 | 6% |
| Santa Catarina | 8.669 | 44.381 | 20% | 2.753 | 23.481 | 12% | 11.422 | 67.862 | 17% |
| São Paulo | 50.271 | 316.368 | 16% | 17.445 | 366.599 | 5% | 67.716 | 682.967 | 10% |
| Sergipe | 6.258 | 38.264 | 16% | 564 | 16.026 | 4% | 6.822 | 54.290 | 13% |
| Tocantins | 3.819 | 21.426 | 18% | 824 | 15.668 | 5% | 4.643 | 37.094 | 13% |
| Brasil | 298.419 | 2.323.794 | 13% | 64.451 | 1.918.903 | 3% | 362.870 | 4.242.697 | 9% |

Fonte: Suibe/Dataprev, em janeiro de 2016.

Visando desviar da posição do Supremo Tribunal Federal sobre o tema, os demandantes inovavam na hermenêutica normativa, prosseguindo com o ajuizamento de ações, as quais permaneciam recebendo manifestações favoráveis do Poder Judiciário de 1ª

e 2ª instâncias e impunham ao INSS o ajuizamento de reclamações, no âmbito do STF. O que motivou, a partir do ano de 2006, modificações de posicionamentos dos membros da Corte Constitucional, por meio de suas decisões monocráticas, recaindo estas, por diversas vezes, em subterfúgios processuais para o não conhecimento das reclamações, o que, na prática, resultava na manutenção dos benefícios concedidos, ainda que sem observância dos critérios legais.

Nesse sentido, atuaram os Ministros Ricardo Lewandowski, Ayres Britto – que se aposentou em novembro de 2012 – e Celso de Mello, ao negar prosseguimento às reclamações impetradas pelo Instituto Nacional do Seguro Social, argumentando que a via escolhida pela autarquia não possibilitava o reexame do conjunto fático-probatório, o que seria necessário para modificar as manifestações judiciais combatidas, mantendo-as, por consequência. O Ministro Marco Aurélio também mantinha os benefícios concedidos pelas instâncias inferiores, argumentando que os critérios definidos pela norma veiculada pelo parágrafo terceiro do artigo 20 da Lei 8.742/93 não eram suficientes nem adequados para o correto cumprimento do mandamento constitucional previsto no inciso V do artigo 203 da Lei Maior.

As inúmeras decisões monocráticas e as contínuas provocações judiciais ao Supremo Tribunal Federal exigiram, do pleno do STF, oito manifestações sobre o tema na última década, conforme já mencionado, e que pode ser representado pelo quadro abaixo:

Quadro 03 – Total de manifestações judiciais formuladas pelo Plenário do Supremo Tribunal no período de 2006 a 2016 atinentes ao Benefício de Prestação Continuada

| Espécie/nº | Origem | Relator | Fundamentação Jurídica e/ou Precedentes utilizados pela maioria | Data do Julgamento | Resultado |
|------------------|--------|--------------------------|---|-----------------------|--|
| RE 580.963/PR | TRF 4. | Min. Gilmar Mendes | ADIn n. 1.232- 1/DF. Artigos 2º, 44, <i>caput</i> , 48, <i>caput</i> , 59, III, a, 195, | 18/04/2013 | Negado provimento por maioria, declarando-se <i>incidenter tantum</i> a inconstitucionalida |

| | | | | | |
|-------------------|--|--------------------|---|------------|---|
| | | | §5, 203, V, da CF/88. | | de do parágrafo único do art. 34 da Lei nº 10.741/03 (Estatuto do idoso). |
| Rcl 4.374/PE | Turma Recursal JEF - Pernambuco | Min. Gilmar Mendes | ADIn n. 1.232-1/DF. Artigo 203, V, da CF/88. | 18/04/2013 | Negado provimento por maioria. |
| RE 567.985/MT | Turma Recursal da Seção Judiciária do Estado do Mato Grosso. | Min. Marco Aurélio | ADIn n. 1.232-1/DF. Reclamação nº 3.805. Princípio da Isonomia Artigos 195, § 5º, 203, V da CF/88. Princípio de Segurança Jurídica Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. | 18/04/2013 | Negado provimento por maioria o recurso extraordinário, com declaração <i>incidenter tantum</i> da inconstitucionalidade do § 3º do art. 20 da Lei nº 8.742/93. |
| RE 553.546 QO/ PR | Turma Recursal da Seção Judiciária do Estado do Paraná. | Min. Cezar Peluso | Artigo 543-B do CPC de 1973. Artigo 328, parágrafo único do RISTF. AI 715.423/RS | 20/08/2008 | Acolhida, por maioria dos votos, a questão de ordem suscitada. Autos devolvidos a origem. |

| | | | | | |
|-----------------------|--|-------------------|---|------------|---|
| RE 540.410 QO / RS | Turma Recursal da Seção Judiciária do Estado do Rio Grande do Sul. | Min. Cezar Peluso | Artigo 543-B do CPC de 1973. Artigo 328, parágrafo único do RISTF. AI 715.423/RS. | 20/08/2008 | Acolhida. Por maioria dos votos, a questão de ordem suscitada. Autos devolvidos a origem. |
| RE 550.661 QO / PR | Turma Recursal da Seção Judiciária do Estado do Paraná. | Min. Cezar Peluso | Artigo 543-B do CPC de 1973. Artigo 328, parágrafo único do RISTF. AI 715.423/RS | 20/08/2008 | Acolhida, por maioria dos votos, a questão de ordem suscitada. Autos devolvidos a origem. |
| RE 553.601 QO / PR | Turma Recursal da Seção Judiciária do Estado do Paraná. | Min. Cezar Peluso | Artigo 543-B do CPC de 1973. Artigo 328, parágrafo único do RISTF. AI 715.423/RS | 20/08/2008 | Acolhida, por maioria dos votos, a questão de ordem suscitada. Autos devolvidos a origem. |
| RE 565.337 QO / SP | Turma Recursal da Seção Judiciária do Estado de São Paulo. | Min. Cezar Peluso | Artigo 543-B do CPC de 1973. Artigo 328, parágrafo único do RISTF. AI 715.423/RS. | 20/08/2008 | Acolhida, por maioria dos votos, a questão de ordem suscitada. Autos devolvidos a origem. |

Fonte: os autores (2018).

O Reclamante/Recorrente em todos os oito casos acima elencados foi o Instituto Nacional do Seguro Social. Dos casos analisados, cinco tratavam de questões de ordem, ocorrendo meramente uma discussão formal sobre o conhecimento ou não dos recursos, sem adentrar seu mérito. Os outros três casos analisados debateram o mérito, reconhecendo dois

deles a inconstitucionalidade parcial por omissão, mas sem pronúncia de nulidade. Tampouco se fixou prazo para que legislador atuasse.

Assim, houve declarações *incidenter tantum* da inconstitucionalidade do parágrafo 3º do artigo 20 da Lei nº 8.742/93, pelo Recurso Extraordinário n. 567.985/MT, e *incidenter tantum* da inconstitucionalidade do parágrafo único do artigo 34 da Lei nº 10.741/03 (Estatuto do idoso), pelo Recurso Extraordinário n. 580.963/PR. Essa forma de declaração de inconstitucionalidade implica na manutenção do requisito estabelecido pela Lei 8.742/93, que permanece válido para a autarquia ordinária federal, a qual se pauta pelo princípio da legalidade estrita.

As manifestações do Supremo Tribunal Federal sobre o tema, apesar de concentradas nos anos de 2008 e 2013, indicam uma atuação progressista, uma vez que este interpretou o critério de renda máximo de $\frac{1}{4}$ do salário mínimo apenas como um norte, cabendo aos magistrados das instâncias inferiores, ante a análise do caso concreto, determinar ou não a concessão do benefício assistencial, podendo, para tanto, determinar as produções de provas que entender cabíveis, de modo a aferir a condição de miserabilidade do pleiteante.

Nesta perspectiva, o ministro Gilmar Mendes, relator da Reclamação n. 4.374, asseverou que o descumprimento parcial ou total do constitucional dever de legisferar ocasiona um estado insuficiente de proteção a direitos fundamentais, o que pode ser observado pela LOAS, a qual limita o BPC ao indivíduo com limite máximo de renda de $\frac{1}{4}$ de salário mínimo per capita.

A teoria da reserva do possível foi mencionada de forma tangencial, tendo a Suprema Corte se posicionado no sentido ampliar o acesso ao BPC para além do previsto na LOAS, uma vez que a análise dos fatos concretos se sobrepõe a qualquer outro critério objetivo de renda, considerando a influência do princípio da dignidade da pessoa humana e dos objetivos da República insculpidos na Lei Maior.

Por conseguinte, a Carta Constitucional ao declarar, em seu artigo 3º, que um dos objetivos constitutivos fundamentais da República Federativa do Brasil é o de erradicar a pobreza e a marginalização, reforçando a promessa de democracia substantiva e o dever do Estado de assegurá-la.

Assim, pode-se dizer que o Supremo Tribunal Federal solucionou a tensão existente entre a efetivação dos direitos sociais e a tese da reserva do possível, ao considerar que o recorte de renda imposto como critério de elegibilidade ao benefício previsto pela LOAS é

inconstitucional e que deve prevalecer o princípio da dignidade da pessoa humana e os objetivos da Lei maior, em oposição a tese da reserva do possível, no tema apreciado.

4 CONCLUSÃO

O Poder Judiciário vem efetivando o diversificado rol de direitos sociais previstos na Constituição Federal. Todavia, muitos desses direitos não indicam a origem da contrapartida orçamentária para concretizá-los o que gera, ante uma omissão e/ou ineficiência na atuação do Poder Público, o desrespeito a direitos constitucionalmente assegurados, e, conseqüentemente, a judicialização, que visa reparar essa falha de atuação. Ocorre que, no tema ora em apreço, estando ausente um critério objetivo delimitador aceito pelo Supremo Tribunal Federal, caberá ao magistrado singular a indicação dos critérios, o que por certo ferirá a isonomia, considerando que os magistrados não decidirão de forma idêntica.

A tensão existente entre direitos fundamentais e a teoria da reserva do possível se mostrou presente no objeto do artigo diante da criação de um recorte de renda imposto como critério de elegibilidade ao BPC por ato legal, o qual foi considerado inconstitucional, mas sem pronúncia de nulidade pelo STF. Essa postura do STF reforçará a judicialização do tema tanto por parte do INSS, que continuará a recorrer das sentenças e acórdãos concessivos, quanto por parte dos demandantes, que encontrarão divergências em julgados que os favoreçam, de modo a pleitear a concessão do benefício, dado que os critérios para a concessão do BPC não estão claros.

A posição do Supremo Tribunal Federal de não pronunciar a nulidade diante da inconstitucionalidade criou condições propícias para que diversos magistrados, tribunais e juizados especiais interpretem o inciso V, do artigo 203, da Constituição Federal da forma mais efetiva que entenderem, o que implicará certamente em uma ampliação no número de beneficiários e dos dispêndios do erário, considerando os múltiplos critérios que poderão ser utilizados, a depender da concepção do magistrado.

A divergência de concepção entre os agentes públicos envolvidos no debate sobre o que consubstancia a miséria, a vulnerabilidade e a pobreza será um obstáculo que terá de ser superado, visando a harmonização social e a previsibilidade financeira, que ocorrerão após uma imperiosa unificação de critérios judicialmente aceitos, a fim de se prevenir não somente

a judicialização, como também permitir o acesso efetivo e de forma equitativa e isonômica ao direito e à rede de proteção mínima que deve ser ofertada pelo Estado.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais (Theorie der Grundrechte)*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 5. ed. alemã. São Paulo: Malheiros, 2008.
- BARCELLOS, Ana Paula de. O Mínimo Existencial e Algumas fundamentações Jonh Rawls, Michael Walzer e Robert Alexy. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Legitimação pelos direitos humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.
- BOSCHETTI, Ivanete. As forças de apoio e de oposição à primeira proposta de regulamentação da assistência social no Brasil. In: BOSCHETTI, Ivanete. *Conflitos de interesses e a regulamentação da política de assistência social*. Brasília: UNB, 2002.
- BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 18 jun. 2020.
- _____. *Decreto nº 7.617, de 17 de novembro de 2011*. Altera o Regulamento do Benefício de Prestação Continuada, aprovado pelo Decreto nº 6.214, de 26 de setembro de 2007. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Decreto/D7617.htm. Acesso em: 18 jun. 2020.
- _____. *Lei nº 8.742, de 07 de dezembro de 1993*. Dispõe sobre a organização da Assistência Social e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8742.htm. Acesso em: 18 jun. 2020.
- _____. *Ministério do Desenvolvimento Social e Agrário. Benefício da Prestação Continuada*. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/cidadania-e-justica/2016/07/beneficio-de-prestacao-continuada-sera-concedido-apos-inscricao-no-cadunico>>. Acesso em 05 fev. 2017.
- _____. *Relatório de Auditoria Operacional: Benefício de Prestação Continuada da Assistência Social (BPC)*. Relator: Min. Augusto Nardes. Brasília: TCU, 2009. Disponível em:

<https://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A8182A14D97A493014D97AF314C44E3>. Acesso em: 18 jun. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.232*. Relator: Min. Maurício Correa, 22 de abril de 1995. Disponível em: [http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=ADI-MC\(1232%20.NUME.\)&base=baseAcordaos](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=ADI-MC(1232%20.NUME.)&base=baseAcordaos). Acesso em: 18 jun. 2020.

_____. Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudência dos Juizados Especiais Federais. *Súmula nº 11*, 2004. Disponível em: <https://aplicaext.cjf.jus.br/phpdoc/virtus/sumula.php?nsul=11&PHPSESSID=8ca544bdc712cc5910804820d0486715>. Acesso em: 18 jun. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal (Sessão Plenária) *Reclamação n. 4.374*. Relator: Min. Gilmar Mendes, 18 de abril de 2013. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4439489>. Acesso em: 18 jun. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal (Sessão Plenária). *Recurso Extraordinário, n. 580.963*. Relator: Min. Gilmar Mendes, 18 de abril de 2013. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24806764/recurso-extraordinario-re-580963-pr-stf>. Acesso em: 18 jun. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal (Sessão Plenária). *Recurso Extraordinário, n. 567.985*. Relator: Min. Gilmar Mendes, 18 de abril de 2013. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4614447>. Acesso em: 18 jun. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal (Sessão Plenária). *Recurso Extraordinário, n. 631.240*. Relator: Min. Roberto Barroso, 03 de setembro de 2014. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7168938>. Acesso em: 18 jun. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal (Sessão Plenária). *Questão de Ordem no Recurso Extraordinário n. 553.546*. Relator: Min. Marco Aurélio, 20 de agosto de 2008. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2916056/questao-de-ordem-no-recurso-extraordinario-re-qo-553546-pr?ref=serp>. Acesso em: 18 jun. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Questão de Ordem no Recurso Extraordinário n. 540.410*. Relator: Min. Marco Aurélio, 20 de agosto de 2008. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14719147/questao-de-ordem-no-recurso-extraordinario-re-540410-rs>. Acesso em: 18 jun. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Questão de Ordem no Recurso Extraordinário n. 550.661*. Relator: Min. Marco Aurélio, 20 de agosto de 2008. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=2549126&numeroProcesso=559994&classeProcesso=RE&numeroTema=85>. Acesso em: 18 jun. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Questão de Ordem no Recurso Extraordinário n. 553.601*. Relator: Min. Marco Aurélio, 20 de agosto de 2008. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=2549126&numeroProcesso=559994&classeProcesso=RE&numeroTema=85>. Acesso em: 18 jun. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Questão de Ordem no Recurso Extraordinário n. 565.337*. Relator: Min. Marco Aurélio, 20 de agosto de 2008. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7168938>. Acesso em: 18 jun. 2020.

GOMES, Ana Lúcia. O Benefício de Prestação continuada: Uma trajetória de retrocessos e Limites- construindo possibilidade de Avanços. In: SPOSATI, Aldaíza (Org.). *Proteção Social de Cidadania. Inclusão de Idosos e pessoas com deficiência no Brasil, França e Portugal*. São Paulo: Cortez, 2004.

LÜDKE, Menga; ANDRÉ, Marli E.D.A. *Pesquisa em educação: abordagens qualitativas*. São Paulo: EPU, 1986.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

SANFELICE, Patricia de Mello. Assistência Social e Benefício Assistencial. *Cadernos de Direito Previdenciário*, v. 2. n. 3, p. 93-123, 2005.

SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 4, n. 2, p. 441-463, jul. 2008. ISSN 2317-6172. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/35159/33964>. Acesso em: 18 jun. 2020.

O ESGOTAMENTO DOS RECURSOS INTERNOS E A PROTEÇÃO DE OBRIGAÇÕES DE DIREITOS HUMANOS *ERGA OMNES PARTES* PERANTE A CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA: CONSIDERAÇÕES SOBRE LEGITIMIDADE PROCESSUAL NO JULGAMENTO DAS EXCEÇÕES PRELIMINARES EM *UCRÂNIA V. RÚSSIA*⁷⁹

EXHAUSTION OF LOCAL REMEDIES AND PROTECTION OF HUMAN RIGHTS OBLIGATIONS ERGA OMNES PARTES BEFORE THE INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE: CONSIDERATIONS ON STANDING IN THE PRELIMINARY OBJECTIONS JUDGMENT IN UKRAINE V. RUSSIA

Mariana Ferolla Vallandro do Valle.⁸⁰

Resumo: O presente artigo pretende analisar a decisão da Corte Internacional de Justiça sobre as exceções preliminares na controvérsia entre Ucrânia e Rússia, com o objetivo de avaliar: i) se o caráter *erga omnes partes* das obrigações discutidas pode ser entendido como base da legitimidade processual da Ucrânia no caso; e, ii) em caso positivo, se a decisão da Corte implica a desnecessidade do esgotamento dos recursos internos quando a controvérsia se refere a obrigações de direitos humanos que, embora sejam devidas a indivíduos, são também *erga omnes partes*. Busca-se, em suma, avaliar se a decisão da CIJ pode ser interpretada em favor da proposição de que a regra do esgotamento dos recursos internos não é aplicável em face de reclamações relativas a obrigações *erga omnes partes*, contrariamente ao que sugere o art. 48, §3º, dos *Articles on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts* da Comissão de Direito Internacional. Para tanto, serão observadas as possíveis bases de legitimidade processual da Ucrânia no caso e qual destas foi efetivamente considerada pela CIJ. Em seguida, será analisada a jurisprudência da Corte quanto à aplicação da regra dos recursos internos e à legitimidade via obrigações *erga omnes partes*. Com base nessas considerações, será, então, examinada a decisão em *Ucrânia v. Rússia*, verificando-se se é possível entendê-la como rejeitando a aplicação da regra dos recursos internos sempre que obrigações *erga omnes partes* são o objeto da controvérsia.

Palavras-chave: Corte Internacional de Justiça. Legitimidade processual. Direitos humanos. Obrigações *erga omnes partes*.

Abstract: This article intends to analyse the International Court of Justice's (ICJ) decision concerning the preliminary objections in the dispute between Ukraine and Russian, with the

⁷⁹ A autora agradece ao professor Lucas Carlos Lima, da Universidade Federal de Minas Gerais, por seus comentários na versão preliminar deste artigo. Quaisquer erros são de responsabilidade da autora.

⁸⁰ Mestranda em Direito na Universidade Federal de Minas Gerais. Advogada. Foi bolsista do Programme des futurs leaders dans les Amériques na Université Laval (Québec, Canadá) e do Projeto Observatório Político-Jurídico de Organizações Internacionais (OPJOINT) pelo CNPq.

view of assessing: 1) whether the *erga omnes partes* character of the obligations discussed therein may be understood as the basis of Ukraine's standing in the case, and 2) in the affirmative, whether the Court's decision implies that exhaustion of local remedies is not necessary when the dispute refers to human rights obligations that, although owed to individuals, are also *erga omnes partes*. In sum, the article seeks to assess whether the ICJ's decision may be interpreted in favour of the proposition that the exhaustion of local remedies rule is not applicable to claims relating to obligations *erga omnes partes*, contrary to what is suggested by art. 48(3) of the International Law Commission's Articles on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts. For that, Ukraine's potential bases of standing in the case will be analyzed as well as which of them was effectively considered by the ICJ. After that, the Court's case law concerning the application of the local remedies rule and standing via obligations *erga omnes partes* will be assessed. In light of these considerations, the decision in *Ukraine v. Russia* will be assessed in order to verify if it is possible to understand it as rejecting the application of the local remedies rule whenever obligations *erga omnes partes* are the subject-matter of the dispute.

