

TEMAS DE DIREITO CONTEMPORÂNEO

ORGANIZADORES

Clóvis Demarchi

Francisco José Rodrigues de Oliveira Neto

Maurizio Oliviero



CAPES

PROGRAMA PROFESSOR VISITANTE DO EXTERIOR - PVE



ORGANIZADORES

Clóvis Demarchi
Francisco José Rodrigues de Oliveira Neto
Maurizio Oliviero

TEMAS DE DIREITO CONTEMPORÂNEO

AUTORES

Helena Nastassya Paschoal Pítsica

Jonathan Cardoso Régis

Carlos Roberto da Silva

Juliano Luis Cavalcanti

Salustino David dos Santos Andrade

Emanuela Cristina Andrade Lacerda

Jaqueline Moretti Quintero

Dóris Ghilardi

José Everton da Silva

Marcos Vinicius Viana da Silva

Rodrigo de Carvalho

Airto Chaves Junior

Halison Tharley Nolli

Clayton Marafioti Martins

Vanilo Vignola

Frederico Wellington Jorge

Waldemar Moreno Junior

Patrícia Elias Vieira

Celso Leal da Veiga Júnior

ISBN: 978-85-8498-081-9



2015

Reitor

Carlos Eduardo Garcia

Vice-reitora

Neiva Pavan Machado Garcia

Vice-reitor Chanceler

Cândido Garcia

Diretora Executiva de Gestão do Ensino**Superior**

Maria Regina Celi de Oliveira

Diretor Executivo de Gestão da Extensão**Universitária**

Adriano Augusto Martins

Diretora Executiva de Gestão da Pesquisa e**Pós-Graduação**

Evellyn Cláudia Wietzikoski Lovato

Diretor Executivo da Gestão da Dinâmica**Universitária**

José de Oliveira Filho

Diretora Executiva do Planejamento Acadêmico

Sônia Regina da Costa Oliveira

Diretor Executivo de Gestão das Relações**Trabalhistas**

Janio Tramontin Paganini

Diretor Executivo de Gestão de Assuntos**Jurídicos**

Lino Massayuki Ito

Diretora Executiva de Gestão e Auditoria de**Bens Materiais Permanentes e de Consumo**

Rosilamar de Paula Garcia

Diretor Executivo de Gestão de Assuntos**Comunitários**

Cássio Eugênio Garcia

Diretora dos Institutos de Ciências Humanas,**Linguísticas, Letras e Artes, de Ciências****Sociais Aplicadas e de Educação**

Fernanda Garcia Velasquez

Coordenador do Programa de Pós-Graduação**Stricto Sensu em Direito Processual e****Cidadania**

Celso Hiroshi Iocohama

Organizadores

Clóvis Demarchi

Francisco José Rodrigues de Oliveira Neto

Maurizio Oliviero

Autores

Helena Nastassya Paschoal Pítsica

Jonathan Cardoso Régis

Carlos Roberto da Silva

Juliano Luis Cavalcanti

Salustino David dos Santos Andrade

Emanuela Cristina Andrade Lacerda

Jaqueline Moretti Quintero

Dóris Ghilardi

José Everton da Silva

Marcos Vinicius Viana da Silva

Rodrigo de Carvalho

Airto Chaves Junior

Halison Tharlley Nolli

Clayton Marafioti Martins

Vanilo Vignola

Frederico Wellington Jorge

Waldemar Moreno Junior

Patrícia Elias Vieira

Celso Leal da Veiga Júnior

Diagramação/Revisão

Andrey Gastaldi da Silva

Heloise Siqueira Garcia

Alexandre Zarske de Mello

Capa

Ana Luiza Colzani

Créditos

Este e-book foi possível por conta da articulação acadêmica para propagação do conhecimento científico entre os Programas de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI e em Direito Processual e Cidadania da Universidade Paranaense – UNIPAR

Projeto de Fomento

Obra resultado do projeto Professor Visitante do Exterior (PVE) com financiamento da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES).



D372t Demarchi, Clóvis (Org).

Temas de direito contemporâneo / Clovis Demarchi;
Francisco José Rodrigues de Oliveira Neto; Maurizio Oliviero
(Orgs.). – Umuarama : Universidade Paranaense – UNIPAR,
2015. E-book.

325 p.