Keywords: International Court of Justice. Standing. Human Rights. Obligations *erga omnes partes*.

1 INTRODUÇÃO

Em 16 de janeiro de 2017, a Ucrânia instaurou processo perante a Corte Internacional de Justiça (CIJ) contra a Federação Russa por atos que teriam sido cometidos em violação da Convenção para a Supressão do Financiamento do Terrorismo e da Convenção para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (CEDR). No que tange aos descumprimentos da CEDR, a Ucrânia alegou que a Rússia teria promovido a perseguição de líderes tártaros, perpetrado e tolerado uma campanha de desaparecimentos forçados e assassinatos contra esse grupo étnico e suprimido práticas culturais étnicas tártaras e ucranianas.

A Rússia apresentou exceções preliminares, questionando a legitimidade processual da Ucrânia a respeito dos pedidos fundados na CEDR. A requerida alegou que tais pedidos não seriam admissíveis, uma vez os recursos internos na Rússia não teriam sido previamente esgotados pelos indivíduos supostamente afetados pelos atos de discriminação racial (CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA, 2018a, p. 221-245).

A CIJ (2019, p. 46) proferiu seu julgamento sobre as exceções preliminares em 08 de novembro de 2019, concluindo pela inaplicabilidade da regra do esgotamento dos recursos internos ao caso. Tal decisão se deu ante a constatação de que a Ucrânia não havia adotado

a causa de seus nacionais individualmente considerados, mas questionava a prática reiterada da Rússia com relação ao tratamento de comunidades tártaras e ucranianas na Crimeia.

Apesar dessas considerações, que deixam claro não se tratar de um caso de proteção diplomática, a Corte não especificou com que base a Ucrânia teria legitimidade para invocar a responsabilidade russa por violações da CEDR: se como um Estado lesado nos termos do art. 42 dos *Articles on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts* (ARSIWA) (COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL, 2001), se como um Estado interessado em decorrência do caráter *erga omnes partes* das obrigações em questão (art. 48, §1º, (a), dos ARSIWA⁸¹), ou, ainda, sob algum outro fundamento. A omissão não parece ter sido despropositada: a legitimidade da Ucrânia quanto às reclamações sob a CEDR foi o único ponto da decisão sobre o qual houve unanimidade entre os juízes, algo que dificilmente teria sido obtido caso a Corte tivesse feito considerações expressas sobre obrigações de interesse coletivo.⁸²

O silêncio da Corte gera dúvidas sobre em que medida os interesses comuns decorrentes do caráter *erga omnes partes* das obrigações da CEDR sob discussão contribuíram para sua conclusão quanto à inaplicabilidade da regra dos recursos internos no caso. Em particular, questiona-se se o pronunciamento da Corte implica rejeição à proposta da Comissão de Direito Internacional (CDI) no art. 48, §3º, dos ARSIWA, segundo o qual a regra do esgotamento dos recursos internos seria aplicável mesmo em casos em que a legitimidade do Estado para invocar a responsabilidade de outro por atos internacionalmente ilícitos é fundada em obrigações *erga omnes* ou *erga omnes partes*.

Tal questionamento é o objeto da presente análise. Para buscar respondê-lo, será primeiramente examinada a relação entre as bases de legitimidade propostas nos artigos 42, (b), e 48 dos ARSIWA e esclarecido qual destas foi efetivamente considerada pela Corte ao avaliar a legitimidade processual da Ucrânia. Em seguida, será analisada a jurisprudência da CIJ quanto às hipóteses de aplicação da regra do esgotamento dos recursos internos e à

⁸¹ Embora a Ucrânia utilize o termo “*erga omnes*” em suas manifestações, consideramos que a menção a obrigações *erga omnes partes* seria mais adequada, uma vez que as obrigações internacionais sob discussão se referem unicamente à CEDR, e não ao direito internacional geral.

⁸² Isso tendo em vista que a juíza Xue e o juiz Skotnikov já se posicionaram anteriormente de forma contrária à invocação do caráter *erga omnes partes* de obrigações internacionais como base de legitimidade processual. Ver: CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA, 2012, p. 574-577 (opinião dissidente da juíza Xue), 482-285 (opinião dissidente do juiz Skotnikov).

legitimidade via *erga omnes partes*, a fim de verificar se há indícios de que tal regra deve ser aplicada em todos os casos de proteção de direitos individuais.

A partir dessas considerações, busca-se avaliar se as conclusões da CIJ quanto à não aplicabilidade da regra dos recursos internos no julgamento das exceções preliminares em *Ucrânia v. Rússia* oferecem suporte à ideia de que Estados podem apresentar reclamações de violações de direitos humanos à Corte de maneira direta, sem se certificarem do prévio esgotamento dos recursos internos, com base no caráter *erga omnes partes* de tais obrigações. A posição ora sustentada é de que o esgotamento dos recursos internos somente é exigível com relação a pedidos trazidos por meio da proteção diplomática, não tendo lugar quando as obrigações reclamadas são *erga omnes partes*.

2 INTERESSE ESPECIAL E INTERESSE COMUM: COMPLEMENTARIEDADE DOS ARTIGOS 42 E 48 DOS ARTIGOS DA CDI SOBRE RESPONSABILIDADE ESTATAL

Diferentemente do que ocorre com as normas sobre a competência da CIJ, as condições para a admissibilidade de uma controvérsia perante a Corte, como a legitimidade processual do Estado requerente, não estão previstas em seu Estatuto ou nas Regras de Procedimento. Não obstante, desde o julgamento do caso *S.S. Wimbledon*, decido pela Corte Permanente de Justiça Internacional (CPJI) (1923, p. 20), consolidou-se o entendimento, posteriormente seguido pela CIJ, de que a capacidade para ser parte em um processo internacional não se confunde com a capacidade para requerer a adjudicação de uma disputa específica (MBAYE, 1988, p. 258-261).

Não basta que o requerente seja um Estado e as partes tenham consentido com a competência da Corte, é necessário que também se demonstre a existência de um liame suficiente entre o requerente e a obrigação internacional cujo descumprimento se alega que torne o Estado legitimado processualmente para invocar aquela violação perante a jurisdição internacional. Esse liame se traduz na existência de interesse jurídico do Estado em obter a adjudicação de seu pedido (CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA, 1966, p. 34; QUINTANA, 2015, p. 15-24).

A hipótese mais comum na qual um interesse desse tipo é reconhecido se verifica quando o Estado é lesado pelo alegado descumprimento da norma internacional. Tradicionalmente, um Estado é tido como lesado quando a norma violada se refere a uma

obrigação devida diretamente a ele. A lesão envolve, assim, uma relação essencialmente bilateral – ou bilateralizada, quando se fala em obrigações multilaterais devidas reciprocamente entre Estados –, em que é possível identificar um número determinado de Estados violadores e de Estados lesados pela violação. É essa concepção tradicional de Estado lesado que o art. 42, (a), dos ARSIWA traz.

A alínea (b) do art. 42 introduz uma ideia de lesão completamente distinta. De acordo com o dispositivo, um Estado pode ser considerado como lesado se a obrigação cuja violação se alega é devida:

- (b) a um grupo de Estados, incluindo aquele Estado, ou à comunidade internacional como um todo, e o descumprimento da obrigação:
 - (i) afeta especialmente aquele Estado; ou
 - (ii) possui um caráter que altere radicalmente a posição de todos os outros Estados a quem a obrigação é devida em relação à continuidade do cumprimento da obrigação.⁸³

Percebe-se que essa segunda classificação de “Estado lesado” está condicionada à existência de obrigações devidas à comunidade internacional como um todo (*erga omnes*) ou a um grupo de Estados (*erga omnes partes*) que foram descumpridas, e não se refere à violação de obrigações devidas ao Estado em si. O interesse jurídico comum em garantir o respeito dessas obrigações *erga omnes (partes)* é qualificado pela existência de circunstâncias decorrentes da violação que impactam sobremaneira Estados específicos, gerando, assim, um interesse jurídico especial.⁸⁴

Por sua vez, o art. 48 dos ARSIWA considera que a existência do interesse comum na observância de certas obrigações, em vista da importância dos direitos envolvidos (CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA, 1970, p. 32), confere a qualquer Estado da comunidade internacional – no caso de obrigações *erga omnes* – ou a qualquer Estado-parte de um grupo de Estados – no caso de obrigações *erga omnes partes* – a prerrogativa de invocar a responsabilidade de outro pela violação da norma internacional, incluindo perante tribunais

⁸³ Do original: “(b) a group of States including that State, or the international community as a whole, and the breach of the obligation:

(i) specially affects that State; or

(ii) is of such a character as radically to change the position of all the other States to which the obligation is owed with respect to the further performance of the obligation.”

⁸⁴ Seja afetando seus interesses ou alterando radicalmente a posição dos demais Estados a quem a obrigação é devida – uma formulação modelada diretamente a partir das disposições da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados sobre a violação substancial de um tratado (art. 60), como observado no comentário da CDI (2001, p. 117) sobre o art. 42.

internacionais. Essa prerrogativa independe da existência de lesão ou de qualquer impacto da violação sobre o Estado reclamante. Assim, até mesmo um Estado que não possui qualquer relação com as circunstâncias nas quais a obrigação foi violada teria legitimidade para reclamar seu cumprimento, desde que demonstrado seu caráter *erga omnes (partes)*.

A partir da construção da CDI, tem-se que o Estado lesado nos termos do art. 42, (b), dos ARSIWA não necessita comprovar o prejuízo sofrido para estabelecer sua legitimidade para reclamar o cumprimento da obrigação internacional. Ele já é legitimado, naturalmente, devido ao caráter *erga omnes (partes)* da obrigação. Por outro lado, se as obrigações em questão não são devidas diretamente ao Estado (art. 42, (a), ARSIWA) e não possuem caráter *erga omnes (partes)*, o fato de que o Estado foi, de alguma forma, afetado pela violação da norma não é capaz de lhe gerar interesse jurídico para invocar a responsabilidade do Estado violador. O impacto especial da violação sobre o Estado não é, portanto, determinante para estabelecer a legitimidade, que deriva essencialmente do interesse jurídico comum, mas apenas para qualificá-lo como lesado ou não.

Essa lógica parece ter sido acatada pela CIJ no julgamento do caso *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite*, entre Bélgica e Senegal, no que tange a obrigações *erga omnes partes*. Embora a Bélgica tenha buscado fundar sua legitimidade processual para reclamar a violação de obrigações contidas na Convenção contra a Tortura em sua posição como Estado lesado, conforme o art. 42, (b), (i), aventando ter sido especialmente afetada pela violação das obrigações em questão (CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA, 2010, p. 79-80), a CIJ (2012, p. 559-450) rejeitou tal classificação e concluiu que todos os Estados-partes da convenção teriam legitimidade para invocar violações de disposições que se relacionassem ao interesse comum das partes em prevenir e punir atos de tortura. Diante disso, entendeu que não seria necessário avaliar se a Bélgica também possuiria um interesse especial no caso.

Recentemente, em sua decisão sobre medidas provisórias na controvérsia entre a Gâmbia e Myanmar, referente a violações da Convenção para a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio (Convenção contra o Genocídio) em relação à minoria Rohingya em Myanmar, a CIJ (2020, p. 13) reiterou tal entendimento, reconhecendo a legitimidade processual *prima facie* da Gâmbia para reclamar violações da Convenção, ainda que não o Estado tenha sido afetado por tais descumprimentos.

Em termos práticos, a diferença entre a qualificação de um Estado como lesado, sob o art. 42, (b), ou como interessado, sob o art. 48, parece estar no tipo de pronunciamentos e medidas de reparação que podem ser requeridos à Corte. Um Estado lesado requer reparação em nome próprio. Pode então requerer que lhe sejam outorgadas todas as formas de reparação cabíveis, de acordo com o tipo e a extensão do dano sofrido.

Com relação a Estados que visam a defender um interesse comum, o art. 48, §2º dos ARSIWA prevê que seria possível requerer, além da cessação da violação e de garantias de não repetição, a reparação no interesse do Estado lesado ou dos beneficiários da obrigação violada, o que igualaria em grande medida os efeitos de ambas as bases de legitimidade. No entanto, em seus comentários, a CDI (2001, p. 127) observou que a disposição incorporava também questões classificadas como desenvolvimento progressivo do direito internacional.

De acordo com o terceiro relatório sobre responsabilidade estatal, do então Relator Especial da CDI, James Crawford, tais questões se referem precisamente à possibilidade de um Estado interessado reclamar medidas de reparação em favor do ente diretamente lesado sem o consentimento deste (id., 2000, p. 99-100). A qualificação do Estado requerente como lesado nos termos do art. 42, (b), embora não altere a legitimidade para reclamar a violação em si, já decorrente de seu caráter *erga omnes partes*, revela-se útil para a obtenção de uma reparação mais abrangente, possibilitando que o Estado requeira medidas como restituição e compensação.

Até o momento, a CIJ não chegou a reconhecer expressamente que o art. 42, (b), dos ARSIWA reflete o atual estado do direito internacional costumeiro, isto é, que um Estado possa ser qualificado como lesado devido unicamente aos efeitos em particular que a violação de uma obrigação *erga omnes (partes)* teria sobre ele. Não obstante, parece ser possível afirmar que ao menos a lógica de que um Estado especialmente afetado pelo descumprimento de norma de tal caráter possa requerer todas as formas de reparação em nome próprio foi aceita, tacitamente, pela Corte.

Essa interpretação deriva do caso *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, no qual a Bósnia e Herzegovina havia acusado Sérvia e Montenegro de violar a Convenção contra o Genocídio no território bósnio durante os conflitos relacionados à dissolução da Iugoslávia. No curso do processo, a Bósnia argumentou estar agindo como Estado lesado pelos atos de genocídio alegadamente cometidos pela Sérvia e que, ainda que as violações tivessem sido cometidas fora do território

bósnio e contra nacionais de outros Estados, qualquer Estado teria legitimidade para reclamar os descumprimentos da Convenção contra o Genocídio perante a Corte, devido ao caráter *erga omnes* – ou, mais precisamente, *erga omnes partes* – das obrigações ali previstas (CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA, 1994, p. 9, 181-183). Ao final de seu memorial, requereu tanto a cessação das violações quanto compensação financeira pelos prejuízos causados (ibid., p. 294).

Embora a Bósnia não tenha feito referência aos ARSIWA, que ainda não haviam sido adotados à época da apresentação de seu memorial, a ideia de Estado lesado somente pode ser compreendida sob a lógica do art. 42, (b). As obrigações da Convenção contra o Genocídio não são devidas *vis-à-vis* a Bósnia ou qualquer Estado-parte. A Sérvia não possui a obrigação de não cometer genocídio no território de Estados terceiros ou contra nacionais desses Estados, mas simplesmente de não cometer genocídio, inclusive contra indivíduos que não possuem vínculo de nacionalidade com qualquer Estado.

Dessa forma, não sendo possível identificar a existência de obrigações devidas diretamente à Bósnia, a concepção tradicional de Estado lesado, prevista no art. 42, (a), dos ARSIWA, não seria aplicável ao caso. Por outro lado, este se amolda perfeitamente à hipótese do art. 42, (b): as violações alegadas possuíam inegável caráter *erga omnes partes*, tendo sido estabelecidas no interesse comum dos Estados-partes da Convenção, e a Bósnia havia sido especialmente afetada pelo alegado cometimento de atos de genocídio em seu território e contra seus nacionais.

Tais questões não foram analisadas nas decisões da Corte, uma vez que a Sérvia não suscitou objeções quanto à legitimidade processual bósnia. Contudo, caso houvesse uma incompatibilidade flagrante entre a base de legitimidade invocada e o pronunciamento requerido, não haveria impedimentos para que a Corte, *propriu motu*, enfrentasse a questão. Isso inclusive chegou a ser cogitado em relação aos pedidos formulados pela Bósnia quanto a violações cometidas fora de seu território contra não-bósnios. A CIJ (2007a, p. 120) observou que tal pedido poderia suscitar questões sobre o interesse jurídico ou a legitimidade da Bósnia em relação ao caráter *erga omnes* das obrigações discutidas, mas não se pronunciou sobre o tema, vez que concluiu que a Sérvia não havia perpetrado genocídio.

Seria então razoável esperar que, caso a extensão da legitimidade processual da Bósnia se limitasse ao pedido de cessação da violação, excluindo a compensação, a Corte teria feito algum comentário a respeito, o que não ocorreu. A CIJ concluiu que uma

compensação simbólica não seria adequada no caso, mas não considerou o pedido expressamente inadmissível, questão que tampouco foi abordada pelos juízes em suas opiniões individuais.⁸⁵

A Corte procedeu de forma similar no julgamento das exceções preliminares em *Ucrânia v. Rússia*. Embora não tenha especificado a base de legitimidade processual da Ucrânia, a Corte não fez ressalvas quanto à extensão dos pedidos da requerente, que também incluem compensação financeira pelos prejuízos resultantes das violações da CEDR que teriam sido cometidas pela Rússia (CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA, 2018b, p. 365-366).

A posição da Corte em *Prosecute or Extradite* no sentido de considerar desnecessária a demonstração de um interesse especial da Bélgica para estabelecer sua legitimidade também pode ser compreendida dentro dessa lógica. Os pedidos da Bélgica não incluíam formas de reparação, mas apenas a cessação da violação e o cumprimento da respectiva obrigação (id., 2010, p. 83), o que poderia ser requerido por qualquer Estado-parte em decorrência do caráter *erga omnes partes* das obrigações envolvidas, não sendo necessário se tratar de um Estado lesado, direta ou indiretamente.

Ao examinar a legitimidade belga, a CIJ (2012, p. 450), inclusive, indicou que as obrigações *erga omnes partes* implicam “o direito de cada Estado-parte da Convenção de formular pedido a respeito da cessação de um suposto descumprimento por outro Estado-parte”⁸⁶, sem mencionar a possibilidade de Estados agindo sob esse fundamento pleitearem reparação. Similarmente, na decisão sobre medidas provisórias em *Gâmbia v. Myanmar*, a CIJ (2020, p. 13) indicou que qualquer Estado-parte da Convenção contra o Genocídio poderia invocar responsabilidade com o objetivo tão-somente de averiguar o alegado descumprimento de obrigações *erga omnes partes* e pôr um fim a esse descumprimento.

A abordagem da Corte sobre tais questões apresenta, assim, fortes indicativos de que os impactos da violação de uma obrigação *erga omnes partes* sobre um Estado são relevantes para se avaliar o tipo de pronunciamento, que pode ser requerido do órgão judicial, em

⁸⁵ Embora se possa considerar situação análoga na disputa entre a Croácia e a Sérvia concernente a supostas violações da Convenção contra o Genocídio, na qual a Croácia também classificou sua posição como a de um Estado lesado e requereu compensação pelas violações sérvias, a Corte não chegou a examinar quaisquer questões de reparação, tendo concluído pela ausência de responsabilidade da Sérvia no caso (CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA, 2015).

⁸⁶ Do original: “The common interest in compliance with the relevant obligations under the Convention against Torture implies the entitlement of each State party to the Convention to make a claim concerning the cessation of an alleged breach by another State party.”

especial a respeito das reparações, mas não para o estabelecimento da legitimidade processual. Logo, embora a posição da Ucrânia no caso se amolde melhor à hipótese do art. 42, (b), dos ARSIWA, uma vez que o Estado foi especialmente afetado pelas violações alegadas, sua legitimidade processual poderia ser sustentada com base tão-somente no caráter *erga omnes partes* das disposições da CEDR quanto à eliminação da discriminação racial. O reconhecimento da prerrogativa da Ucrânia, de reclamar reparação pelas violações nesse contexto, não significa necessariamente classificá-la como Estado lesado, nos termos adotados pela CDI.