ISBN 978-85-8498-081-9

1. Direito. 2. Direito contemporâneo. I. Oliveira Neto,
Francisco José Rodrigues de (Org.). II. Oliviero, Maurizio
(Org.). II. Universidade Paranaense – UNIPAR. III. Título.

(21 ed) CDD: 340

Bibliotecária Responsável Inês Gemelli CRB 9/966

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	VII
A DOGMÁTICA JURÍDICA E OS NÍVEIS DE RACIONALIDADE.....	11
Helena Nastassya Paschoal Pítsica	
BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA DO ADOLESCENTE EM CONFLITO COM A LEI	24
Jonathan Cardoso Régis	
DA CULTURA DA SENTENÇA PARA UMA CULTURA NÃO ADVERSARIAL NA JURISDIÇÃO BRASILEIRA: UM CAMINHO POSSÍVEL?	49
Carlos Roberto da Silva	
A PRÁTICA DE CRIME DE RESPONSABILIDADE PELO PRESIDENTE DA REPÚBLICA E A LIMITAÇÃO TEMPORAL PARA A DEFLAGRAÇÃO DO PROCESSO DE IMPEACHMENT	72
Juliano Luis Cavalcanti	
SÃO TOMÉ E PRÍNCIPE: O ESTADO, A CONSTITUIÇÃO, A DEMOCRACIA E A INSTABILIDADE POLÍTICO-INSTITUCIONAL	89
Salustino David dos Santos Andrade	
O AVANÇO DA TECNOLOGIA E A CIVILIZAÇÃO TECNOLÓGICA.....	113
Emanuela Cristina Andrade Lacerda	
CAPITALISMO E A CRÍTICA DE NOAM CHOMSKY	139
Jaqueline Moretti Quintero	
JURISDIÇÃO E ECONOMIA: UMA CONTRIBUIÇÃO DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO APLICADA AO DIVÓRCIO	151
Dóris Ghilardi	
MOTIVOS JURÍDICOS, ECONÔMICOS E TEÓRICOS QUE LEVAM A NÃO PROTEÇÃO DO CONHECIMENTO TRADICIONAL NA LEGISLAÇÃO PÁTRIA: UMA LEITURA REALIZADA SOB A PERSPECTIVA DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO.....	176
José Everton da Silva	
Marcos Vinicius Viana da Silva	
AS MÚLTIPLAS PERSPECTIVAS EXEGÉTICAS PARA A DEFINIÇÃO DA NATUREZA JURÍDICA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS TRIBUTÁRIAS IMUNITÓRIAS.....	198
Rodrigo de Carvalho	
A (IN) CONSTITUCIONALIDADE MATERIAL DO INSTITUTO DA REINCIDÊNCIA PENAL.....	235
Airto Chaves Junior	
Halisson Tharlley Noll	
LEGISLAÇÃO PERTINENTE AS PENALIDADES E MEDIDAS ADMINISTRATIVAS DO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO: ASPECTOS DESTACADOS A LUZ DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE	256
Clayton Marafioti Martins	
Vanilo Vignola	

OS PARADIGMAS DO PLURALISMO JURÍDICO E DA TRANSNACIONALIDADE FRENTE AO DIREITO PENAL TRADICIONAL.....275

Frederico Wellington Jorge

Waldemar Moreno Junior

OS CONTRATOS E AS RELAÇÕES DE CONSUMO TRANSNACIONAIS SOB A ÓTICA DO DIREITO COMO SISTEMA AUTOPOIETICO.....296

Patrícia Elias Vieira

O TESTAMENTO E A DESERDAÇÃO: DIFICULDADES DA PESSOA IDOSA DECLARAR E COMPROVAR CAUSAS DE DESERDAÇÃO311

Celso Leal da Veiga Júnior

APRESENTAÇÃO

Já afirmava Altavila¹ que o Direito acompanha uma dada concepção de Estado e as manifestações da Sociedade vigente, desta forma “os direitos dos povos equivalem precisamente ao seu tempo e se explicam no espaço de sua gestação”. Com base nesta ideia é que temos a honra de apresentar o presente e-book composto por artigos de doutorandos do programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí e publicado junto ao Curso de Mestrado em Direito Processual e Cidadania da Universidade Paranaense – UNIPAR.

“**Temas de Direito Contemporâneo**” é uma obra que vem para atender a intenção de pensar o Direito nas mais diversas realidades, isto justifica a variedade dos temas aqui discutidos.