3 A APLICABILIDADE DA REGRA DO ESGOTAMENTO DOS RECURSOS INTERNOS A RECLAMAÇÕES ENVOLVENDO O INTERESSE COMUM

3.1 A JURISPRUDÊNCIA DA CIJ SOBRE A RELAÇÃO ENTRE O ESGOTAMENTO DOS RECURSOS INTERNOS E A LEGITIMIDADE FUNDADA EM OBRIGAÇÕES *ERGA OMNES PARTES*

A noção de que, antes de acionar a justiça internacional para apresentar suas reivindicações, devem-se esgotar os recursos internos cabíveis no âmbito do Estado que teria cometido as violações se desenvolveu em conjunto com as normas relativas à proteção de pessoas, físicas e jurídicas, no direito internacional.⁸⁷ No plano das controvérsias interestatais, o esgotamento dos recursos internos é mais frequentemente associado ao exercício da proteção diplomática, sendo um dos requisitos para que o Estado reclame prejuízos sofridos por uma pessoa, em conjunto com a comprovação do vínculo de nacionalidade desta com o Estado protetor (COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL, 2006, art. 2, 3, 14; CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA, 2007b, p. 601).

No julgamento do caso *Interhandel*, entre Suíça e Estados Unidos, a CIJ (1959, p. 27) classificou o esgotamento dos recursos internos como uma norma costumeira de direito internacional, observada quando um Estado “[adota] a causa de seus nacionais cujos direitos foram alegadamente desconsiderados em outro Estado em violação do direito

⁸⁷ Para um histórico detalhado do desenvolvimento da regra do esgotamento dos recursos internos no direito internacional, ver: TRINDADE, 1976; AMERASINGHE, 2004.

internacional”.⁸⁸ O objetivo dessa exigência, segundo a Corte, seria permitir que o Estado cujo ato se questiona tenha a oportunidade de remediar a situação por conta própria, antes que ela se transforme em uma disputa internacional. Com base nessas considerações, a CIJ concluiu que, embora a Suíça alegasse que o caso se referia ao descumprimento de um tratado pelos Estados Unidos, de forma que o ente lesado pela violação seria o próprio Estado, o pleito suíço havia sido formulado visando à proteção da empresa Interhandel e à obtenção de reparação pelos prejuízos sofridos por esta. Assim, a Suíça havia “adotado a causa de seu nacional”, o que exigiria o esgotamento dos recursos internos, ainda que em última análise se discutisse a violação de um tratado.

Esse entendimento foi reafirmado no caso *Elettronica Sicula*, no qual a CIJ (1989, p. 42-43) destacou que, embora se discutisse a violação de um tratado, o descumprimento alegado pelo requerente – Estados Unidos – não havia lhe acarretado lesão direta que fosse distinta da lesão sofrida pelas empresas estadunidenses sob discussão. Dessa forma, tratava-se de caso de proteção diplomática, aplicando-se a regra dos recursos internos.

Percebe-se que o raciocínio da CIJ foi desenvolvido a partir da concepção clássica de Estado lesado, nos termos já discutidos do art. 42, (a), dos ARSIWA. Quando o Estado é lesado, pode apresentar suas reclamações de maneira direta, sem a satisfação de requisitos de admissibilidade adicionais. Lado outro, quando a obrigação é devida uma pessoa, que é, em última análise, o ente lesado pela violação, o esgotamento dos recursos internos seria necessário.

Embora muito se cite a observação da CPJI (1924, p. 12) no caso *Mavrommatis Palestine Concessions* no sentido de que, ao proteger seus nacionais, o Estado estaria em realidade afirmando seu próprio direito de assegurar o respeito às normas internacionais, tal afirmação se baseia em uma ficção jurídica (HIGGINS, 1995, p. 52-53; PELLET, 2007, p. 1362-1363 e 1379; VERMEER-KÜNZLI, 2007, p. 32-34 e 51-66). A lesão ao Estado, nesses casos, opera de maneira indireta, por meio da lesão ao indivíduo, sendo esta o verdadeiro objeto da reparação.⁸⁹ Tal posição é refletida no artigo 1º dos *Draft Articles on Diplomatic*

⁸⁸ Do original: “the rule has been generally observed in cases in which a State has adopted the cause of its national whose rights are claimed to have been disregarded in another State in violation of international law.”

⁸⁹ Como explica Cançado Trindade, “muito embora ‘internacionalizado’ pelo patrocínio da reclamação, o caso subsistia originalmente como uma controvérsia entre um estrangeiro lesado e o Estado de residência” (TRINDADE, 1997, p. 25).

Por outro lado, Giorgio Gaja (2014, p. 490-493), embora reconheça que a proteção diplomática remete à proteção do direito individual violado, sustenta que o Estado de nacionalidade também pode ser diretamente

Protection da CDI (p. 26-27), ao esclarecer que a proteção diplomática visa a estabelecer responsabilidade por uma lesão causada a uma *pessoa* física ou jurídica, destacando, ainda, em seu comentário que “[o]bviamente é uma ficção – e um exagero – dizer que uma lesão a um nacional é uma lesão ao Estado em si”⁹⁰.

Essa diferenciação quanto ao ente lesado, à primeira vista simples, começa a gerar dificuldades quando se admite que um Estado seja legitimado processualmente com base no interesse comum que permeia a obrigação reclamada, seja a partir do art. 42, (b), ou do art. 48 dos ARSIWA. Quando se está diante de um tratado que visa à proteção de direitos humanos, como a CEDR, as obrigações dos Estados quanto ao respeito de tais direitos são, a um só tempo, *erga omnes partes* e devidas a indivíduos, que serão os entes lesados em caso de descumprimento. Nesses casos, pode-se questionar se o esgotamento dos recursos internos seria uma condição necessária para estabelecer a legitimidade do Estado reclamante.

Os ARSIWA parecem fornecer uma resposta positiva. Seu art. 44 estabelece que a responsabilidade de um Estado não pode ser invocada se a reclamação não observar a regra da “nacionalidade das reclamações” (*nationality of claims*), referente ao vínculo de nacionalidade entre a pessoa que se busca proteger e o Estado, e se a reclamação é uma a qual à regra do esgotamento dos recursos internos se aplica e algum recurso interno disponível e efetivo não foi esgotado. Embora a formulação pareça se referir essencialmente a casos de proteção diplomática e os comentários da CDI ao artigo corroborem essa interpretação, o seu art. 48, §3º, posteriormente, dispõe que tais requisitos também se aplicam em relação a Estados legitimados para invocar a responsabilidade de outro com base em obrigações *erga omnes (partes)*.

lesado pela violação dos direitos de seus nacionais, principalmente por meio de um dano moral, e que o Estado estaria legitimado a reclamar tal dano em nome próprio.

Não obstante, tal posição pareceria esvaziar o instituto da proteção diplomática, uma vez que os Estados poderiam sempre apresentar a demanda em nome próprio e obter praticamente os mesmos efeitos de um julgamento que levasse em consideração a lesão ao indivíduo, determinando a cessação do ato ilícito e a reparação. Além disso, ao avaliar as alegações dos requerentes nos casos *Interhandel* e *Elettronica Sicula*, a CIJ parece ter descartado a possibilidade de que eventual prejuízo sofrido pelo Estado por meio da violação dos direitos de seus nacionais fosse suficiente para que este acionasse a Corte em nome próprio, independentemente da proteção diplomática.

Sustenta-se então que o Estado não sofre lesão direta pela violação de direitos individuais, embora possa vir a ser legitimado para invocar responsabilidade por tal violação, mesmo sem lesão, quando se está diante de obrigações *erga omnes* ou *erga omnes partes*.

⁹⁰ Do original: “Obviously it is a fiction – and an exaggeration – to say that an injury to a national is an injury to the State itself.”

Enquanto a ideia de se exigir a satisfação do vínculo de nacionalidade parece ser contrária à essência do caráter *erga omnes* (*partes*) das obrigações (MILANO, 2004, p. 108), que é justamente de permitir que qualquer Estado (ou qualquer Estado-parte) possua interesse jurídico nelas e possa reclamar seu cumprimento, a exigência do esgotamento dos recursos internos é dotada de certa lógica. Ainda que a controvérsia envolva uma violação de direitos humanos, seria interessante que o Estado violador tivesse a oportunidade de remediar a situação por meio de suas próprias instâncias internas. Essa é, inclusive, uma das razões pelas quais a regra do esgotamento dos recursos internos também foi estabelecida em relação a mecanismos regionais de direitos humanos, que somente podem ser acessados por indivíduos após comprovarem que buscaram solucionar o caso nas vias internas cabíveis, ou que estas não existem ou não são efetivas. Nesse sentido, Giorgio Gaja (2018, p. 311; 2013, p. 97), embora defenda que a regra da nacionalidade não se aplica para que um Estado invoque responsabilidade por descumprimentos de obrigações de direitos humanos *erga omnes* (*partes*), assevera que o prévio esgotamento dos recursos internos ainda seria necessário (2013, p. 163).⁹¹

Poder-se-ia questionar se, ao se exigir o esgotamento dos recursos internos para reclamações ligadas a direitos humanos, não seria estabelecido um requisito de admissibilidade adicional que não existe em relação a outras obrigações do mesmo caráter. Outro problema que tal exigência pode gerar seria que exigir prova do esgotamento dos recursos internos ou da inefetividade dos mesmos pode ser impraticável em casos de violações massivas de direitos humanos, nos quais as vítimas não são sequer individualizadas.

Argumento adicional em favor da não aplicabilidade da regra dos recursos internos, quando um Estado age com fulcro em obrigações *erga omnes partes*, é a natureza do interesse que se busca proteger. Ainda que, em última análise, a violação de uma norma de direitos humanos envolva uma lesão ao indivíduo, o Estado que invoca a responsabilidade de outro pela via *erga omnes partes* não age para reparar o prejuízo individual sofrido, mas sim para proteger o interesse comum aos Estados-partes do tratado em questão.

Uma vez que o Estado requerente não estaria agindo em nome daquele indivíduo lesado, mas sim como um guardião dos interesses dos Estados-partes (MILANO, op. cit., p. 115-116, 118; VERMEER-KÜNZLI, 2007, p. 128), aguardar que todas as pessoas afetadas

⁹¹ Para outros autores que defendem a aplicabilidade da regra do esgotamento dos recursos internos em relação a reclamações baseadas em obrigações de direitos humanos *erga omnes* (*partes*), ver: SCOBBIÉ, 2013, p. 1215-1217; TALMON, 2012, p. 993.

pela violação esgotassem os recursos internos, enquanto o interesse jurídico dos Estados-partes já está engajado, poderia ser impraticável. Tal exigência somente seria cabível quando a reclamação tem por objeto reparar o dano individual sofrido, o que é buscado por meio da proteção diplomática.

Vale mencionar que a recente decisão da CIJ sobre as medidas provisórias pleiteadas em *Gâmbia v. Myanmar*, embora possa ser interpretada como indício da inaplicabilidade da regra dos recursos internos em causas fundadas em obrigações *erga omnes partes*, não permite aferir uma posição definitiva da Corte sobre o tema. A decisão não representa análise exaustiva da questão da legitimidade processual, mas apenas uma análise *prima facie*, para fins da indicação das medidas provisórias (CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA, 2020, p. 13).

Além disso, Myanmar não invocou, nessa fase processual, o não esgotamento dos recursos internos como óbice à legitimidade da Gâmbia, de modo que tal questão sequer foi examinada pela Corte, que, de toda forma, não tem a prática de rejeitar a admissibilidade de um pedido antes de analisar as exceções preliminares suscitadas em etapa processual própria. Dessa forma, apenas em fase processual posterior será possível ter maior clareza quanto à posição da CIJ no caso.

3.2 INTERPRETANDO O SILÊNCIO DA CIJ EM *UCRÂNIA V. RÚSSIA*

Apesar de ter evitado estabelecer posição expressa sobre o esgotamento dos recursos internos e a legitimidade processual fundada em obrigações *erga omnes partes*, o pronunciamento da CIJ em *Ucrânia v. Rússia* pode ser interpretado como oferecendo algum suporte à inaplicabilidade da referida regra. Ao avaliar a necessidade de prévio esgotamento para a admissibilidade das reclamações da Ucrânia sob a CEDR, a CIJ (2019, p. 46) concluiu que essa norma não seria aplicável uma vez que “a Ucrânia não adota a causa de um ou mais de seus nacionais, mas contesta, com base na CEDR, o alegado padrão de conduta da Federação Russa com relação ao tratamento de comunidades tártaras e ucranianas na Crimeia”.

Ainda que a legitimidade processual da Ucrânia seja mais bem enquadrada na hipótese do art. 42, (b), dos ARSIWA, devido à extensão dos pedidos de reparação, a Corte não chegou a classificar a Ucrânia como um Estado lesado e não fez referência a essa suposta

lesão. Tal situação é diferente do que ocorreu em casos em que a regra dos recursos internos foi considerada inaplicável, haja vista o Estado estar vindicando seus próprios direitos nos termos da concepção tradicional de lesão do art. 42, (a) (CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA, 2002, p. 17). A denominação de um Estado que age nos termos do art. 42, (b), como lesado é, afinal, uma opção terminológica da CDI, o que não quer dizer que esse dispositivo deva ser considerado como uma outra hipótese de lesão direta ao Estado.

As considerações da Corte sobre a regra dos recursos internos parecem estar, assim, mais vinculadas à ideia de que o requerente não busca proteger pessoas individualmente consideradas do que à de que o Estado seria o titular do direito reclamado. Idêntico raciocínio poderia ter sido aplicado caso a Corte tivesse concluído que a legitimidade ucraniana se fundava no caráter *erga omnes partes* das obrigações sob discussão, uma vez que a Ucrânia ainda assim não estaria adotando a causa de seus nacionais. Embora a Corte não o tenha dito expressamente, a abordagem adotada para descartar a regra dos recursos internos oferece algum suporte à ideia de que esta não é aplicável quando o cerne da reclamação é o descumprimento de uma obrigação que reflete o interesse comum dos Estados envolvidos, contrariamente ao indicado no art. 48, §3º, dos ARSIWA.

A aceitação dessa interpretação – a qual, ressalva-se, não foi expressamente indicada pela Corte – suscita, no entanto, novas dúvidas. A não aplicabilidade da regra dos recursos internos dependeria de um “padrão de conduta”, isto é, de atos reiterados do Estado no sentido de violar a obrigação de direitos humanos *erga omnes partes*? Como identificar esse padrão? A mera existência de uma lei de aplicação geral contrária a tais obrigações seria suficiente? E se a violação da obrigação *erga omnes partes* houver afetado materialmente um único indivíduo, poderia o Estado caracterizar sua pretensão como a defesa do interesse comum e prescindir das regras de nacionalidade e esgotamento dos recursos internos? Em caso negativo, qual seria a base jurídica para impor diferentes condições de admissibilidade em relação ao mesmo tipo de obrigação? Em caso positivo, que papel restaria então à proteção diplomática?

Percebe-se que os contornos da legitimidade baseada em obrigações de interesse comum que envolvem direitos humanos estão longe de serem definidos, embora o julgamento em *Ucrânia v. Rússia* possa indicar uma tendência a não exigir condições adicionais de legitimidade, quando a reclamação visa essencialmente à cessação de uma conduta que viola tais obrigações. Nesse contexto, as observações do professor Enrico Milano

(2004, p. 118-119) ganham ainda mais pertinência: quanto mais o Estado requerente se distanciar de casos específicos de violações individuais de direitos humanos, mais claro será o interesse coletivo em prol do qual ele busca agir e mais provável será a admissão de sua legitimidade processual pela Corte.

4 CONCLUSÃO

Se, por um lado, o julgamento das exceções preliminares em *Ucrânia v. Rússia* estabelece limites ao escopo da regra do esgotamento dos recursos internos – e, conseqüentemente, da proteção diplomática –, deixando claro que esta se relaciona a situações em que o Estado age em nome de nacionais específicos, as implicações da decisão para Estados que fundam sua legitimidade processual em interesses jurídicos comuns não são tão claras. Uma vez que a CIJ evitou classificar de forma expressa o fundamento da legitimidade da Ucrânia, deixou-se de esclarecer de forma definitiva se a rejeição da regra dos recursos internos levou em consideração, sobretudo, a ideia de Estado lesado no art. 42, (b), dos ARSIWA ou se o simples fato de se buscar a defesa de um interesse comum seria suficiente para a inaplicabilidade da norma.

Apesar dessas incertezas, a forma como foi construído o raciocínio da Corte, quanto à não aplicação da regra do esgotamento dos recursos internos, relaciona-se à ausência de pedidos visando à reparação por prejuízos sofridos por indivíduos específicos e poderia, assim, também ser transposta para casos em que o objeto da reclamação é um interesse coletivo, e não individual. O fato de que a Corte deixou de classificar a posição da Ucrânia como um Estado propriamente lesado, cumulado com o anterior reconhecimento de obrigações *erga omnes partes* como base autônoma de legitimidade processual, também são indicativos de que as conclusões da Corte se fundaram essencialmente na ideia de que o esgotamento dos recursos internos somente teria lugar em casos de proteção diplomática. Tal interpretação põe em dúvida se o art. 48, §3º dos ARSIWA reflete de forma plena o atual estado do direito internacional costumeiro.

A linha entre a proteção diplomática e a defesa de interesses vinculados a obrigações *erga omnes partes* é, contudo, tênue. Quanto mais os descumprimentos alegados forem dirigidos a pessoas específicas, ainda que se relacionem a obrigações de tal caráter, mais difícil seria enquadrá-los como um “padrão de conduta” reclamado. Assim, os

questionamentos quanto a até que ponto a regra do esgotamento dos recursos internos pode ser considerada alheia à admissibilidade da reclamação baseada em obrigações *erga omnes partes* permanecem.

Tais questões dificilmente serão esclarecidas no julgamento da disputa entre o Catar e os Emirados Árabes Unidos, que envolve alegações muito semelhantes de violações em massa da CEDR contra cataris nos EAU, sendo esperado que a Corte repita a fórmula adotada em *Ucrânia v. Rússia* caso exceções preliminares sobre a legitimidade processual venham de fato a ser apresentadas. Não obstante, é possível que o debate seja aprofundado ao longo do processos entre Gâmbia e Myanmar, no qual já há indícios de que a questão da legitimidade processual provavelmente será debatida mais a fundo, podendo Myanmar questionar a ausência de esgotamento dos recursos internos pelos grupos Rohingya vítimas das violações alegadas pela Gâmbia.

REFERÊNCIAS

AMERASINGHE, Chittharanjan Felix. *Local Remedies in International Law*. 2. ed. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2004.

COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL. Articles on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts with commentaries. *Yearbook of the International Law Commission*, [s.l.], v. 2, n. 2, 2001.

_____. Draft Articles on Diplomatic Protection with commentaries. *Yearbook of the International Law Commission*, [s.l.], v. 2, n. 2, 2006.

_____. *Third report on State responsibility, by Mr. James Crawford, Special Rapporteur. A/CN.4/507 e Add. 1-4*. 2000.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*. Haia : [s.n.], 26 de fevereiro de 2007a.

_____. *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*. Memorial of the Government of the Republic of Bosnia and Herzegovina. Haia: [s.n.], 15 de abril de 1994.

_____. *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (The Gambia v. Myanmar)*. Request for the Indication of Provisional Measures. Haia: [s.n.], 23 de janeiro de 2020.

_____. *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia)*. Haia: [s.n.], 3 de fevereiro de 2015.

_____. *Application of the International Convention for the Suppression of the Financing of Terrorism and of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Ukraine v. Russian Federation)*. Preliminary Objections. Haia: [s.n.], 08 de novembro de 2019.