Importante destacar que a presente coletânea também foi possível ante ao fomento da CAPES que vinculou o Professor Maurizio Oliviero ao Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica – PPCJ através da bolsa de Professor Visitante do Exterior – PVE/CAPES.

A doutoranda Helena Pítsica abre a discussão sobre os temas de direito na Sociedade Contemporânea apresentando uma discussão sobre a Dogmática Jurídica e os níveis de racionalidade. Uma incursão nas ideias de Manuel Atienza procurando apresentar a Dogmática Jurídica em um dos seus aspectos mais visíveis, o do Direito Positivo, em especial a lei e os níveis de racionalidade da Produção Legislativa.

Em seguida durante Jonathan Cardoso Régis traz uma discussão sobre o conflito entre lei e ação dos adolescentes frente ao ato infracional trazendo a preocupação com o zelo pela integridade mental e física dos adolescentes e a necessidade de se respeitar a individualidade e a dignidade de pessoa em desenvolvimento, primando pela (re)educação e (res)socialização e conseqüente melhoria na relação existente entre o adolescente infrator, seu convívio familiar e a sociedade.

Carlos Roberto da Silva apresenta uma preocupação com os caminhos da judicialização, onde se espera do judiciário e conseqüente sentença, a resolução de todos os problemas. Apresenta a ideia e necessidade de se partir para meios alternativos para a resolução dos conflitos. Procura desconstruir a atual cultura da sentença tão arraigada à mentalidade dos operadores do Direito. Cogita a formação de uma nova cultura na jurisdição brasileira, a

¹ ALTAVILA, Jayme de. **Origem dos Direitos dos povos**. 9 ed. São Paulo: ícone, 2001. p. 16.

necessidade de alterações nas matrizes curriculares dos cursos de graduação e aperfeiçoamento na área jurídica, visando implementar uma nova concepção com relação a aplicação dos meios alternativos de resolução dos litígios.

Juliano Luis Cavalcante ao discutir sobre a prática de crime de responsabilidade pelo presidente da república e a limitação temporal para a deflagração do processo de *impeachment* apresenta elementos para sustentar a possibilidade de instaurar processo de impeachment no decorrer do segundo mandato consecutivo obtido por reeleição por ato praticado no primeiro mandato.

O doutorando Salustino David dos Santos Andrade vem apresentar informações sobre São Tomé e Príncipe, colônia portuguesa até os anos setenta do século passado quando se tornou independente. Discute sobre a instabilidade política, democracia, constituição e governabilidade neste país em que a formação da Nação e do Estado se deu de forma muito rápida.

A doutora Emanuela Cristina Andrade Lacerda apresenta uma discussão sobre os avanços da tecnologia e a civilização tecnológica. Chama a atenção para a nova realidade em que se está se vivenciando uma era de transformações nas mais diferentes Sociedades do planeta com proporções e rapidez sem precedentes. O que se verifica, segundo a autora é que as mudanças são muito rápidas e que muitas vezes os próprios indivíduos que as provocam não conseguem acompanhá-la. Isso ocorre, segundo ela, pelo avanço da tecnologia.

Jaqueline Moretti Quintero, no sétimo capítulo, apresenta algumas reflexões sobre a política econômica atual, a influência do capitalismo na história da humanidade e suscita a possibilidade de criação de novas regras de garantia e segurança para os Estados e seus povos, para que não venham a sucumbir frente ao poder econômico externo.

O estudo da influência da economia no direito, com enfoque específico à questão do divórcio, verificando as alterações legislativas recentes correspondentes ao tema, é o objeto do texto escrito pela Doutoranda Dóris Ghilardi. As suas observações se fazem segundo as lentes da Análise Econômica do Direito, com o objetivo de verificar se a construção do direito de família brasileiro está sendo construído segundo ditames que atendem o bem-estar dos sujeitos e das relações ou apenas conduzem ao parâmetro da eficiência, conforme o binômio custo/benefício.

Discutir o conhecimento tradicional, buscando verificar os motivos pelo qual inexistem legislação forte e protetiva do conhecimento tradicional no Brasil é a grande preocupação de José

Everton da Silva e de Marcos Vinicius Viana da Silva. Os autores verificam se a não existência de legislação específica são problemas normativos ou resultado de pressões externas do mercado. Entendem que a questão econômica é uma barreira para a proteção do conhecimento tradicional, isto porque os países onde tal conhecimento se encontra, são em sua maioria países em desenvolvimento, e os que exploram tal conhecimento são detentores de grandes mercados econômicos.

Em momento de crise econômica em que os Estados procuram cada vez mais formas de arrecadar impostos, além de formas novas de os criar, Rodrigo de Carvalho vem apresentar as múltiplas perspectivas hermenêuticas hodiernamente utilizadas pela doutrina e pela jurisprudência constitucional do Supremo Tribunal Federal que tentam definir a real natureza jurídica das normas constitucionais veiculadoras de imunidades tributárias.

Demonstrar que a previsão da reincidência, tal como se encontra legalmente instituída no Código Penal Brasileiro não se encontra em harmonia com os objetivos da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que visam promover a igualdade, o fim da marginalização e das desigualdades sociais é o que pretendem Airto Chaves Junior e Halison Tharley Nolli ao escreverem sobre a (in) constitucionalidade material do instituto da reincidência penal.

Discutir sobre as penalidades e as medidas administrativas previstas no Código de Trânsito Brasileiro é a preocupação de Clayton Marafioti Martins e Vanilo Vignola. A abordagem procura esclarecer sobre os dois institutos demonstrando que os objetivos e as características são distintas, embora estejam interligadas em determinadas situações, quando da aplicação de punições aos condutores infratores.

Frederico Wellington Jorge e Waldemar Moreno Junior escrevendo sobre os paradigmas do pluralismo jurídico e da transnacionalidade frente ao direito penal tradicional buscam analisar os efeitos que a mudança de paradigma da transnacionalidade e do pluralismo trouxeram aos modelos de Estado-Nação e seus reflexos no direito de punir exteriorizado no direito penal tradicional e sua insuficiência.

Tendo como objeto os Contratos e as Relações de Consumo Transnacionais, Patrícia Elias Vieira faz uma análise sob a ótica do Direito como Sistema Autopoiético. O novo contexto em que vive a sociedade, caracterizado pela globalização e pela transnacionalidade exige que todas as Relações de Consumo sejam pensadas, analisadas e concretizadas levando em consideração a

complexidade das relações jurídicas.

Fechando a obra, o professor Celso Leal da Veiga Júnior provoca algumas reflexões acerca do Testamento e da Deserdação que são institutos destacados no Código Civil Brasileiro. Faz a discussão dos institutos no viés das Pessoas Idosas que por razões diversas, podem não possuir condições para bem expressar no Testamento a real vontade de deserdar, fazendo com que, no futuro, aquilo que restou consignado seja insuficiente para, através do Poder Judiciário, se confirmar. Tema importante no contexto em que cada vez mais avança a expectativa de vida.

Finalmente, gostaríamos de agradecer a todos os colaboradores pela dedicação e esforço na concretização de suas pesquisas. Sabemos que este esforço teórico em trabalhar “**Temas de Direito Contemporâneo**” é uma forma esclarecida e eficaz de contribuirmos com a construção de um Direito e uma Sociedade mais colaborativa e solidária.

Obrigado a todos!

Prof. Dr. Clovis Demarchi

Prof. Dr. Francisco Jose Rodrigues de Oliveira Neto

Organizadores

A DOGMÁTICA JURÍDICA E OS NÍVEIS DE RACIONALIDADE

Helena Nastassya Paschoal Pítsica¹

INTRODUÇÃO

Nos estudos acerca dos atuais caminhos embrenhados pelo Direito e numa perspectiva pragmática, entendemos por estabelecer como Categoria Estratégica² para compreensão do Direito, a Dogmática Jurídica. E foi assim que, imediatamente veio em mente o objetivo central do presente artigo, qual seja o de apresentar a Dogmática Jurídica em um dos seus aspectos mais visíveis, o do Direito Positivo, em especial a lei e os Níveis de Racionalidade da Produção Legislativa.

O homem, utilizando seu poder mental, sua razão e sua inteligência emocional, quando suscitado a decidir uma dada situação, deve tomar uma decisão. Na área jurídica essa decisão dá-se com a exteriorização da utilização do poder mental e é manifestada através de parecer e/ou sentença que surge como o produto proveniente do fato e do ordenamento jurídico, numa leitura da lei feita através dos filtros que processam as informações e formam as convicções.