_____. *Application of the International Convention for the Suppression of the Financing of Terrorism and of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Ukraine v. Russian Federation)*. Memorial submitted by Ukraine. Haia: [s.n.], 12 de junho de 2018b.

_____. *Application of the International Convention for the Suppression of the Financing of Terrorism and of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Ukraine v. Russian Federation)*. Preliminary Objections submitted by the Russian Federation. Haia: [s.n.], 12 de setembro de 2018a.

_____. *Case concerning Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo)*. Haia: [s.n.], 24 de maio de 2007b.

_____. *Case concerning Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal)*. Haia: [s.n.], 20 de julho de 2012.

_____. *Case concerning Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal)*. Memorial of the Kingdom of Belgium. Haia: [s.n.], 1º de julho de 2010.

_____. *Case concerning the Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)*. Haia: [s.n.], 14 de fevereiro de 2002.

_____. *Case concerning the Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Spain v. Belgium)*. Haia: [s.n.], 05 de fevereiro de 1970.

_____. *Elektronika Sicula S.p.A. (ELSI) (United States of America v. Italy)*. Haia: [s.n.], 20 de julho de 1989.

_____. *Interhandel Case (Switzerland v. United States of America)*. Haia: [s.n.], 21 de março de 1959.

_____. *South West Africa Cases (Ethiopia v. South Africa) (Liberia v. South Africa)*. Haia: [s.n.], 18 de julho de 1966.

CORTE PERMANENTE DE JUSTIÇA INTERNACIONAL. *Case of the S.S. "Wimbledon" (United Kingdom, France, Italy, and Japan v. Germany)*. Haia: [s.n.], 17 de agosto de 1923.

_____. *The Mavrommatis Palestine Concessions (Greece v. United Kingdom)*. Haia: [s.n.], 30 de agosto de 1924.

GAJA, Giorgio. Barcelona Traction, Light and Power Company (Belgium v Spain) (1970). In: BJORGE, Eirki; MILES, Cameron (Orgs.). *Landmark Cases in Public International Law*. Portland: Hart Publishing, 2018. p. 307-324.

GAJA, Giorgio. Quel préjudice pour un État qui exerce la protection diplomatique? In: ALLAND, Denis et al. (Orgs.). *Unité et diversité du droit international: écrits en l'honneur du professeur Pierre-Marie Dupuy*. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2014. p. 487-493.

GAJA, Giorgio. The Protection of General Interests of the International Community. *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, [s.l.], v. 364, p. 13-185, 2013.

HIGGINS, Rosalyn. *Problems and Process: International Law and How We Use It*. Oxford: Oxford University Press, 1995.

MBAYE, Kéba. L'intérêt pour agir devant la Cour internationale de justice. *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, [s.l.], v. 209, p. 223-344, 1988.

MILANO, Enrico. Diplomatic Protection and Human Rights before the International Court of Justice: Re-Fashioning Tradition? *Netherlands Yearbook of International Law*, [s.l.], v. 35, p. 85-142, 2004.

PELLET, Allain. La seconde mort d'Euripide Mavrommatis? Notes sur le projet de la CDI sur la protection diplomatique. In: SALMON, Jean. *Droit du pouvoir, pouvoir du droit*. Mélanges offerts à Jean Salmon. Bruxelles: Bruylant, 2007.

QUINTANA, Juan José. *Litigation at the International Court of Justice: practice and procedure*. Leiden: Koninklijke Brill, 2015.

SCOBIE, Ian. The Invocation of Responsibility for the Breach of 'Obligations under Peremptory Norms of General International Law'. *European Journal of International Law*, [s.l.], v. 13, p. 1201-1220, 2013.

TALMON, Stefan. Jus Cogens after Germany v. Italy: Substantive and Procedural Rules Distinguished. *Leiden Journal of International Law*, [s.l.], v. 25, p. 979-1002, 2012.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *O Esgotamento de Recursos Internos no Direito Internacional*. 2. ed. Brasília: Editora UnB, 1997.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Origin and Historical Development of the Rule of Exhaustion of Local Remedies in International Law. *Revue Belge de Droit International*, [s.l.], v. 12, n. 2. p. 499-527, 1976.

VERMEER-KÜNZLI, Anna Maria Helena. *The Protection of Individuals by means of Diplomatic Protection: Diplomatic Protection as a Human Rights Instrument*. 2007. Tese (Doutorado em Direito) – Leiden University Law School, Leiden.

O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E A PROTEÇÃO DO IDOSO NO QUE TOCA A DISCRIMINAÇÃO ETÁRIA NO TRABALHO

THE DEMOCRATIC STATE OF THE RIGHT AND A PROTECTION OF THE ELDERLY WHICH TACKS AGE DISCRIMINATION AT WORK

Marja Mariane Feuser,⁹²

Rodrigo Goldschmidt.⁹³

Resumo: Diante do envelhecimento da população brasileira, o artigo visa realizar uma breve análise acerca das normas brasileiras atinentes à proteção de direitos fundamentais do idoso, especialmente no que toca à proibição de discriminação por idade no trabalho. Dessa forma, apresenta o conceito atual de idoso, bem como as normas de proteção etária na legislação constitucional e infraconstitucional, que objetivam protegê-lo do preconceito inerente ao trabalho, enfatizando o princípio da dignidade da pessoa humana, princípio da igualdade e da não discriminação. Nesse caminho, reforça a importância de garantir ao trabalhador com mais idade o acesso e a manutenção sem barreiras ao mercado de trabalho formal, com respeito a direitos básicos, oportunizando, assim, uma maior conscientização no que toca a necessidade de ações em parceria com o poder público e a iniciativa privada, evitando a ocorrência de práticas discriminatórias nos contratos empregatícios. Para tanto, o presente artigo utiliza o método indutivo, com técnica de pesquisa bibliográfica.

Palavras-chave: Estado Democrático de Direito. Discriminação etária. Mercado de trabalho. Dignidade da pessoa humana.

⁹² Mestranda em Direito do Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD) da Universidade do Extremo Sul Catarinense (UNESC). Especialista. Professora do Curso de Direito e do Curso de Ciência Contábeis da Universidade do Extremo Sul Catarinense – UNESC.

⁹³ Pós-Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (CAPES 6). Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina - 2008 (CAPES 6). Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina - 2001 (CAPES 6). Especialista em Direito Civil pela Universidade de Passo Fundo - 1998. Graduado em Direito pela Universidade de Passo Fundo - 1993. Professor da graduação e do Programa de Pós Graduação em Direito da Universidade do Extremo Sul Catarinense - UNESC. Pesquisador permanente do PPGD/UNESC. Coordenador da linha de pesquisa Direito, Sociedade e Estado do PPGD/UNESC. Líder do grupo de pesquisa Direitos humanos e fundamentais do trabalho e políticas públicas. Membro pesquisador do NUPED/UNESC. Autor de diversos livros e artigos científicos. Avaliador de diversos periódicos científicos na área do Direito. Juiz do Trabalho Titular do TRT da 12a Região/SC. Vice-Diretor da Escola Judicial do Tribunal Regional do Trabalho da 12a Região (2015). Membro do Conselho Nacional das Escolas de Magistratura do Trabalho - CONEMATRA (2014-2015). Editor da Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 12a Região (2015 a 2017). Juiz Gestor Auxiliar do Programa Trabalho Seguro da 3a Circunscrição Judiciária do TRT da 12a Região/SC. Membro do Conselho Editorial e da Comissão Editorial da Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 12a Região. Professor da Escola Superior da Magistratura do Trabalho de Santa Catarina - Amatra XII.

Abstract: In view of the aging of the Brazilian population, this article aims to provide a brief analysis of Brazilian norms concerning the protection of fundamental rights of the elderly, especially regarding the prohibition of age discrimination in the labor market. Thus, the article presents the current concept of the elderly, as well as the norms of age protection in constitutional and infraconstitutional legislation, which aim to protect the elderly citizen from the inherent prejudice of work, emphasizing the principle of the dignity of the human person, the principle of equality and non-discrimination. In this way, it reinforces the importance of guaranteeing the older worker access and maintenance without barriers to the formal labor market, with respect to basic rights, thus providing a greater awareness of the need for actions in partnership with the public power and private initiative, avoiding the occurrence of discriminatory practices in employment contracts. For this, the present article uses the inductive method, with a bibliographic search technique.

Keywords: Democratic state. Age discrimination. Job market. Right to equality

1 INTRODUÇÃO

A presença de atos de discriminação por idade nas relações de trabalho retrata uma situação corriqueira e, muitas vezes, de difícil comprovação, gerando estudos e discussões no cenário global e brasileiro. Tal realidade, aliada ao aumento da população idosa no Brasil, bem como somada à flexibilização e à precarização dos direitos trabalhistas, que vem sendo acompanhada diariamente com insegurança e expectativa no âmbito nacional, exige dos grupos mais fragilizados e do Estado a implementação de atos que proporcionem respeito e oportunidades de manutenção e inclusão, nomeadamente dos idosos, nas relações de trabalho formal, garantindo, dessa forma, uma condição de existência digna ao trabalhador.

No contexto neoliberal atual, instável em decorrência das inúmeras crises financeiras que afetam o Brasil e o mundo, marcado pela extrema competitividade e pela busca constante do lucro, determinados grupos, como os trabalhadores idosos, são alvos fáceis de atos discriminatórios e preconceituosos, em especial nas relações trabalhistas. Porém, as dificuldades de ingresso, manutenção ou reingresso no cenário trabalhista formal, com relação a esses colaboradores, são temas de grande relevância, já que tais trabalhadores estão expostos ao preconceito e à discriminação no acesso ao trabalho digno, precisando lutar para que os direitos fundamentais já preconizados, e teoricamente garantidos no Estado Democrático de Direito, sejam devidamente respeitados.

Dessa forma, considerando a problemática da discriminação aqui apresentada, o presente artigo visa abordar o conceito de trabalhador idoso, enfatizando o problema e apontando, brevemente, os dispositivos já consolidados no Estado Democrático de Direito e

previstos na Constituição Federal brasileira, que visam proibir ações que envolvam a discriminação etária e destacando, em especial, o princípio da dignidade da pessoa humana, o princípio da igualdade e da antidiscriminação, garantidos não somente aos idosos, mas aplicados aos cidadãos em geral, de forma expressa.

Com isso, pretende-se que, pela aplicação dessa normativa, o trabalhador idoso possa ser respeitado enquanto sujeito de direitos dentro de um ambiente de trabalho digno. Para a construção do presente artigo, foram utilizados o método indutivo e a técnica de pesquisa bibliográfica.

2 TUTELA CONSTITUCIONAL E INFRACONSTITUCIONAL DO IDOSO NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

2.1 CONCEITO DE IDOSO

Segundo a área da gerontologia, para definir cientificamente o que diferencia um idoso de um jovem, seria necessário estudar o envelhecimento em vários aspectos multidisciplinares, dentre os quais o aspecto psicológico, biológico, social e cultural (O QUE..., 2019?). Com relação à população idosa, é possível encontrar uma infinidade de termos que definem essa etapa da vida, dentre os quais pode-se citar a terceira idade, melhor idade, adulto maduro, maturidade, idade maior, velho e idade madura (NERI; FREIRE, 2000).

Segundo o Relatório Mundial de Envelhecimento e Saúde, emitido pela Organização Mundial de Saúde no ano de 2015, a definição de envelhecimento pode envolver a análise de inúmeras situações complexas, que precisam ser consideradas:

As mudanças que constituem e influenciam o envelhecimento são complexas (44). No nível biológico, o envelhecimento é associado ao acúmulo de uma grande variedade de danos moleculares e celulares. Com o tempo, esse dano leva a uma perda gradual nas reservas fisiológicas, um aumento do risco de contrair diversas doenças e um declínio geral na capacidade intrínseca do indivíduo. Em última instância, resulta no falecimento. Porém, essas mudanças não são lineares ou consistentes e são apenas vagamente associadas à idade de uma pessoa em anos. Além disso, a idade avançada frequentemente envolve mudanças significativas além das perdas biológicas. Essas mudanças incluem mudanças nos papéis e posições sociais, bem como na necessidade de lidar com perdas de relações próximas. (OMS, 2015, p. 12)

Porém, adotando o critério cronológico, a Organização Mundial de Saúde entende como idoso a pessoa com 60 anos ou mais. Seguindo o mesmo critério, conforme é possível extrair da legislação brasileira, a Lei 10.741 de 2003, que instituiu o Estatuto do Idoso, define como idosa aquela pessoa que possui 60 anos ou mais (BRASIL, 2003).

Contraditoriamente, no que se refere à idade, para definição de idoso, a Constituição Federal, estabelece em seu artigo 230⁹⁴, a obrigação da sociedade e do Estado de amparo às pessoas idosas, garantindo, no que toca ao transporte coletivo, a gratuidade para os maiores de 65 anos. Situação essa, reforçada na lei que promulgou o Estatuto do Idoso, no ano de 2003, no capítulo destinado à Assistência Social⁹⁵ (id., 1988, 2003).

A complexidade, no que toca à definição de pessoa idosa, mesmo em se tratado de uma idade fixa, perpassa outros artigos do referido Estatuto do Idoso, tendo em vista, por exemplo, a possibilidade de cada município brasileiro legislar, de acordo com seus interesses, sobre a questão da gratuidade no transporte coletivo (id., 2003).

Todavia, as dificuldades em responder claramente quem pode ser considerado um idoso estaria ligada a percepções preconceituosas e ultrapassadas, já que dados recentes apresentados pela Organização Mundial de Saúde e órgãos ligados ao governo, como o IBGE, demonstram claramente um aumento na qualidade e na expectativa de vida da população, o que faz com que o critério cronológico esteja ultrapassada. Nesse sentido, vale citar:

O envelhecimento é um processo complexo e multifatorial. A variabilidade de cada pessoa (genética e ambiental) acaba impedindo o estabelecimento de parâmetros. Por isso, o uso somente do tempo (idade cronológica) como medida esconde um amplo conjunto de variáveis. A idade em si não determina o envelhecimento, ela é apenas um dos elementos presentes no processo de desenvolvimento, servindo como uma referência da passagem do tempo. (SCHNEIDER; IRIGARAY, 2008, n. p.)

⁹⁴ Art. 230. A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida. § 1º Os programas de amparo aos idosos serão executados preferencialmente em seus lares. § 2º Aos maiores de sessenta e cinco anos é garantida a gratuidade dos transportes coletivos urbanos. (BRASIL, 1988)

⁹⁵ Art. 39. Aos maiores de 65 (sessenta e cinco) anos fica assegurada a gratuidade dos transportes coletivos públicos urbanos e semiurbanos, exceto nos serviços seletivos e especiais, quando prestados paralelamente aos serviços regulares... § 3º No caso das pessoas compreendidas na faixa etária entre 60 (sessenta) e 65 (sessenta e cinco) anos, ficará a critério da legislação local dispor sobre as condições para exercício da gratuidade nos meios de transporte previstos no caput deste artigo.

Assim, diante do aumento da população idosa⁹⁶, bem como diante do aumento da expectativa de vida da população, os desafios para as barreiras discriminatórias e preconceituosas dos trabalhadores acima dos sessenta anos são inúmeras, já que muitas vezes estes são obrigados a adiar a aposentadoria, ou a retornar ao mercado de trabalho após sua aquisição, para a manutenção de uma qualidade de vida digna, sendo necessário o enfrentamento da questão.

2.2 DA VULNERABILIDADE DOS IDOSOS NO MERCADO DE TRABALHO

Um dos grandes desafios do direito do trabalho, na atualidade, diante do envelhecimento da população mundial, diz respeito ao acesso e permanência do trabalhador idoso no mercado formal de trabalho. Nessa esteira, vale destacar:

Quando chega um determinado momento, o indivíduo vai perdendo seus papéis sociais e o trabalho não o aceita mais. Se nessa esfera não é aceito, ele também começa a perder o seu papel no âmbito familiar. O indivíduo começa a ser considerado inútil, um incômodo. Então, ele vai ser descartado em algum lugar. Na verdade, existe uma série de coisas que podem servir como tentativa de justificativa. Mas o que acontece é um individualismo exacerbado, prejudicando quem não representa mais o paradigma de indivíduo proposto pela sociedade. (RAMOS; STELMAK, 2009, p. 65)

Ao analisar o desenvolvimento da economia ao longo da história, o estudioso Leo Huberman entendia que o dinheiro somente acaba se tornando um capital com a aquisição de mercadorias ou de trabalho, visando única e exclusivamente o lucro futuro, sendo que o capital do empreendedor aumenta “na medida em que ele compra a força de trabalho”. (HUBERMAN, 1986, p. 169) Igualmente, no que toca à exploração do trabalho pelo sistema capitalista, Karl Marx, no ano de 1848, denunciava a exploração dos empregados pela burguesia da época, afirmando que os operários eram estrangidos a “vender-se diariamente” como mercadoria, artigos de comércio como qualquer outro” (MARX, 1982, p. 18). Já na visão de Zygmunt Bauman, vive-se atualmente numa sociedade de consumo, onde os trabalhadores são tratados como meras mercadorias (BAUMAN, 2008, p. 23).

Isso assentado, quando se trata de envelhecimento no Brasil, no atual cenário

⁹⁶ A Organização Mundial de Saúde (OMS) estima que no ano de 2025 o Brasil será o sexto país mais envelhecido do mundo, com mais de trinta e quatro milhões de idosos, e que até o ano de 2050 cerca de um quinto da população mundial será composta de anciãos, aumentando-se a proporção para um terço nos países desenvolvidos.

econômico liberal, considerando os recentes dados do IBGE que retratam o aumento da perspectiva de vida do brasileiro, o valor da aposentadoria alcançada por muitos trabalhadores já não é suficiente para garantir condições de uma vida digna, obrigando empregados aposentados a retornarem aos postos de trabalho para alcançar o sustento da família, com condições que permitam o acesso à saúde de boa qualidade, lazer e sustento mínimo. Nesse contexto neoliberal econômico, que revela a presença de grave crise social, com a concentração de riquezas na mão de poucos e o aumento das desigualdades sociais, a tarefa do idoso, assim considerado para a legislação brasileira aquele com idade superior a 60 anos, de permanecer no mercado de trabalho ou de se ver reinserido formalmente nele, não representa uma tarefa fácil.

A problematização existe, pois os trabalhadores com mais idade, a partir dos 50 anos, acabam sujeitos a estereótipos discriminatórios e preconceituosos, ligados ao conceito do envelhecimento, por serem consideradas, por grande parte dos empregadores, como “velhos” e descartáveis para o sistema atual, já que acabam sendo visualizados como pessoas de pouca agilidade para lidar com as novas tecnologias, estando muito mais suscetíveis a doenças, já que não apresentariam o mesmo vigor físico de um trabalhador mais jovem (LUSTOZA, 2006, p. 38).

Acerca do tema, vale citar o entendimento da Professora Guita Grin Debret:

A velhice começou a ser tratada como uma etapa da vida caracterizada pela decadência física e ausência de papéis sociais a partir da segunda metade do século XIX. O avanço da idade dar-se-ia como um processo contínuo de perdas e de dependência, que daria uma identidade de falta de condições aos idosos e seria responsável por um conjunto de imagens negativas associadas à velhice. (DEBERT, 1999, p. 59)

Infelizmente, no atual contexto, quando o empregador objetiva a contratação de novos trabalhadores, prioriza o acesso de um trabalhador mais jovem, considerado mais produtivo para o sistema.

Segundo Maria Lúcia Cardoso de Magalhães, quando as empresas realizam a reestruturação de pessoal, os primeiros empregados a sofrerem com a demissão são os idosos, que acabam se submetendo a planos de demissões voluntárias (MAGALHÃES, 2008). Isso porque, a velhice ainda estaria fortemente ligada à ideia de morte, doença e dependência. (NERI; FREIRE, 2000, p. 8).

Em decorrência do forte individualismo vivenciado pela sociedade global contemporânea, considerando que a velhice vem sendo associada a perda de papéis pelo ser humano, importante destacar os seguintes apontamentos sobre o tema:

Quando chega um determinado momento, o indivíduo vai perdendo seus papéis sociais e o trabalho não o aceita mais. Se nessa esfera não é aceito, ele também começa a perder o seu papel no âmbito familiar. O indivíduo começa a ser considerado inútil, um incômodo. Então, ele vai ser descartado em algum lugar. Na verdade, existe uma série de coisas que podem servir como tentativa de justificativa. Mas o que acontece é um individualismo exacerbado, prejudicando quem não representa mais o paradigma de indivíduo proposto pela sociedade. (SOUZA, 2010)

Christopher Dejours afirma que “estaríamos hoje vivendo uma guerra econômica, em busca da sobrevivência da nação e garantia da liberdade”, onde é possível justificar a exclusão no trabalho, daqueles que “não estão aptos ao combate”, entre os quais os trabalhadores idosos. Fato esse que acaba por gerar um contingente de pessoas desempregadas, que encontram na informalidade a saída para permanecer em atividade (DEJOURS, 2000, p. 66).

A propósito, reforçando a tese de desigualdades enfrentadas pelos trabalhadores com mais idade, Dejours trata do tema afirmando que as empresas costumam afastar ou demitir os mais “antigos”, sendo considerados uma ameaça à gestão organizacional, em decorrência serem críticos demais, denominando esses atos como “apagamento dos vestígios” (ibid., p. 66-67).

Nesse contexto, o mercado globalizado neoliberal busca profissionais qualificados, adaptados à velocidade da evolução tecnológica, fato que dificulta o acesso e a manutenção do idoso no trabalho formal. Porém, ao analisar a legislação constitucional, resta evidenciada a presença de dispositivos claros que visam a proteção da dignidade do trabalhador com mais idade, aliados à proibição da discriminação etária no trabalho, os quais serão analisados no próximo tópico.

3 TUTELA CONSTITUCIONAL DO IDOSO E A PROTEÇÃO CONTRA ATOS DE DISCRIMINAÇÃO ETÁRIA NO TRABALHO

Analisando o preâmbulo da Constituição Federal de 1988, é possível vislumbrar a instituição do Estado Democrático de Direito, com objetivo de assegurar o exercício dos direitos sociais e o desenvolvimento de uma sociedade sem preconceitos. (BRASIL, 1988, p.

1)⁹⁷. Como fundamentos do Estado Democrático de Direito, encontram-se, no artigo 1º, incisos III e IV, a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (ibid.).

Para o tema, ora em debate, que envolve a vulnerabilidade de certos trabalhadores, é preciso ressaltar o caráter social do direito do trabalho, que objetiva garantir uma vida com um condições mínimas e dignas de sobrevivência” (MARTINS, 2007, p. 14). Isso porque, o trabalho, além de ser indissociável do homem, não pode ser considerado mera mercadoria:

Como se discorreu anteriormente, Kant diz que as coisas possuem um preço ou uma dignidade. As primeiras podem ser substituídas ou vendidas; as segundas, não. Logo, o homem possui dignidade, já que, por ser único e dotado de racionalidade, não pode ser substituído ou vendido. (GOLDSCHMIDT, 2009, p. 64)

Reforçando a teoria apresentada, o artigo 170 da Carta Magna estabeleceu “(e comprometeu-se juridicamente) que a ordem econômica não pode coisificar o homem, ou seja, torná-lo um mero fator da produção” (ibid., p. 75), uma vez que “a ordem econômica está fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa e tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça” (BRASIL, op. cit.). Com relação ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, é importante ressaltar que o mesmo possui a função defensiva e prestacional, evitando, assim, ofensas à dignidade da pessoa humana, o que justifica dessa forma, a atuação do Estado e da sociedade na sua proteção (SARLET, 2012, p. 54).

Além do princípio da dignidade da pessoa humana, com relação à proibição da discriminação por idade, vale destacar o artigo 3º, inciso IV. da Constituição Federal, por dispor como preceito fundamental da República Federativa do Brasil a promoção de todos sem preconceitos e discriminações (BRASIL, 1988). Fundamento esse reforçado no artigo seguinte da Carta Magna vedando condutas preconceituosas, racistas ou discriminatórias, sob pena de responsabilidade civil e penal, conforme orienta a legislação vigente (MORAES,

⁹⁷ Adotada pela Resolução n.º 2.106-A da Assembleia das Nações Unidas, em 21 de dezembro de 1965. Aprovada pelo Decreto Legislativo n.º 23, de 21.6.1967. Ratificada pelo Brasil em 27 de março de 1968. Entrou em vigor no Brasil em 4.1.1969. Promulgada pelo Decreto n.º 65.810, de 8.12.1969. Publicada no D.O. de 10.12.1969 §1. Para fins da presente Convenção, a expressão "discriminação racial" significará toda distinção, exclusão, restrição ou preferência baseada em raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica que tenha por objeto ou resultado anular ou restringir o reconhecimento, gozo ou exercício em um mesmo plano (em igualdade de condição) de direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural ou em qualquer outro campo da vida pública.

2008). A propósito, quando se fala em igualdade, é preciso ressaltar o artigo 5º da Constituição Federal, que estabelece a igualdade de todas as pessoas perante a lei (BRASIL, op. cit.), deixa evidente a proibição de tratamento discriminatório em decorrência da faixa etária, inclusive nas relações de trabalho.

O princípio da isonomia pode ser facilmente verificado no Estado moderno, nomeadamente após com a promulgação da Declaração Universal dos Direitos do Homem, no ano de 1948. Nessa esteira, acerca do princípio da igualdade no moderno direito capitalista, o professor Antonio Carlos Wolkmer disserta:

[...] Naturalmente, o moderno Direito Capitalista, enquanto produção normativa de uma estrutura política unitária, tende a ocultar o comprometimento e os interesses econômicos da burguesia enriquecida, através de suas características de generalização, abstração e impessoalidade. Sua estrutura formalista e suas técnicas dissimulam as contradições sociais e as condições materiais concretas. Em consonância com tais premissas, Dela Torre Rangel adverte que esse direito moderno, “pretendendo ser um direito igual e supondo igualdade dos homens sem ter em conta os condicionamentos sociais concretos, produz uma lei geral, abstrata e impessoal”. Ao estabelecer uma norma igual e um igual tratamento para uns e outros, o Direito Positivo Capitalista, em nome da igualdade abstrata de todos os homens, consagra na realidade das desigualdades concretas”. (WOLKMER, 2015, p. 49)

Na sequência, somado ao princípio fundamental da igualdade previsto na Constituição Federal, visando o combate à discriminação etária e reconhecendo a vulnerabilidade de certos trabalhadores, dentre os quais podem ser destacados os idosos, é necessário analisar a existência do princípio da não discriminação, estampado, em especial, no artigo 7º, inciso XXX.

No mesmo trilhar, atrelado à proibição de discriminação por idade, Sergio Pinho Martins afirma:

A redação final do inciso XXX do art. 7º da Lei Maior veda diferença de salários no exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil. Essa Constituição não repete, porém, a Constituição de 1946, que mencionava não poder haver discriminação quanto a nacionalidade. Entretanto, esse princípio se acha implícito no artigo 50, caput, da Lei Maior de 1988, quando expressa que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, havendo igualdade entre brasileiros e estrangeiros, salvo as restrições feitas na própria norma constitucional. Volta o constituinte em 1988 a prever que não poderá haver critério de discriminação quanto à idade, o que se verificava nas Constituições de 1934 e 1946. Inova no aspecto de que não poderá haver discriminação quanto ao exercício de funções o que nunca tinha sido anteriormente previsto. (MARTINS, 2014, p. 478)

Com efeito, quando se fala em atos discriminatórios e sua vedação no trabalho, importante mencionar a conceituação prevista no artigo 1º da Convenção 111 da Organização Internacional do Trabalho:

1. Para fins da presente convenção, o termo "discriminação" compreende:
 - a) Toda distinção, exclusão ou preferência fundada na raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social, que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou de tratamento em matéria de emprego ou profissão;
 - b) Qualquer outra distinção, exclusão ou preferência que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou tratamento em matéria de emprego ou profissão, que poderá ser especificada pelo Membro Interessado depois de consultadas as organizações representativas de empregadores e trabalhadores, quando estas existam, e outros organismos adequados.
2. As distinções, exclusões ou preferências fundadas em qualificações exigidas para um determinado emprego não são consideradas como discriminação.
3. Para os fins da presente convenção as palavras "emprego" e "profissão" incluem o acesso à formação profissional, ao emprego e às diferentes profissões, bem como as condições de emprego. (OIT, 1958, p. 2)

Com relação ao idoso, vale ainda mencionar que a Constituição Federal, no artigo 230, estabelece como obrigação da família, da sociedade e do Estado o amparo e proteção dos idosos, com a defesa da dignidade e bem estar, garantindo o direito à vida (BRASIL, 1988).

Com relação a obrigação do Estado, vale citar:

Mais do que reconhecimento formal e obrigação do Estado para com os cidadãos da terceira idade, que contribuíram para seu crescimento e desenvolvimento, o absoluto respeito aos direitos humanos fundamentais dos idosos, tanto em seu aspecto individual como comunitário, espiritual e social, relaciona-se diretamente com a previsão constitucional de consagração da dignidade da pessoa humana. O reconhecimento àqueles que construíram com amor, trabalho e esperança a história de nosso país tem efeito multiplicador de cidadania, ensinando às novas gerações a importância de respeito permanente aos direitos fundamentais, desde o nascimento até a terceira idade. (MORAES, 2007, p. 805)

De igual maneira, pensando na problemática da discriminação por idade no campo do direito do trabalho, dentre os quais os jovens e idosos, a Consolidação das Leis Trabalhistas preconizou, em seu artigo 461, a proibição de tratamento diferenciado de salário em decorrência da idade do contratado. Por essas razões, visando dar efetividade à proteção do idoso na regulamentação de direitos, foi editado, no ano de 2003, o Estatuto do idoso,

que preconiza o respeito a princípios constitucionais, como o direito à vida digna, à liberdade, saúde, com a proibição de qualquer tipo de negligência ou discriminação⁹⁸ (BRASIL, 2003).

Porém, com relação ao trabalho das pessoas acima dos 60 anos, o referido Estatuto avançou, uma vez que destinou o capítulo VI à profissionalização e ao trabalho do idoso, deixando claro a proibição de discriminação dos empregados com mais idade nas relações trabalhistas, transferindo ao Poder Público a criação de programas que permitam o acesso e a manutenção do trabalho digno aos idosos⁹⁹(BRASIL, 2003). Contudo, mesmo havendo normas fundamentais que obstam a discriminação por idade no campo do direito do trabalho, os trabalhadores com mais idade sofrem com atos preconceituosos, tanto para manutenção como para o retorno ao mercado de trabalho.

Em recente decisão, exarada pela 3ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho do Paraná, a conduta discriminatória de idosos foi enfrentada. No referido caso, foi determinada a reintegração de uma consultora de telecomunicação que comprovou ter aderido ao Programa de Demissão Voluntária por mera coação para evitar a demissão involuntária, demonstrando claramente a pressão sofrida por aposentados, e prestes a se aposentar, para aderência dos referidos Planos:

PROGRAMA DE DEMISSÃO VOLUNTÁRIA. ADESÃO FORÇADA. SERCOMTEL. A eleição de determinadas categorias como alvo do PDV, como os aposentados, por si só, não se mostra discriminatória, diante da natureza voluntária do programa. Contudo, mesmo que se reconheça o direito de o empregador dispensar seus empregados sem justa causa, não pode haver pressão exacerbada e ameaças de dispensa, para coagir os empregados à adesão ao programa, sob pena de nulidade do ato, bem como de caracterização de conduta discriminatória. Na hipótese, as ameaças se concretizaram, evidenciando a coação exercida sobre os empregados alvos do PDV, que incluía a categoria dos aposentados (ou aqueles que já podiam se aposentar), bem como a natureza discriminatória do ato. Recurso Ordinário da

⁹⁸ Lei 10.741/2003. Art. 1º É instituído o Estatuto do Idoso, destinado a regular os direitos assegurados às pessoas com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos. Art. 2º O idoso goza de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhe, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, para preservação de sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade. Art. 4º Nenhum idoso será objeto de qualquer tipo de negligência, discriminação, violência, crueldade ou opressão, e todo atentado aos seus direitos, por ação ou omissão, será punido na forma da lei.

⁹⁹ Art. 26. O idoso tem direito ao exercício de atividade profissional, respeitadas suas condições físicas, intelectuais e psíquicas. Art. 27. Na admissão do idoso em qualquer trabalho ou emprego, é vedada a discriminação e a fixação de limite máximo de idade, inclusive para concursos, ressalvados os casos em que a natureza do cargo o exigir. Parágrafo único. O primeiro critério de desempate em concurso público será a idade, dando-se preferência ao de idade mais elevada. Art. 28. O Poder Público criará e estimulará programas de: I – profissionalização especializada para os idosos, aproveitando seus potenciais e habilidades para atividades regulares e remuneradas; II – preparação dos trabalhadores para a aposentadoria, com antecedência mínima de 1 (um) ano, por meio de estímulo a novos projetos sociais, conforme seus interesses, e de esclarecimento sobre os direitos sociais e de cidadania; III – estímulo às empresas privadas para admissão de idosos ao trabalho.

autora a que se dá provimento. ...No caso a conduta adotada se mostrou ilícita e discriminatória, pois não a conduta adotada se mostrou ilícita e discriminatória, pois não houve a voluntariedade que deve ser marcante no programa de desligamento "voluntário". Entretanto, mesmo que se reconheça o direito de o empregador dispensar seus empregados sem justa causa (respeitadas as limitações a este direito), no presente caso a conduta adotada se mostrou ilícita e discriminatória, pois não houve a voluntariedade que deve ser marcante no programa de desligamento "voluntário". Os depoimentos e os demais elementos dos autos demonstram que houve pressão sobre o público alvo do PDV, basicamente os aposentados, no sentido de que seriam dispensados caso não aderissem ao programa Neste sentido, até mesmo as testemunhas da ré afirmaram que havia boatos neste sentido e que havia a necessidade de adesão ao PDV. Além disso, foi esclarecida a existência de reuniões nas quais era abertamente informado que os que não aderissem ao plano seriam dispensados, com a informação sendo repassada de forma pessoal a alguns outros empregados. **Trabalhadora que aderiu a PDV sob coação deverá ser reintegrada.**¹⁰⁰

No mesmo trilhar, segue decisão acerca de dispensa discriminatória do Tribunal Superior do Trabalho:

RECURSO DE REVISTA. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. REINTEGRAÇÃO. A discussão no presente feito, não trata da aplicação ou não do entendimento contido na OJ 247, I, do TST, porquanto o Tribunal Regional manteve a condenação da reclamada à reintegração no emprego, em face da constatação, com base nas provas produzidas nos autos, do caráter discriminatório da segunda dispensa do reclamante. Para afastar a conclusão da Corte local acerca da dispensa discriminatória do autor, seria necessário o reexame do conjunto fático-probatório dos autos, procedimento vedado a esta Corte, nos termos da Súmula 126 do TST. Recurso de revista não conhecido.(TST-RR: 454001320085210013, Relator: Delaíde Miranda Arantes, Data de Julgamento: 03/04/2019, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT 05/04/2019)

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA – REVISTA INTERPOSTA SOB A ÉGIDE DA LEI Nº 13.015/2014 – DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. REINTEGRAÇÃO AO EMPREGO. SÚMULAS 221, 296, I, E 297, DO TST. ART. 896, A E C, DA CLT. Nega-se provimento ao agravo de instrumento que não logra desconstituir os fundamentos da decisão que denegou seguimento ao recurso de revista. Agravo de instrumento a que se nega provimento. (TST – AIRR: 1571122015520030, Relator: Márcio Eurico Vitral Amaro, Data de Julgamento: 04/04/2018, 8ª Turma, Data de Publicação: DEJT 06/04/2018)Tal realidade exige do Estado, da sociedade e do Poder Público, a proposição de ações de conscientização e programas destinados a diminuição dessas desigualdades sociais promovidas pelo sistema econômico capitalista neoliberal da atualidade, no intuito de alcançar o respeito aos princípios básicos de proteção constitucional mencionados e direcionados ao trabalhador idoso, nos quais importante reforçar o princípio da dignidade da pessoa humana, o princípio da igualdade e da proibição da discriminação, todos já ratificados pela legislação internacional e infraconstitucional.

¹⁰⁰ Disponível em: <https://www.trt9.jus.br/portal/noticias.xhtml>. Acesso em: 05 mai. 2019.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do envelhecimento da população brasileira e considerando a vulnerabilidade dos trabalhadores idosos, que possuem dificuldades de manutenção ou admissão no trabalho formal, é necessário colocar em voga essa questão. O debate acerca desse tema é fundamental, em virtude da presença de garantias consagradas no Estado Democrático de Direito que estabelecem claramente a necessidade de obediência aos princípios constitucionais basilares, como o princípio da dignidade da pessoa humana, o princípio da igualdade e da proibição da discriminação, difundidos na Constituição Federal, artigo 1º, 3º, III, 4º, VIII e 5º e 7º, incisos XXX.

Na seara trabalhista, a falta de observância das garantias fundamentais, em respeito aos princípios da igualdade e da não discriminação, conforme brevemente apresentado no presente artigo, estão relacionados também à vulnerabilidade dos trabalhadores idosos. Como dito, as referidas dificuldades dos trabalhadores com mais idade no mercado de trabalho formal, ainda que diante de uma legislação de proteção, é presente e habitual, em virtude de estereótipos existentes em torno da velhice, enxergando na faixa etária acima dos 60 anos uma massa de trabalhadores em decadência, sem capacidade e vigor e que podem ser facilmente substituídos por trabalhadores mais jovens, com salários menores.

Assim, nesse cenário global e neoliberal, em que o individualismo e o lucro imperam em detrimento do homem, com a concentração de riquezas na mão de poucos e o aumento das desigualdades sociais, é necessária atuação imediata do Estado e da sociedade civil, com a conscientização da população frente à questão, implementando-se incentivos públicos e privados que almejem uma efetiva inclusão desses trabalhadores idosos no mercado de trabalho formal, respeitando, dessa forma, a dignidade do trabalhador, estampada como preceito fundamental.

Por essas razões, o enfrentamento e a análise das questões envolvendo a discriminação por idade no Brasil e no mundo são primordiais para garantir o real respeito aos direitos básicos dos trabalhadores, amplamente previstos no direito nacional e internacional.

REFERÊNCIAS

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil*. 11. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. *Decreto-Lei Nº 5.452, de 1º de maio de 1943*. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Brasília, DF: Presidência da República, [2018]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm. Acesso em: 05 jan. 2018.

_____. *Lei 10.741, de 1º de outubro de 2003*. Dispõe sobre o Estatuto do Idoso. Brasília, DF: Presidência da República, [2018]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2003/L10.741.htm. Acesso em: 05 jan. 2018.

_____. Tribunal Superior do Trabalho (2ª Turma). *RR: 454001320085210013*. Relator: Delaíde Miranda Arantes, 03 de abril 2019.

_____. Tribunal Superior do Trabalho (8ª Turma). *AIRR: 1571122015520030*. Relator: Márcio Eurico Vitral Amaro, 04 de abril de 2018.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região (3ª Turma). *RO 1186201501809000*. Relatora: Thereza Cristina Gosdal, 15 de fevereiro de 2017.

BAUMAN, Zygmunt. *A Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadorias*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008.

CENTRO DE INFORMAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS DO RIO DE JANEIRO (UNIC-RIO). *Declaração Universal dos Direitos do Homem*. UNIC/RIO/005, janeiro de 2009. (DPI/876). Disponível em: <http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>. Acesso em: 08 ago. 2017.

DEBERT, Guita Grin. *A reinvenção da velhice: socialização e processos de reprivatização do envelhecimento*. São Paulo: Universidade de São Paulo/Fapesp, 1999.

DEJOURS, C. A. *Banalização da injustiça social*. Rio de Janeiro: FGV, 2000.

GOLDSCHMIDT, Rodrigo. *Flexibilização dos direitos trabalhistas*. São Paulo: LTr, 2009.