O parecer e a decisão judicial são, assim, resultado, ou seja, o produto final que, embasado nas normas que compõem o Ordenamento Jurídico e influenciado por vivências – valorações próprias dos seres humanos -, refinado por filtros pessoais interpretativos, é aplicado ao fato.

Apesar do texto legal (que deve ser claro, objetivo, elaborado com uma linguagem apropriada) ser essencial na busca pela Justiça aplicada na Decisão/Parecer, igualmente é importante que as decisões judiciais venham embasadas não só no preceito legal, mas também nas interpretações possíveis de acordo com o que se propõe no Ordenamento Jurídico.

Mas esse arcabouço de interpretações e de exteriorização do Direito tem como nascedouro, maioria das vezes, o Direito Positivo. Vivemos ainda tempos em que “o que não está na lei pode ser amplamente discutido mas poucas vezes acatado”. Ora, se ainda temos um Direito

¹ Doutoranda e Mestra pela Universidade do Vale do Itajaí, Advogada, Professora de Graduação e Pós-Graduação.

² Quanto a Categorias Estratégicas preleciona Pasold que “A Técnica da Categoria e seu rol é ferramenta útil tanto para o início de pesquisas sobre normas jurídicas ou textos, quanto para o início de uma pesquisa temática”. PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. 12. ed. São Paulo: Conceito Editorial, 2011. p. 35.

fundado em leis, melhor observá-las com máxima atenção. É nesse ponto que entram os Níveis de Racionalidade propostos por Manoel Atienza e aqui apresentados. Mas, como as normas integram a Dogmática Jurídica, achamos por bem iniciar por ela para, então, partir para os Níveis de Racionalidade.

Para o presente artigo foi utilizado o Método dedutivo com a utilização das técnicas do Referente, da Categoria e dos Conceitos Operacionais, da Pesquisa Bibliográfica e do Fichamento³.

1. DOGMÁTICA JURÍDICA: ESCORÇO CONCEITUAL

Em busca de um conceito inicial, encontramos em Andrade o delineamento sobre o qual deitaremos algumas considerações. Para ela:

Dogmática jurídica [...] se identifica com a ideia de Ciência do Direito que, tendo por objeto um Direito Positivo vigente em um dado tempo e espaço e por tarefa metódica (imaneente) a “construção” de um “sistema” de conceitos elaborados a partir da “interpretação” do material normativo, segundo procedimentos intelectuais (lógico-formais) de coerência interna, tem por finalidade ser útil à vida, isto é, à aplicação do Direito.⁴

Neste sentido, a dogmática então parte da interpretação das normas jurídicas em vigor interconectando-as internamente, formando a malha sistêmica de teorias e conceitos que, convergindo com a lei, teria como função “garantir maior uniformização e previsibilidade possível das decisões judiciais e, conseqüentemente, uma aplicação igualitária (decisões iguais para casos iguais) do Direito”⁵ que, pautada na hermenêutica, alcance a desejável segurança jurídica.

Partindo da visão de Osvaldo Melo na qual o Direito há de ser visto um sistema, destacamos que essa noção de um sistema de conceitos e regras técnicas ofereceu ao mundo jurídico um modelo dogmático sofisticado pela contribuição da lógica e dos princípios construídos pela Ciência do Direito. Neste ponto, por oportuno, salientamos que a interpretação não era a principal função do jurista, mas sim, a construção de um sistema jurídico que, para Melo, é o nascedouro, a base do que iríamos a denominar Dogmática Jurídica⁶.

Ainda em Osvaldo Melo é possível verificar duas vertentes teóricas que diferenciam o

³ Conforme PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica**: teoria e prática. 12. ed. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

⁴ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Dogmática jurídica**: esborço de sua configuração e identidade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996. p. 18.

⁵ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Dogmática jurídica**: esborço de sua configuração e identidade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996. p. 18.

⁶ MELO, Osvaldo Ferreira de. **Temas atuais de política do direito**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

sistema dogmático da Ciência Geral do Direito. A primeira diz respeito aos limites da soberania de um Estado, que influenciará na criação e alimentação de um determinado sistema dogmático, diferindo-o de outros sistemas pelas suas particularidades, uma segunda que diz respeito ao aspecto pragmático segundo o qual:

[...] esse aspecto prático mencionado pelos autores citados, que se compadece diretamente com a atividade dos operadores do Direito, é a característica suficiente para diferenciá-lo da natureza da Ciência Jurídica, cujos conceitos e princípios lhe dão a necessária armadura para descrever rigorosamente o seu objeto que é o direito positivo como uma realidade jurídica, segundo a conhecida lição de Kelsen⁷.