HUBERMAN, Leo. *História da riqueza do homem*. Tradução de Waltensir Dutra. 21. ed. rev. Rio de Janeiro: LTC, 1986

MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. *O Manifesto Comunista*. 4. ed. São Paulo: Ched Editorial, 1982.

LUSTOZA, Daniela. *Mercado de trabalho e discriminação etária: a vulnerabilidade dos trabalhadores “envelhescentes”*. São Paulo: LTr, 2006.

MARTINS, S. P. *Direito do trabalho*. São Paulo: Atlas, 2014.

MAGALHÃES, Maria Lúcia Cardoso de. A discriminação do trabalhador idoso: responsabilidade social das empresas e do Estado. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região*, Belo Horizonte, v. 48, n. 78, p. 31-43, jul./dez. 2008.

MORAES, A. *Direito constitucional*. 23. ed. atual. até a EC n.56/07. São Paulo: Atlas, 2008.

NASCIMENTO, A. M. *Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho, relações individuais e coletivas do trabalho*. 24. ed. rev. atual. e ampl São Paulo: Saraiva, 2009.

NERI, A. L., & FREIRE, S. A. (Orgs.). *E por falar em boa velhice*. Campinas: Papyrus, 2000.

O QUE é Geriatria e Gerontologia? *Sociedade Brasileira de Geriatria e Gerontologia (SBGG)*, [s.l.], [2019?]. Disponível em: <https://sbgg.org.br/espaco-cuidador/o-que-e-geriatria-e-gerontologia/>. Acesso em: 28 jul. 2020.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). *Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 10 de dezembro de 1948*. Disponível em: <http://www.pcp.pt/actpol/temas/dhumanos/declaracao.html>. Acesso em: 08 ago. 2017.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT). *Convenção nº 111 - Discriminação em Matéria de Emprego e Ocupação*. Convenções ratificadas pelo Brasil. Disponível em: <http://www.ilo.org/brasil/convencoes/lang--pt/index.htm>. Acesso em: 06 ago. 2017.

RAMOS, Donato; STELMAK, Madalena. *Terei Saudade Da Vida?* Florianópolis: Somar, 2011.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens*. Brasília, DF: Editora Universidade de Brasília; São Paulo: Ática, 1989.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional* [livro eletrônico]. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 3. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SCHNEIDER, R.H. & IRIGARAY, T.Q. *O envelhecimento na atualidade: aspectos cronológicos, biológicos, psicológicos e sociais*. Estudos de Psicologia. [S.l.]: [s.n.], 2008. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/estpsi/v25n4/a13v25n4.pdf>. Acesso em: 15 jan. 2019.

SOUSA, Ana Maria Viola de. *Tutela jurídica do idoso: a assistência e a convivência familiar*. São Paulo: Alínea, 2004.

VIEIRA, Reginaldo de Souza. *A cidadania na República Participativa: pressupostos para a articulação de um novo paradigma jurídico e político para os conselhos de saúde*. 540 f. 2013. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2013.

WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura do direito*. 4. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015.

O FENÔMENO MIGRATÓRIO NO CENÁRIO DO ESTADO TRANSBORDADO: OS
CASOS DAS OPINIÕES CONSULTIVAS (OC – 18/03 E OC – 21/14) DA CIDH E DA
SAÚDE GLOBAL

*THE MIGRATORY PHENOMENON IN THE SCENARIO OF TRANSSHIPPED STATE: THE
CASES OF THE ADVISORY OPINIONS (OC - 18/03 AND OC - 21/14) AND THE GLOBAL
HEALTH*

Fernando Hoffmam;¹

Raquel Frescura Ceolin;²

Fernanda Siqueira Lemes.³

Resumo: O objetivo geral do presente artigo é discorrer sobre o fenômeno migratório no cenário da pluralidade normativa, bem como sobre a internacionalização do direito na contemporaneidade, partindo para a análise das opiniões consultivas da Corte Interamericana de Direitos Humanos quanto aos fluxos migratórios, e após, à questão da saúde global. Diante deste cenário, este trabalho tem como questionamento: qual a importância do fenômeno da pluralidade normativa e da internacionalização do direito, com base nas opiniões consultivas da Corte Interamericana de Direitos Humanos, no âmbito da migração e da saúde global? A metodologia baseou-se em uma pesquisa bibliográfica que focalizou em conceitos sobre a temática, bem como de abordagem hipotético-dedutiva, pois parte-se da análise da internacionalização do direito na contemporaneidade, e em um ambiente de pluralidade normativa, para o caso da Corte Interamericana de Direitos Humanos, os fluxos migratórios e a saúde global, verificando-se no diálogo e pluralidade normativa, na multiplicidade de organizações e na internacionalização do direito, uma possibilidade de garantia e concretização dos direitos humanos nos casos abordados – pelo direito humano de migrar.

Palavras-chave: Corte Interamericana. Internacionalização do Direito. Migração. Saúde Global.

¹ Doutor e Mestre em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS); Bolsista PROEX/CAPES no Mestrado e Doutorado; Membro do Grupo de Pesquisa Estado e Constituição e da Rede Interinstitucional de Pesquisa Estado e Constituição, vinculados ao CNPQ; Professor Adjunto I do Departamento de Direito da Universidade Federal de Santa Maria (UFSM/RS); Líder do Grupo de Pesquisa Núcleo de Estudos do Comum (NEC) registrado junto à UFSM/RS e ao CNPQ; Especialista em Direito: Temas Emergentes em Novas Tecnologias da Informação e Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Franciscano (UNIFRA).

² Mestranda em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria (UFSM/RS), Bacharel em Direito e Especialista em Direito Civil e Processo Civil pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI/Câmpus Santiago); Advogada.

³ Especialista em Direito Civil e Processo Civil e Bacharel em Direito pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI/Câmpus Santiago); Advogada.

Abstract: The general objective of this article is to discuss the migratory phenomenon in the scenario of normative plurality, as well as on the internationalization of the right in the contemporaneity, starting for the analysis of the advisory opinions of the Inter-American Court of Human Rights on migratory flows, and then on the issue of global health. Faced with this scenario this work has as question: What is the importance of the phenomenon of normative plurality and the internationalization of law, based on the decisions of the Inter-American Court of Human Rights, in the scope of migration and global health? The methodology was based on a bibliographical research that focused on concepts on the subject, as well as in hypothetical-deductive approach, because starts from the analysis of the internationalization of the right in the contemporaneity, and in an environment of normative plurality, in the case of the Inter-American Court of Human Rights, this migratory flows and global health, in the dialogue and plurality normative, in the multiplicity of organizations and in the internationalization of law, one possibility of guaranteeing and concretizing human rights in the cases approaches - by human right to migrate.

Keywords: Inter-American Court; Internationalization of the Right; Migration; Global Health.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo trata de analisar a questão da internacionalização do direito na contemporaneidade e da pluralidade normativa, sendo que, no mundo contemporâneo, percebem-se novas necessidades no que tange à proteção de direitos, devido às novas questões que surgem com o avanço da sociedade e a globalização. Dessa forma, demonstra-se claro que, num contexto de acontecimentos constantes e contínuos – contemporâneos e globais –, retira-se do Estado a sua condição moderna, surgindo a necessidade de novas normatividades e fazendo dialogar, assim, diversas fontes normativas, conectando-se e complementando-se, ou seja, trata-se de uma normatividade comum e mundial que se construa através do diálogo com os Estados e para além deles.

Ora, num ambiente de pluralidade normativa e internacionalização do direito, devido ao constante fluxo de pessoas que se deslocam mundialmente, é importante destacar a relevância das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos, no que tange à migração, bem como à necessidade de uma maior preocupação com a saúde global – para todos, em todos os lugares.

O problema que orienta a pesquisa trata da importância do fenômeno da pluralidade normativa e da internacionalização do direito, com base nas decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos no âmbito da migração e da saúde global, de modo que se compreenda

a relação entre saúde global, imigração e direitos humanos, e o dever de garantia de direitos ligados à saúde global aos imigrantes, em um cenário que esses não sejam considerados como um problema à saúde global.

Para tanto, a metodologia utilizada baseou-se em pesquisa bibliográfica, focando em conceitos sobre a temática, a partir de uma abordagem hipotético-dedutiva, sendo que parte-se da análise da internacionalização do direito na contemporaneidade em um ambiente de pluralidade normativa, para o caso da Corte Interamericana de Direitos Humanos, os fluxos migratórios e a saúde global.

Nesse sentido, o artigo se divide em dois itens temáticos. No primeiro, intitulado “O cenário contemporâneo de internacionalização do direito e pluralidade normativa”, será abordada a questão da internacionalização do direito e do ambiente de pluralidade normativa, seus conceitos e aplicabilidade. No segundo, denominado “Os casos das opiniões consultivas (OC – 18/03 e OC – 21/14) da CIDH e da saúde global”, dissertar-se-á acerca das opiniões consultivas da Corte Interamericana de Direitos Humanos quanto à migração e, especificamente, à questão da saúde global.

2 O CENÁRIO CONTEMPORÂNEO DE INTERNACIONALIZAÇÃO DO DIREITO E PLURALIDADE NORMATIVA

O direito na contemporaneidade se vê colocado frente a uma série de processos de extrema complexidade que, ao mesmo tempo em que o alça a lugar de destaque, também o desloca rumo a uma sensação, muitas vezes, de angústia e impotência em meio as novas estruturas vividas pela sociedade e pelo Estado. Os desarranjos provocados pelos movimentos de internacionalização (do direito), globalização (do mercado) e mundialização (das práticas sociais) desassossegam os sistemas jurídicos numa zona de desafios a serem superados, considerando as novas dinâmicas de uma sociedade que, ao mesmo tempo em que é local, é também global.

A partir de novos parâmetros de organização social, gestados nesse caldo de mudanças provocado por acontecimentos que marcam a rearticulação do mundo em novas estruturas, a sociedade como concebida modernamente, presa aos delineamentos territoriais de determinado Estado-Nação, encontra-se borrada por uma intensificação dos contatos e inter-relações humanas. Porquanto, o direito nesse caminho, sem dúvida passa por variados processos, os quais nos ocupamos de apenas um nesse texto: o processo de

internacionalização do direito. Esse tem um escopo propriamente jurídico de construção de novas fontes – de direito –, de novas práticas jurídicas e de novos mecanismos judiciais de tratamento do jurídico-social. Mas também tem um viés sociológico que proporciona novas organizações sociais, uma nova concepção de cidadania, de sociedade civil, de Estado, de política, etc.

Nesse ponto, o que se deve ter presente é que, no que tange à internacionalização do direito, não se está a falar de um processo de padronização e homogeneização – autoritária – de práticas jurídicas, mas sim, de um caminho de interligação e comunicação entre sistemas e fontes de direito. Pretende-se, com esses diálogos, o condicionamento de uma ordem jurídica comum, ordenada por princípios de humanidade e pela busca por práticas de proteção e concretização dos direitos humanos em toda a sua extensão e amplitude (DELMAS-MARTY, 2004).

A multiplicidade de fontes jurídicas, de *locus* de poder institucionais ou não, públicos ou não, o ruir de marcos normativos, – os já existentes – ou a ausência de marcos no que tange a novas questões, exige sim, um Estado orientado pela multiplicidade e pela pluralidade. Pela multiplicidade de locais de fala, tanto normativa quanto para-normativa, e a pluralidade de atores e de projetos de vida assentados em direitos/desejos humano-existenciais (ibid.). Sem dúvida, essa abertura ao diálogo deve, ainda, vir marcada pela participação do Estado – mesmo que rearticulado –, como participante importante numa arena de luta pelos direitos humano-fundamentais, que ainda contemporaneamente ligam-se às zonas jurídicas estatais, mesmo que atravessadas por outras fontes jurídicas para além do Estado – e do(s) direito(s) (PÉREZ-LUÑO, 2004).

Nos dizeres de Chevalier (2009), o Estado se modifica “pós modernizando-se”, mas, embora aberto a novos fluxos, novas normatividades e novos atores no que toca à produção e aplicação do Direito, mantém-se como um forte componente dessa realidade múltipla de formas jurídicas que se comunicam dialogando ou sobrepondo-se. A contemporaneidade está marcada pela dissipação das fontes jurídicas e dos *locus* de produção da juridicidade, vislumbrando-se no mais das vezes um cenário de sobreposição de determinados atores sobre outros.

Veja-se que a produção de normas invariavelmente se desloca dos Estados e das instituições estatais, que classicamente detinham o monopólio sobre a produção normativa para a seara das organizações internacionais – e, aqui, sejam organizações interestatais ou

não governamentais – num amplo espectro de formação de sentidos que confrontam econômico, social e jurídico, buscando um equilíbrio entre esses vetores, mas não raro, acabando por relativizar uma dessas “zonas de importância” (MARTIN-CHENUT; SALDANHA, 2016).

Nota-se uma clara relativização de postulados-chave para a produção jurídico-normativa na modernidade. As modificações que perturbam a modalidade estatal moderna, desmantelam três “princípios” orientadores da produção normativa dessa época. O Estado não tem mais a suprema autoridade na produção legislativa, ou seja, não é o poder estatal que determina a validade ou não de determinada norma; bem como, o Estado deixou de deter o monopólio sobre a criação normativa, dividindo espaço com agências supraestatais, internacionais, de fomento econômico, entre tantas outras, e, em decorrência disso, perdeu sua autossuficiência na determinação do que se pode ter por normas (jurídicas) ou não, não é mais exclusivamente o poder estatal que determina o que é jurídico (PÉREZ-LUÑO, 2011).

A partir de Martin-Chenut e Saldanha (op. cit.) é o que se nota claramente no caso do uso, produção e extração do amianto e dos já comprovados efeitos nefastos que o mesmo causa. No que tange a essa questão, normas nacionais produzidas ou não pelo Estado, como a Lei 9.055/95 e o sumário mineral de 2014 do Departamento Nacional de Produção Mineral do Ministério de Minas e Energia (DNPM) – no que se refere ao Brasil –, bem como, resoluções da Organização Internacional do Trabalho (OIT), como a resolução de 14 de junho de 2006, elaborada durante a 95ª sessão da OIT, e normativas da Organização Mundial da Saúde (OMS) “convivem” e comunicam-se construindo um emaranhado normativo que claramente está além do plano interno/estatal⁴.

Nesse viés, há um movimento de internacionalização do direito a partir dessa efervescência de ordens normativas múltiplas que passam a se entrelaçar num emaranhado normativo, que extrapola os limites delimitados pelo Estado e pela Constituição em seu âmbito interno. Esse processo de internacionalização movimenta a normatividade estatal para além dela mesma, combinando-a com essas diversas novas fontes que, podem tanto estar inseridas no contexto estatal, quanto transbordadas para fora do Estado, seja em âmbito regional, global, local, etc. (BOLZAN DE MORAIS; SALDANHA; VIEIRA, 2013).

⁴ Opta-se por não citar diretamente tais normativas e resoluções diretamente, porque o presente artigo não se debruça sobre o conteúdo dessas decisões, mas, simplesmente as coloca como um exemplo de fontes do direito, ou, de normatividade que se colocam no horizonte de produção e aplicação normativa antes dominado pelo Estado.

Nesse ritmo de complementação recíproca entre espaços jurídicos estatais e não-estatais, o caminho é de entrecruzamento, é de mão dupla, tanto da juridicidade estatal, internacionalizando-se e sofrendo os influxos de juridicidades supraestatais/transnacionais, quanto em relação às diversas ordens jurídico-normativas internacionais e regionais, que são chamadas ao ambiente jurídico antes habitado apenas por ordens constitucionais diversas e incomunicáveis (SALDANHA, 2012). Isto, quer dizer que a construção de uma ambientalidade comum-mundial (cosmopolita), no que tange a essas múltiplas ordens normativas que se proliferam na contemporaneidade, surge para além, mas com as constitucionalidades-estatais. O novo arranjo comum-mundial é condição de possibilidade para o agir democrático-plural do cidadão nessa nova esfera mundial/universal de construção da normatividade (BOLZAN DEMORAIS; SALDANHA; VIEIRA, 2013).

Nos dizeres de (PÉSREZ-LUÑO, 2011), esse novo arranjo da(s) normatividade(s) se dá como o que se pode chamar de transbordamento das fontes: fenômeno que ocorre num ambiente de interlegalidade, que articula e entrecruza sistemas jurídicos diversos e níveis sistemáticos, tanto de produção, quanto de prática do direito, também diversos. Essa diversidade e multiplicidade de *locus* de produção e aplicação do direito deriva do deslocamento do sistema jurídico-normativo unitário-hierárquico da modernidade para o pluralismo de fontes normativas contemporâneo.

Constitui-se um modelo normativo calcado na transfronteirização, deslocalização e desterritorialização jurídica (e humana). Essa perspectiva transfronteiriça faz com o que as normatividades se entrelacem para além das fronteiras da estatalidade e de suas instituições. Com a deslocalização, corrobora-se um fenômeno global/mundial de produção jurídico-normativa que não é mais inserido na “localidade”; enquanto se desterritorializa a produção normativa no sentido de que os problemas gerados não são mais restritos ao território de determinado Estado, como também, as normas produzidas e a jurisdição a aplicá-las não pode mais estar restrita aos limites da estatalidade (SALDANHA; MELLO; LIMBERGER, 2016).

Nesse caminhar, mesmo mantendo-se na condição de importante ator nesse novo palco, o Estado-legislador passa por perturbações, enquanto produtor e aplicador da normatividade jurídica – produzida estatalmente ou não. O processo de internacionalização gera uma disputa permanente entre as normas estabelecidas, interna ou internacionalmente, num ambiente que é de interligação, mas também de conflitos. A norma jurídica, que segue

sim derivando do “povo soberano”, ou seja, ligada ao Estado, também deve atentar-se por variáveis externas à estatalidade, como as do capitalismo financeiro, devendo, assim, compatibilizar-se com normatividades de outros Estados e, até mesmo, paraestatais. Ainda, importante se torna o diálogo com as normas internacionais, geradas no âmago de organizações como a organização Mundial do Comércio, a Organização Mundial da saúde, etc. (DEFARGES, 1997).

Nesse contexto, é importante frisar que a globalização econômica e financeirização do capital provocaram uma série de deslocamentos na ordem internacional, provocando um conjunto de rupturas e reordenações. Nesse meio de reorganização, as empresas transnacionais ganharam demasiada importância no cenário internacional, não só como “receptoras” de uma carga normativa estatal e internacional, mas como importantes produtoras de normatividade na atualidade. A economia financeirizada e o mercado total deslocam os polos de tensão do social e do humano para o econômico, e muitas vezes agem como predadores do Direito e dos direitos alicerçados sob um viés puramente econômico, desconsiderando os direitos humanos (SALDANHA; MELLO; LIBERGER, 2016).

O caso do amianto e a discussão entorno da permissão de sua utilização, produção e extração coloca frente à frente – em um embate muito evidente – ordem econômica e jurídica, num tensionamento entre a proteção do ser humano exposto ao risco e a geração de lucro propiciada pela extração, produção, fabricação e comercialização de produtos derivados do amianto por parte de grandes empresas transnacionais (MARTIN-CHENUT; SALDANHA, 2016).⁵ O mercado desestabiliza o jurídico e rompe a esfera de proteção do ser humano por um caminho eminentemente numérico, visando somente o crescimento econômico e a expansão do mercado. Com efeito:

É nesse cenário que emerge a ideia de uma governança por números, em que as regras jurídicas abarcadas pelo ideal de um governo por leis e com ênfase no poder legislativo dos Estados concorre e aos poucos vai sendo suplantado por uma governança por números, marcada pela auto-regulação das sociedades e pelo ideal

⁵ Importante citar como exemplo dessa situação de embate e muitas vezes sobreposição do econômico sobre o jurídico-social, a problemática enfrentada pela Organização Mundial da Saúde (OMS), importante órgão constituído para tratar das questões relacionadas à saúde a nível mundial, que passou por uma crise institucional de 1988 a 1998, dando margem para o Banco Mundial ocupar o vácuo deixado no campo da saúde, acentuando seus interesses econômicos. Com o intuito de se remodelar, em 1992 a OMS se uniu em uma parceria com o Banco Mundial, com mútuos benefícios (BROWN, CUETO, FEE, 2006), verificando-se a influência da globalização econômica também na esfera da saúde e no que tange à produção normativa global quanto à tão importante assunto.

estatístico de quantificação e programação de comportamentos. (SALDANHA; MELLO; LIBERGER; op. cit., p. 345)

No entanto, essa pluralidade de fontes normativas e ambientes de aplicação normativa, deve seguir como guia um constructo feito com base em valores, direitos e garantias universais do ser humano. Deve-se mirar à frente, a capacidade de que essas múltiplas fontes de direito e esses diversos locais de aplicação do direito vislumbram sempre a garantia e concretização dos direitos humano-fundamentais, na perspectiva de construir uma normatividade comum-mundial múltipla, mas ordenada (PÉREZ-LUÑO, 2011)⁶.

Quando se fala em mudanças normativas, tem-se uma luta duradoura, segundo a qual se deve pensar no que já está institucionalizado, e que deve ser superado, e no que deve ser realizado para que haja essa superação, de forma que se tenha uma reflexão acerca da própria práxis, que é tida como verdade, e de uma maneira de se obter uma verdade mais plena e ampla (SENENT DE FRUTOS, 2013). A pluralidade normativa trata do fim da concepção de produção normativa/jurídica única/individual, fazendo-se passar por uma transformação em que se busca adequar as normas plurais que se têm, para que as mesmas possam ser eficazes na garantia de direitos, ao invés de se oporem ou se contradizerem. Ressalta-se, dessa forma, a harmonização das normas pela internacionalização do direito a partir dos direitos humanos.

Dessa forma, é necessário também libertar a história humana, permitindo-se assim se desprender um pouco de algumas concepções já existentes, articulando-se uma lógica entre liberdade e necessidade, ora, com uma abertura da história para dar-lhe outra direção, permitindo uma (re)orientação da práxis humana (ibid.), em um mundo contemporâneo em que já não bastam as mesmas normas que se tem há tempos⁷. E surge, então, a necessidade de se (re)pensar o direito, introduzindo inovações normativas em tempos em que o Direito não pode ser definitivo/imutável.

⁶ Essa relação comunidade-mundialidade, transborda pelos poros da condição social, uma comunitariedade – um “comum” – que surge como opção à produção hegemônica de significados. A comunidade engendra dialogalmente uma afetividade cultural subterrânea e alternativa, que, reciprocamente construída abriga uma carga valorativa culturalmente subversiva, porque culturalmente humano-existencial. “A comunidade perturba a grande narrativa globalizadora do capital, desloca a ênfase dada à produção na coletividade “de classe” e rompe a homogeneidade da comunidade imaginada da nação. A narrativa da comunidade substancializa a diferença cultural...” (BHABHA, 2010).

⁷ A crise da civilização moderna não se resolve pela adoção de outras alternativas civilizatórias colonizadas com pretensão hegemônica, senão a partir da luta intercultural por enfrentar as suposições básicas da matriz cultural moderna, que hoje é global. Por isso, a geração de outro horizonte cultural pós-moderno a partir das práticas sociais críticas que se articulam interculturalmente a partir diversas tradições ocidentais e não ocidentais tem em comum tratar de enfrentar os limites da matriz cultural moderna. (SENENT DE FRUTOS, 2013, p. 207).

Nesse caminho, claramente há que se ordenar o pluralismo – de fontes – sob um ponto comum de observação e práticas que consubstanciem uma nova ordem jurídica internacionalizada, mas construída compartilhadamente, e não impositivamente. Essa ordenação do pluralismo deve ter como ponto comum os direitos humanos, vistos nesse momento como direitos da humanidade. Desse modo, há – ou pode haver – um local de compatibilização entre os processos de internacionalização, mundialização e globalização, sem que haja preponderância do econômico numa perspectiva planetária de imposições e desvirtuamentos (DELMAS-MARTY, 2004)⁸.

Vislumbram-se, assim, os direitos humanos como um fundamento ético-moral transcendente a positividade normativista desse ou daquele direito, bem como desse ou daquele ordenamento, ou de qualquer fonte jurídico-normativa – positiva ou não. Os direitos humanos são a luz guia desse novo caminho comum-mundial traçado a partir do contato entre sistemas de Direito e de direitos, e do diálogo intercultural, interjurisdicional e interconstitucional, internormativo, etc. (BRAGATO, 2010)⁹. Busca-se estabelecer uma ordem normativa plural-humanitária como caminho e fonte de um diálogo construtivo de uma racionalidade prático-legal intersubjetivamente possível, nas pegadas de uma visão comum-universal, atrelada à positividade transcendente dos direitos humanos como *locus* de sustentação dos sistemas jurídicos mundiais-planetários, num horizonte de garantia do homem e de sua humanidade (BOLZAN DE MORAIS; SALDANHA; VIEIRA, 2013).

Nessa lógica, o processo de internacionalização do(s) direito(s) deve vir abarcado em um movimento integrador das sistemáticas jurídicas internas – nacionais – e externas – internacionais –, bem como um diálogo integrativo entre os sistemas jurídicos – aqui vistos como famílias jurídicas, *civil law* e *common law* – diferentes num âmbito de “diferença

⁸ A partir do pensamento de Delmas-Marty estes movimentos se dão em uma lógica de emancipação, descentralização e privatização das fontes jurídicas, há uma movimentação emancipatória dos direitos em relação ao Direito – positivado, um estado de descentralização das fontes jurídicas em favor dos comunidades territoriais, das formações humano-comunitárias e de sua juridicidade periférica, bem como, um perigoso caminho de privatização do Direito e suas fontes que transitam do público para o privado na produção de sentidos de normatividade em detrimento de um contexto de (neo)liberalismo econômico e manutenção da livre concorrência (DELMAS-MARTY, 2004).

⁹ É importante salientar que os direitos humanos nessa perspectiva não podem ser considerados apenas adstritos à concepção moderno-europeia de conformação dos mesmos, tão pouco, eivados de uma ocidentalidade hegemônica, homogeneizadora e imperialista de construção dos sentidos plurais-universais como se unos fossem. Direitos humanos aqui são direitos da humanidade e, logo, se dão na pluralidade e na emancipação e, não, na homogeneidade e na racionalização moderno-ocidental (BRAGATO, 2010)

cultural¹⁰” e diálogo de tradições – jurídico-sociais –, por meio de um sentido comum de tradução das práticas jurídicas no interior de diferentes sociabilidades (SALDANHA, 2012).

Nesse caminhar, o panorama de pluralidade normativa, experimentado contemporaneamente, abarca a ação jurisdicional na busca pela proteção dos direitos humanos em nível interno e, para além, assumindo a condição de jurisdição internacional. Nesse âmbito, as Cortes internacionais – globais e regionais – ganham uma importância gigantesca na produção normativa estatal, evidenciando um verdadeiro diálogo entre jurisdições e, entre essas, os demais poderes do Estado.

A produção jurídico-normativa por parte dessas Cortes e, no caso específico, por parte da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) deve tomar por base a proteção, a garantia e a concretização dos direitos humanos em nível internacional. Nesse ponto, é vital o trabalho desenvolvido pela CIDH quando em atividade contenciosa e consultiva, norteando a produção normativa nacional – seja sob o signo das decisões jurídicas ou produção legislativa.

No que tange ao fenômeno migratório, a produção normativa, sobretudo quando o tema dialoga com a problemática relativa à saúde global, mostra-se fundamentado por um sentido de separação e impedimento do fluxo migratório. A circulação de pessoas é vista como algo nefasto, numa lógica de proteção extrema do cidadão nacional e de relegar o migrante – muitas vezes encontrando-se na condição precária refugiado – a uma zona de indistinção humana.

Ao se observar as políticas que vem sendo utilizadas em relação aos fluxos migratórios, percebe-se que ainda predomina a defesa pela separação mútua e o desejo de manter distância daqueles considerados estranhos, o que vem sendo feito através da construção de muros, ao invés de se buscar construir pontes e linhas diretas para uma comunicação. Tais políticas, a curto prazo, podem parecer reconfortantes, visto que colocam o desafio longe dos olhos, entretanto, as mesmas apenas armazenam explosivos para uma denotação futura – assim o problema está longe de ser resolvido (BAUMAN, 2017).

¹⁰ A diferença cultural constitui-se no espaço situado na ambiência comum e equivalente de espectros culturais diferentes em sua igualdade. É um espaço comum de ambivalências que fundam a identidade cultural consolidada nas suas diferenças recíprocas. O lugar da diferença cultural é um lugar de inquietação, de certezas e rupturas, de abandono do que foi construído num movimento de perturbação cultural pelo novo, pelo que está vindo. Na diferença cultural a tradição cultural consolidada se abre à construções significativas de negação – não destrutiva e sim dialogada – aos signos ambivalentes de uma nova experiência vivente (BHABHA, 2010).

Dessa forma, pela necessidade de se (re)pensar o direito na modernidade¹¹, em um ambiente de pluralidade de normas e internacionalização, deve-se considerar os direitos humanos – como direitos da humanidade – uma base para todo esse processo evolutivo. Ora, busca-se uma nova forma de normatividade plural, comum e mundial, em que as garantias fornecidas pelo Estado via constitucionalismo são compartilhadas, e também o são as garantias internacionais geradas pelas diversas organizações, gerando assim um ambiente de normas mundializadas/compartilhadas – conectivas.

Evidencia-se um contexto de acontecimentos ininterruptos e contínuos que retiram do Estado e do Direito a sua condição moderna de centralidade econômica, política e social. Os processos implicados pela internacionalização do direito fazem dialogar com diversas fontes normativas, faz conectar-se o velho e o novo e permite o acontecimento de uma normatividade comum e mundial que se construa dialogadamente, com os Estados e para além deles. Assim, com a conexão das normas nacionais e internacionais – da pluralidade normativa –, deve-se pensar na busca pela garantia e concretização dos direitos humano-fundamentais, com a perspectiva de se elaborar uma normatividade comum-mundial múltipla ao mesmo tempo em que é coordenada e que assegure as garantias universais do ser humano – para além das fronteiras do Estado-nação.

É necessário que se torne esse processo ordenado e acalantado pela proteção e concretização dos direitos humanos, enquanto direitos da humanidade. Os direitos humano-fundamentais é que devem dar o substrato dessa nova forma plural, mundial e comum de normatividade, estendendo os conteúdos garantidos pelos Estados via constitucionalismo a uma zona mundializada de compartilhamento.

Nesse momento, reorganiza-se o Estado e, nesse sentido, torna-se necessário (re)pensar o fenômeno migratório, o que passa a ser feito a partir da atuação do Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) e sob a ótica da saúde global como parâmetro de atuação política e jurídica no que tange ao fenômeno migratório. Outrossim, é a partir do cenário de internacionalização do direito e pluralidade normativa acima exposto que se dá o

¹¹ Modernidade e mundialização são indissociáveis. A primeira resume-se em alguns termos, afinal simples (progresso, técnica, felicidade, democracia, indivíduo); a segunda não cessa de difundir a modernidade. A modernidade, porém, nada tem de bloco monolítico; é uma questão manipulada pelas sociedades, pelos povos e pelos homens e essa manipulação transforma essas sociedades, esses povos e esses homens. Nesse movimento, a terra unifica-se e fragmenta-se ao mesmo tempo, achando-se as heranças (histórias, tradições, mentalidades...) retomadas, reformuladas a fim de tentar concretizar o absoluto (DEFARGES, 1993, p. 117).

diálogo entre saúde global, imigração e a atuação da Corte Interamericana de Direitos Humanos, conforme será abordado a seguir.

3 OS CASOS DAS OPINIÕES CONSULTIVAS (OC – 18/03 E OC – 21/14) DA CIDH E DA SAÚDE GLOBAL

A partir da compreensão da questão da internacionalização do direito, embasada nos direitos humanos e na busca pela garantia desses direitos nos limites do Estado e para além dele, importante falar sobre a questão dos fluxos migratórios e da saúde global, vendo, na pluralidade normativa, uma condição de garantia e concretização desses direitos fundamentais na prática, e para todos. Assim, fala-se na Corte Interamericana de Direitos Humanos que, em duas opiniões consultivas, ressaltou a questão da migração e da obrigação dos Estados na garantia dos direitos dos migrantes, afirmando que os mesmos devem respeitar os tratados internacionais de direitos humanos, observando-os ao aplicar sua legislação interna.

Nesse sentido, em decorrência da globalização, torna-se cada vez mais fácil a interação humana, seja positiva ou negativa, pois a noção de espaço-tempo resta alterada e aproximada, no sentido de que qualquer lugar pode ser acessado de alguma forma. Assim, quando se chega ao conhecimento de que em outro lugar há melhores condições de vida, criam-se expectativas que não haviam em sociedades isoladas, e pode-se ver isso na recente movimentação de imigrantes que encontram no Brasil e em países vizinhos uma alternativa às crises política e econômica que têm ocorrido em seu país (LUCAS; SANTOS, 2016).

Em razão desse constante fluxo migratório, em 2002, o México, com base no art. 64 da Convenção Americana de Direitos Humanos, que trata da função consultiva da Corte, solicitou um Parecer Consultivo à Corte Interamericana de Direitos Humanos, sobre os direitos dos imigrantes indocumentados, dentre esses, resalta-se a questão quanto à aplicação ou não dos princípios da não discriminação, igualdade e proteção igualitária (CIDH, 2003). Dentre as considerações que originaram a consulta, o México alegou que os imigrantes devem ter seus direitos humanos garantidos nos Estados, onde se encontram, no entanto a vulnerabilidade acaba os tornando alvos fáceis de violação dos direitos humanos, principalmente quanto à discriminação que os coloca em uma situação de desigualdade.¹²

¹² CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. OC nº 18 de 2003. sp. Importante salientar, que o parecer solicitado pelo México, suscitava as seguintes questões: “[...] No contexto do princípio de igualdade

Ao elaborar o parecer, a Corte destaca, primeiramente, o dever dos Estados em proteger e garantir os Direitos Humanos, que são inerentes a todas as pessoas com base na dignidade humana, e ainda, superiores ao poder do Estado, independentemente de sua organização política. Dessa forma, alega a Corte que todos os Estados devem garantir os direitos humanos e, assim, a igualdade e a não discriminação, garantindo o pleno exercício de direitos e liberdades individuais. Ainda, em caso de violação desses direitos fundamentais, há uma responsabilidade do Estado perante a comunidade internacional (CIDH, 2003).

Assim, os princípios da igualdade e não discriminação são fundamentais para a eficácia e proteção dos direitos humanos, tanto local quanto globalmente, e, dessa maneira, os Estados têm a obrigação de evitar que no seu ordenamento jurídico sejam elaboradas regulamentações discriminatórias que não estejam de acordo com as normas internacionais, que visam precupamente proteger os direitos fundamentais daqueles que são seres humanos acima de tudo, independentemente da nacionalidade ou do lugar em que se encontrem.

No mesmo sentido, a Corte afirma que os referidos princípios são imperativos do direito internacional geral e têm caráter de *jus cogens*, sendo aplicáveis a todos os Estados, inclusive àqueles que não fazem parte de determinado tratado, gerando obrigação *erga omnes* (CIDH, 2003). Os princípios da não discriminação e da igualdade perante a lei se

jurídica, consagrado no artigo II da Declaração Americana, no artigo 24 da Convenção Americana, no artigo 7 da Declaração Universal e no artigo 26 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos:

[...] 2.1) O artigo 2, parágrafo 1 da Declaração Universal e II da Declaração Americana e os artigos 2 e 26 do Pacto [Internacional sobre Direitos Civis e Políticos], bem como 1 e 24 da Convenção Americana, devem ser interpretados no sentido de que a permanência legal das pessoas no território de um Estado americano é condição necessária para que este Estado respeite e garanta os direitos e liberdades reconhecidos nestas disposições às pessoas sujeitas à sua jurisdição?

[...] Com fundamento no artigo 2, parágrafos 1 e 2, e no artigo 5, parágrafo 2, [ambos] do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos,

3) Qual seria a validade da interpretação, por parte de um Estado americano, no sentido de subordinar ou condicionar de qualquer forma a observância dos direitos humanos fundamentais, incluindo o direito à igualdade perante a lei e à igual e efetiva proteção da mesma sem discriminação, para a consecução de objetivos de política migratória contidos em suas leis, independentemente da hierarquia que o direito interno atribua a tais leis, diante das obrigações internacionais derivadas do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e de outras obrigações do Direito Internacional dos Direitos Humanos oponíveis *erga omnes*? Em razão do desenvolvimento progressivo do Direito Internacional dos Direitos Humanos e sua codificação, em especial, através das disposições mencionadas nos instrumentos mencionados no presente pedido,

4) Atualmente, que caráter têm o princípio de não discriminação e o direito à proteção igualitária e efetiva da lei na hierarquia normativa que estabelece o Direito Internacional geral, e nesse contexto, podem ser consideradas como a expressão de regras de *jus cogens*? Se a resposta a esta segunda pergunta for afirmativa, que efeitos jurídicos se derivam para os Estados membros da OEA, individual e coletivamente, no contexto da obrigação geral de respeitar e garantir, conforme o artigo 2, parágrafo 1º, do Pacto [Internacional sobre Direitos Civis e Políticos], o cumprimento dos direitos humanos a que se referem o artigo 3, inciso (I) e o artigo 17 da Carta da OEA?

estendem a qualquer atuação do Estado, visando a garantia dos direitos humanos, de forma que nenhuma pessoa seja tratada com discriminação, seja por raça, cor, etnia, gênero, entre outros, sendo aplicados também aos imigrantes, estejam eles documentados ou não. Concluindo, a Corte afirmou “que os Estados não podem subordinar ou condicionar a observância do princípio da igualdade perante a lei e de não discriminação à consecução dos objetivos de suas políticas públicas, quaisquer que sejam estas, incluídas as de caráter migratório” (CIDH, 2003).

Como se observa, é dever do Estado, independente de sua forma política, agir em conformidade aos direitos humanos, implementando políticas públicas para promover a igualdade de direitos e a não discriminação dos migrantes. Além do Parecer supracitado, em 2011, os países membros do MERCOSUL, Argentina, Paraguai, Uruguai e Brasil, solicitaram à Corte outro parecer sobre imigração, dessa vez especialmente quanto às crianças imigrantes, seus direitos e garantias fundamentais, bem como a respeito da proteção internacional. Trata-se da Opinião Consultiva OC. 21 de 2014 (CIDH, 2014).

Em relação às crianças migrantes ou filhas de migrantes, a Corte decidiu que os Estados devem agir em conformidade com os direitos humanos, considerando os direitos das crianças em particular, sua proteção e desenvolvimento integral, que devem prevalecer independente do seu *status* migratório. Com o intuito de assegurar a plena vigência dos direitos das crianças, entendeu a Corte que as mesmas necessitam de uma proteção internacional, com garantia ao devido processo legal, que deve reger todo processo migratório, segurança e privacidade, proporcionando-lhes um tratamento adequado e individualizado, de acordo com sua condição de criança (CIDH, 2014).

Ainda, os Estados são proibidos de expulsar, deportar, devolver, repelir na fronteira ou não aceitar uma criança quando sua vida e segurança estejam em risco, por causa de perseguição ou ameaça à sua liberdade, podendo lhe causar violência ou grande violação de direitos humanos (CIDH, 2014). Nesse sentido, considerando a importância da família para as relações humanas, o órgão administrativo ou judicial que se encarregue de decidir sobre a separação familiar, caso haja a expulsão pela condição migratória de um ou ambos os genitores, deve analisar a questão com base na ponderação, observando as particularidades de cada caso em concreto, garantindo uma decisão individual respeitando o melhor interesse da criança (CIDH, 2014).

Nesse contexto, as crianças devem ter alojamentos com condições básicas para se viver, como condições sanitárias, de higiene, segurança, alimentação, entre outras. Inclusive, condições em que fiquem separadas dos adultos, ou junto com seus familiares, buscando, o responsável pelo procedimento migratório, sempre aplicar o princípio do interesse superior da criança.