O sistema dogmático, pode ser aqui entendido como “conjunto ordenado de normas, princípios, conceitos e regras de procedimentos, que conduz a uma decisão jurisdicional”⁸ ou, em palavras de Atienza:

Para a dogmática, em opinião, a sistematização de um certo material normativo é uma tarefa central, mas que não constitui um fim em si mesma, senão um meio para realizar o que constitui sua função social mais relevante: subministrar critérios para a aplicação, interpretação e modificação do Direito. Definitivamente, o que caracteriza a dogmática não é tanto - ou, ao menos, não é apenas - sua função explicativa, senão sua função de justificação.⁹

Esses critérios para aplicação, interpretação e modificação do Direito são vistos por Osvaldo Ferreira de Melo como “um saber teórico (construção de um sistema conceitual) mas também como uma atividade funcional, e por isso comprometida com a práxis”¹⁰. E assim, dependendo da fonte de alimentação (em que repousa com exclusividade no Direito Positivo), tal sistema somente existirá nos “limites da soberania de um Estado, ou seja, um determinado sistema dogmático deferirá de outros similares pelas peculiaridades da realidade normativa de cada Estado”¹¹.

A dogmática neste contexto, baseia-se em princípios e contextos extraídos dos textos legais, que por sua vez encontram os sistemas a partir das normas, o que faz com que qualquer imagem de indeterminação e incompletude do direito seja vista como uma restrição na perspectiva de análise uma vez que:

O que é incompleto não é o direito, mas antes a imagem dele aceita pelo positivista, e que a circunstância, de isso assim ser emergirá da sua própria concepção “interpretativa” do direito,

⁷ MELO, Osvaldo Ferreira de. **Temas atuais de política do direito**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998. p.69

⁸ MELO, Osvaldo Ferreira de. **Dicionário de política jurídica**. Florianópolis : OAB Editora, 2000. p.88.

⁹ ATIENZA, Manuel; MANERO, Juan Ruiz. **Las piezas del derecho**: teoría de los enunciados jurídicos. Barcelona: Ariel, 1996. p.20

¹⁰ MELO, Osvaldo Ferreira de. **Temas atuais de política do direito**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998. p.67.

¹¹ Quanto a “soberania dos Estados” colocamos aqui que mesmo as normativas internacionais ou transnacionais são pautadas pelo acatamento das mesmas pelos Estados, motivo pelo qual decidiu-se manter o raciocínio de Melo.

enquanto inclui, além do direito estabelecido explícito, identificado por referência às suas fontes sociais, princípios jurídicos implícitos, que são aqueles princípios que melhor se ajustam ao direito explícito ou com ele mantém coerência, e também conferem melhor justificação moral dele (grifo no original)¹².

Neste sentido, é na decidibilidade dos conflitos que “parece” estar a função essencial da Dogmática Jurídica. É na “orientação das decisões e na mediação articulada entre a instância normativa e a judicial” que está a práxis cotidiana das tarefas dogmáticas e “isso significa que o desejado pelo legislador vai ganhar vida nas decisões de quem julga. Tal expectativa é alimentada por todo um sistema conceitual que pretende garantir e controlar sua racionalidade”¹³.

Acerca da dogmática, Alceu de Oliveira Pinto Jr destaca que:

Em que pese sua inestimável e permanente tarefa de sustentar o estado de Direito, o pensamento dogmático, pelo inflexível compromisso com o princípio da segurança jurídica, tem sofrido crítica cada vez mais perturbadora em razão de pretender insistir na fonte normativa para a decisão sobre a norma.¹⁴

Entendemos que o compromisso com a Segurança Jurídica não significa abstração de qualquer juízo de valor, ao contrário. Negar a existência dos filtros é pior que termos consciência de seu papel na interpretação do Direito.