Conforme se observa pelos dois pareceres, a Corte trabalha em defesa dos direitos humanos dos imigrantes, sejam adultos ou crianças, determinando que todos devam ter seus direitos fundamentais garantidos, independente do *status* migratório ou do lugar que se estabeleçam. No contexto dos pareceres, a Corte ainda determina a garantia dos direitos básicos dos imigrantes, incluindo alojamentos com saneamento e condições mínimas para se viver, garantindo também a saúde dessas pessoas. Dessa forma, percebe-se a importância das decisões da Corte quanto à migração e à busca pela garantia dos direitos humanos dos imigrantes. Assim, também se vê a relevância da utilização dessas decisões, tanto local quanto globalmente, através de um ambiente de pluralidade normativa e internacionalização do direito.

Nesse sentido, também se mostra importante tratar da saúde global como uma questão que normativamente extrapola os limites dos *locus* clássicos de produção e de aplicação do direito e que atua sobre o deslocamento humano no cenário do fenômeno migratório. A saúde, vista como uma problemática global, implica uma série de atores internacionais públicos e privados, estatais ou não, que se colocam no campo de debate, produção e aplicação do direito, muitas vezes, impactando no âmbito local. Com efeito:

Surgida nos anos 1990, a expressão “saúde global” mobiliza um diversificado leque de atores, como a Organização Mundial da Saúde (OMS), o Banco Mundial, a Fundação Bill e Melinda Gates, os Estados, a indústria farmacêutica, as universidades e as mais diversas organizações não governamentais, hoje munidos de recursos financeiros e tecnológicos sem precedentes. (VENTURA, 2015, p. 57-64)

Segundo Berlinguer, a saúde global acaba se tornando descuidada devido à influência do fundamentalismo monetário¹³, no entanto tal questão merece atenção e prioridade por seu

¹³ Nesse ponto, questiona-se, nessa passividade generalizada, que peso terão tido os silêncios interessados de quem detém o saber, o oportunismo de quem detém o poder (a começar pela Organização Mundial de Saúde), a cumplicidade da política e, afinal, as distorções das ciências médicas, fortemente avessas a reconhecer que a origem das doenças está, fundamentalmente, onde se entrelaçam o biológico e o social? (BERLINGUER, 1999, p. 23).

valor intrínseco, devendo prevalecer os valores humanos sobre outros interesses puramente econômicos ligados à ação do mercado (BERLINGUER, 1999). Nesse viés, como precedentes, a saúde global tem a saúde internacional, com a qual compartilha a questão da saúde para além das fronteiras, e a saúde pública, que tem como foco a saúde da coletividade, bem como ações de prevenção, promoção e recuperação da saúde. (FORTES; RIBEIRO, 2014). Dessa forma, vê-se a amplitude e a interdisciplinaridade da saúde global.

“O reconhecimento do regional e do local, das diferenças políticas, econômicas, sociais e culturais entre os países internas, assim como as consequências e respostas diferenciadas a eventos globais” (ibid., p. 370) é o que acaba diferenciando a saúde global das formas clássicas de saúde internacional. Assim, considera-se a saúde um bem público e global, que deve abarcar toda coletividade, ou seja, entende-se que ninguém deve ser excluído do “consumo” e do direito à saúde e, dessa forma, seus benefícios devem estar disponíveis a todos – em todos os lugares (ibid.).

Portanto, vê-se a relevância de se considerar a questão da saúde a nível global, de forma que englobe todos os indivíduos, e que se trate tal questão com a importância que ela tem, considerando as problemáticas que envolvem o processo de globalização e os reflexos da saúde para além das fronteiras¹⁴. Logo, mostra-se por demais pertinente abarcar a problemática relacionada ao fenômeno migratório e à mobilidade humana nas questões que devem ser tratadas a partir de uma perspectiva global da saúde.

Nesse sentido, em 2008, a Assembleia Mundial da Saúde, por meio de uma resolução, determinou que a Organização Mundial de Saúde (OMS) desse maior relevância ao tema da saúde dos migrantes em relação a questões da ação sanitária internacional. Em alguns países, como os BRICS (Brasil, Rússia, Índia, China e África do Sul), a facilidade de atravessar as fronteiras é sucedida de um grande problema na hora de conseguir a regularização migratória, dessa forma, a situação irregular acaba tornando a pessoa mais suscetível à condição de vulnerabilidade e precariedade, aumentando o risco de deterioração da saúde, dificultando também a inclusão social e econômica dos imigrantes (VENTURA, 2015).

Conforme se observa no diálogo entre migração e saúde, tem-se um certo consenso de que a imigração em si não representa um fator de risco, sendo que o impacto da migração

¹⁴ No campo das metas, há que se pôr em primeiro plano (ou, mais modestamente, há que ao menos reconduzir à cena, de onde quase se retiram) os direitos humanos fundamentais e o tema da igualdade. É nesse campo que se colocam a saúde e a segurança como direito à vida e como condição para o exercício de todas as liberdades (BERLINGUER, 1999, p. 36).

na saúde varia conforme cada processo migratório, tipo de migração, ambiente tanto do país de origem, quanto de trânsito e acolhimento, bem como as políticas migratórias adotadas e a forma como o imigrante é acolhido e mantido no país receptor (DIAS; GOLÇALVES, 2007). Assim, nota-se que a população que migra fica mais vulnerável à deterioração da saúde após se acomodar no país receptor, em decorrência da restrição de acesso aos direitos humanos, como o direito à saúde. Ainda, por mais que se tenha consagrado o direito à saúde de forma universal, o mesmo, muitas vezes, não é acessível na prática, dessa forma é necessário que se busque, para além da teoria, o direito ao acesso à saúde, inclusive esclarecendo os direitos que os imigrantes possuem e desconhecem.

Nesse sentido, percebe-se que os países têm se preocupado mais em fechar as fronteiras, vendo os migrantes como ameaça, e não como sujeitos de direitos (humano-fundamentais). Então, as políticas que visam a restrição da entrada de migrantes nas fronteiras são incompatíveis com a promoção da sua saúde, pois, até mesmo no campo da saúde, os migrantes e a mobilidade humana em si são vistos como uma ameaça ou risco que devem ser controlados globalmente. O que se tem percebido, na realidade, é a degradação da saúde dos migrantes após sua chegada e permanência nos países de acolhida, em consequência à violação e privação de direitos que esses sujeitos sofrem (VENTURA, 2015).

Um exemplo de restrição de direitos humanos devido à crise sanitária se deu devido ao vírus Ebola, especificamente no Brasil, com um solicitante de refúgio, que foi considerado o primeiro caso suspeito de Ebola no país. Esse acontecimento teve grande repercussão nacional, evidenciando o impacto que as emergências sanitárias a nível internacional têm sobre os direitos humanos e sobre a mobilidade humana¹⁵ (HOLZHACKER; VENTURA, 2016).

Destaca-se que, mesmo antes de ocorrer a primeira suspeita de Ebola no Brasil, tal possibilidade já acarretava uma rotulação aos imigrantes e refugiados que tentavam ingressar

¹⁵ No plano internacional, o novo Regulamento Sanitário Internacional (RSI) – vigente desde 2007 em 196 países, inclusive no Brasil – contempla essa preocupação, ao menos no que atine aos direitos individuais. Embora recomende, em caso de emergência internacional e quando necessário, a implementação de medidas restritivas como o isolamento, a quarentena e o tratamento obrigatório, o RSI assegura em seu artigo 3º: “a implementação deste Regulamento será feita com pleno respeito à dignidade, aos direitos humanos e às liberdades fundamentais das pessoas” (OMS, 2009). Estipula ainda, no artigo 32, que: “na implementação das medidas de saúde de que trata o presente Regulamento, os Estados Partes tratarão os viajantes com respeito à sua dignidade, direitos humanos e liberdades fundamentais e minimizarão qualquer incômodo ou angústia associado a tais medidas”. Em que pese a doença pelo vírus Ebola jamais tenha sido declarada emergência nacional no Brasil, sublinhamos que a norma regula que essas situações em nosso país, o Decreto nº 7.616, de 2011, não faz uma só referência aos direitos e garantias individuais (HOLZHACKER; VENTURA, 2016, p. 118).

no país, exemplo claro dessa estigmatização pode-se verificar pelo fato de que integrantes da Polícia Federal, da Receita Federal e do Ministério Público do Trabalho e Emprego estavam cogitando entrar em greve e paralisação para não entrar em contato com imigrantes negros que chegavam à região norte do país (ibid.).

No referido caso, um solicitante de refúgio vivenciou uma grave violação aos direitos humanos, pois acabou se tornando o primeiro caso suspeito de Ebola no Brasil. Dessa forma, foi tratado de maneira repudiável, visto que, por não conhecer a língua portuguesa e não entender o que estava acontecendo quando foi solicitar ajuda (por outro motivo) em um hospital, após ficar em isolamento, acabou sendo transferido para outro local sem ao menos saber do que se tratava, sem ter o mínimo de informações acerca da sua vida e saúde, sem ser ouvido e considerado, constantemente exposto pela mídia à sociedade, tendo assim seus direitos humanos individuais violados (HOLZHACKER; VENTURA, 2016).

Ressalta-se ainda que o suspeito no caso de Ebola, mencionado anteriormente, não era portador do vírus, como se confirmou por meio de exames, e inclusive não possuía os sintomas da doença (ibid.). Sendo assim, acabou sendo vítima de preconceito simplesmente por ser um imigrante negro, alvo de parte de uma sociedade, que não sabe ver o outro “a olhos nus”, sem os rótulos criados por medo do desconhecido. Assim, resta claro que é necessário tratar da questão dos direitos humanos no que tange aos fenômenos migratórios e à saúde global¹⁶, para evitar abusos e violação de direitos fundamentais, como o direito à informação e preservação da imagem, e conseqüentemente, preservar não somente o imigrante que, por motivos alheios, acaba se tornando suspeito de alguma enfermidade, como exposto, mas também todos os outros imigrantes que vivem no país.

Por conseguinte, em novembro de 2015, em Roma, a OMS organizou uma reunião de altos representantes de alguns Estados e instituições, com o desígnio de estabelecer uma compreensão comum em relação à saúde de refugiados e migrantes e com a finalidade de auxiliar com um plano de ação a longo prazo, a ser adotado em 2016. Também, por meio de uma declaração conjunta entre OMS, ACNUR e UNICEF, afirmou-se que os imigrantes e

¹⁶ Dessa forma, os responsáveis políticos têm de repensar as políticas de saúde relativas aos imigrantes para que seja ultrapassada a abordagem individual do fenômeno saúde e doença e se aprofunde a discussão em relação às várias dimensões envolvidas na saúde. Na sociedade global deverá ainda prevalecer o objetivo ético de prevenir a discriminação e a exclusão que pode ocorrer em vários contextos da vida social e da saúde, bem como assegurar a promoção e proteção dos direitos humanos a todos os cidadãos (DIAS; GOLÇALVES, 2007, p. 22).

refugiados devem se beneficiar de um acesso igualitário e não discriminatório à saúde, inclusive com direito à vacinação, por exemplo, independente do seu *status* migratório (VENTURA, 2015). Daí a importância de se obedecer o que estabelece a Corte, quando esta fala na não discriminação e igualdade do migrante como uma condição de obrigação dos Estados.

Ainda, se os sistemas nacionais de saúde fossem devidamente eficientes e fortalecidos, os Estados dependeriam menos dos programas globais. No entanto a abordagem internacional da saúde dos migrantes se relaciona com a colisão existente entre a formulação de políticas migratórias regionais e nacionais, e também as que existem no campo da saúde global (VENTURA, 2015). Nesse sentido, percebe-se que, para além ou junto ao movimento de internacionalização do direito falado anteriormente, há uma pluralidade normativa, com normas produzidas por meio de organizações internacionais (para além das normas estatais), que também acabam impactando na questão da imigração, como no caso das decisões proferidas pela OMS, ACNUR, entre outros, no que se refere à saúde global, nesse caso.

Dessa forma, verifica-se a importância de um ambiente de pluralidade de normas, não somente jurídicas e/ou estatais, que acabam repercutindo na proteção dos direitos humanos e nos direitos dos migrantes. Assim, considera-se necessário tratar desses direitos através de um compartilhamento normativo mundializado, respeitando a multiplicidade das organizações internacionais, como a Corte Interamericana de Direitos Humanos, que podem trazer (trazem) decisões relevantes na defesa dos direitos humano-fundamentais, que devem ser a base dos demais.

Importante dispor que as Opiniões Consultivas da CIDH não podem ser consideradas como solução para a problemática ora apresentada. Contudo, são exemplos da internacionalização do direito e da pluralidade normativa, sendo relevantes para o diálogo entre a CIDH e os diversos atores envolvidos no que tange à problemática dos fluxos migratórios e da saúde global. Assim, considerando o fluxo cada vez mais constante de pessoas que se deslocam mundialmente, pertinente é a busca pela garantia e concretização dos direitos humanos nos limites do Estado e, para além dele, passando-se a tratar, inclusive, da migração como um direito humano e permitindo a cada indivíduo da sociedade-mundo, quando necessite, o direito humano de migrar, de forma que essa necessidade não signifique a perda da dignidade humana e dos direitos fundamentais inerentes a todos os seres humanos, onde quer que se encontrem.

4 CONCLUSÃO

O direito na contemporaneidade se vê posto frente a uma série de processos de derradeira complexidade, que, ao mesmo tempo em que o destaca, também o desloca rumo a uma sensação, muitas vezes, de aflição e impotência em meio às novas estruturas vividas pela sociedade e pelo Estado. Dessa forma, os direitos humanos são a orientação desse novo caminho comum-mundial, elaborado a partir da relação entre sistemas de Direito e de direitos e do diálogo normativo. Assim, o processo de internacionalização do(s) direito(s) deve vir compreendido em um movimento integrador das sistemáticas jurídicas nacionais e internacionais, bem como em um diálogo integrativo entre os sistemas jurídicos.

Ainda, é imprescindível que se torne esse processo composto e acalantado pela proteção e consolidação dos direitos humanos enquanto direitos da humanidade. Os direitos humano-fundamentais devem dar o substrato dessa nova forma plural, mundial e comum de normatividade, estendendo os conteúdos garantidos pelos Estados, via constitucionalismo, a uma zona mundializada de compartilhamento. Nesse sentido, percebe-se que, para além ou junto ao movimento de internacionalização do direito, há uma pluralidade normativa com normas elaboradas por meio de organizações internacionais que acabam impactando na questão da imigração, como no caso das decisões proferidas pela OMS, ACNUR, entre outros, ao que se refere à saúde global, inclusive.

Portanto, considerando o fluxo cada vez mais constante de pessoas que se deslocam mundialmente, verifica-se a importância de um ambiente de pluralidade de normas, não somente jurídicas e/ou estatais, que acabam repercutindo na proteção dos direitos humanos e dos direitos dos migrantes. Assim, considera-se necessário tratar desses direitos através de um compartilhamento normativo mundializado, passando-se a tratar, inclusive, da migração como um direito humano e respeitando a multiplicidade das organizações internacionais, como a CIDH, que ocasionam decisões relevantes na defesa dos direitos humano-fundamentais, que devem ser a base dos demais – e de todos, onde quer que se encontrem.

REFERÊNCIAS

BAUMAN, Zygmunt. *Estranhos À Nossa Porta*. Tradução: Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2017.

BERLINGUER, Giovanni. Globalização e Saúde Global. *Revista Estudos Avançados*, São Paulo, v. 13, n. 35, p. 21-38, 1999. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/eav/article/view/9454/11022>. Acesso em: 02 fev. 2018.

BHABHA, Homi K. *O Local da Cultura*. Tradução: Myriam Ávila; Eliana Lourenço de Lima Reis; Gláucia Renate Gonçalves. Belo Horizonte: UFMG, 2010.

BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis; SALDANHA, Jânia Maria Lopes; VIEIRA, Gustavo Oliveira. O constitucionalismo e a internacionalização dos direitos humanos. In: BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis; COPETTI NETO, Alfredo (Orgs.). *Estado e Constituição: a internacionalização do direito a partir dos direitos humanos*. [S.l.]: UNIJUI, 2013.

BRAGATO, Fernanda Frizzo. Para Além do Individualismo: crítica à irrestrita vinculação dos direitos humanos aos pressupostos da modernidade ocidental. In: STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo; CALLEGARI, André Luís (Orgs.). *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica – n. 7*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

BROWN, Theodore M.; CUETO, Marcos; FEE, Elizabeth. A transição de saúde pública 'internacional' para 'global' e a Organização Mundial da Saúde. *História, Ciências, Saúde, Manguinhos*, v. 13, n. 3, p. 623-647, jul./set. 2006. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-59702006000300005. Acesso em: 02 fev. 2018.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CIDH). *OC n° 18, de 17 de setembro de 2003*. Disponível em: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2003/2351.pdf?view=1>. Acesso em: 08 ago. 2017.

_____. *OC n° 21, de 19 de agosto de 2014*. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_21_por.pdf. Acesso em: 08 ago. 2017.

DEFARGES, Philippe Moreau. *A Mundialização: o fim das fronteiras*. Tradução: António Monteiro Neves. Lisboa: Instituto Piaget, 1997.

DELMAS-MARTY, Mireille. *Por Um Direito Comum*. Tradução: Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

DIAS, Sónia; GONÇALVES, Aldina. Migração e Saúde. *Revista Migrações – Número Temático Imigração e Saúde*, Lisboa: ACIDI, n. 1, p. 15-26, 2007. Disponível em: http://www.uc.pt/fluc/gigs/GeoHealthS/doc_apoio/migracoes_e_saude.pdf. Acesso em: 02 fev. 2018.

FORTES, Paulo Antônio de Carvalho; RIBEIRO, Helena. Saúde Global em tempos de Globalização. *Revista Saúde e Sociedade*, São Paulo, v. 23, n. 2, p. 366-375, 2014.

HOLZHACKER, Vivian; VENTURA, Deisy. Saúde global e direitos humanos: o primeiro caso suspeito de ebola no brasil. *Lua Nova*, [S.l.], n. 98, p. 107-140, 2016.

LUCAS, Douglas Cesar; SANTOS, André Leonardo Copetti. População e governamentalidade: a mobilidade humana (des)controlada. In: JULIOS-CAMPUZANO, Alfonso de; LUCAS, Douglas Cesar; SANTOS, André Leonardo Copetti. *Direitos Humanos, Imigração e Diversidade: dilemas da vida em movimento na sociedade contemporânea*. Ijuí, RS: Unijuí, 2016.

MARTIN-CHENUT, Khatia; SALDANHA, Jânia Maria Lopes. O Caso do Amianto: os limites das soluções locais para um problema de saúde global. *Lua Nova*, São Paulo, n. 98, p. 141-170, 2016.

PÉREZ-LUÑO, Antonio Enrique. *El Desbordamiento de las Fuentes del Derecho*. Madrid: La Ley, 2011.

SALDANHA, Jânia Maria Lopes. Novas Geometrias e Novos Sentidos: internacionalização do direito e internacionalização do diálogo dos sistemas de justiça. In: STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson (Orgs.). *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica – n. 9*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

_____; MELLO, Rafaela da Cruz; LIMBERGER, Têmis. Do Governo Por Leis À Governança Por Números: breve análise do Trade in Service Agreement (TISA). *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 13, n. 3, p. 337-354, 2016.

SENET DE FRUTOS, Juan Antonio. O Ajuste ou desajuste das práticas normativas: Caminhando para uma nova dimensão do normativo. In: BOLZAN DE MORAIS, José Luis; NETO, Alfredo Copetti. *Estado e Constituição: A Internacionalização do Direito a Partir dos Direitos Humanos*. Ijuí: Ed. Unijuí, 2013.

VENTURA, Deisy. Mobilidade Humana e Saúde Global. *Revista USP*, São Paulo, n. 107, p. 55-64, out./nov./dez. 2015.