2. NÍVEIS DE RACIONALIDADE

Como se disse, a Dogmática Jurídica deita raízes na dimensão normativa do Direito, motivo pelo qual, para fins deste artigo, conceituamos Direito Positivo como o:

[...] direito posto pelo poder soberano do Estado, mediante normas gerais e abstratas. Isto é, como “lei”. Logo, o positivismo jurídico nasce do impulso histórico para a legislação, se realiza quando a lei se torna a fonte exclusiva – ou, de qualquer modo, absolutamente prevalente – do direito, e seu resultado último é representado pela codificação.¹⁵

Ainda que entendamos que o sistema dogmático não trabalha com normas como se fossem de sentido uno e fixo, ainda assim é necessário percebermos o pensamento acerca da Produção Legislativa do direito sob a ótica de Manoel Atienza em sua *Contribucion a una Teoria de la*

¹² HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de direito**. Trad. Armino Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 335. Título original: *The Concept of Law*.

¹³ MELO, Osvaldo Ferreira de. **Temas atuais de política do direito**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998. p.69.

¹⁴ PINTO JR. Alceu de Oliveira. **A dogmática jurídica e a discricionariedade do juiz na aplicação da pena**. Revista Novos Estudos Jurídicos. v. 8, n. 1 (2003). Disponível em: <http://www6.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/318/263>. Acesso em: 22 abr. 2015.

¹⁵ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. Tradução e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Icone, 1995. p. 119. Título original: *Il positivismo giuridico*.

*Legislacion*¹⁶ no qual traduz Níveis de Racionalidade da Produção Legislativa, para que seja possível, ao deparar-se com o Direito Positivo, ir além do legislado e publicado, compreendendo sua limitação emanada de ações humanas.

Sob o ponto de vista dogmático, a técnica legislativa atua como uma espécie de medicina preventiva posto que a Produção Legislativa do Direito, sua clareza

Em Atienza, os Níveis de Racionalidade legislativa podem ser classificados em cinco modelos que compreendem elementos tais quais: editores, destinatários, sistema jurídico, fins e valores divididos em: a) R1: racionalidad comunicativa lingüística; b) R2: racionalidad jurídico-formal; c) R3: racionalidad pragmática; d) R4: racionalidad teleológica; e) R5: racionalidad ética.

Esses Níveis de Racionalidade, em verdade, compõem elementos de análise da legislação. Neste ponto, haveríamos de levar em consideração não só os Níveis de Racionalidade como também a exposição de motivos da norma (que seria quase que uma motivação da mesma).

Quanto a essa análise, deveremos levar em consideração o fato de ser um processo complexo em que diversos atores (por exemplo: editores, destinatários, órgãos legisladores, autoridade legítima, dentre outros) atuam nas diversas fases (pré-legislativa, legislativa e pós-legislativa) de forma coordenada ou autônoma.

Independentemente de comporem a fase pré-legislativa, legislativa ou pós-legislativa, manteremos o raciocínio de Atienza encadeando os Níveis de Racionalidade conforme sua obra.

Porquanto, no primeiro nível de racionalidade "R1: racionalidad comunicativa linguística" o que se aborda é a clareza que as leis devem ter, no sentido de que, o "edictor" e o "destinatário" das leis veem-se como transmissores e receptores de um certo tipo de informações que se organizam em um sistema (jurídico). Tal sistema consistirá em uma série de enunciados linguísticos, organizados a partir de um código comum ao transmissor e receptor (linguagem) e dos canais que asseguram a transmissão das mensagens (leis)¹⁷. Como a lei, neste nível já é, ou seja, já foi publicada e está em vigor, estamos tratando de um nível que repousa na fase legislativa.

Se já existe e já surte efeitos, manter uma clareza comunicativa é essencial pois, conforme preceitua Pasold:

¹⁶ ATIENZA, Manoel. **Contribución a una teoria de la legislacion**. Madrid: Civitas. 1997.

¹⁷ ATIENZA, Manoel. **Contribución a una teoria de la legislacion**. Madrid: Civitas. 1997. p. 28

[...] um Processo comunicativo deve, sempre com empenho de todos os seus participantes, buscar a efetividade máxima, porque com ela terão sido atingidos os mais elevados padrões de racionalidade, eficiência e eficácia¹⁸.

Assim, com o fim de alcançar esta clareza comunicativa, o “edictor” da lei, não deve ser somente um editor formal, mas também o redator da mensagem (draftsman) e ser um conhecedor do contexto social em que a norma será aplicada.

No entanto, destaca Atienza que em alguns casos especiais, convém ao sistema jurídico que leis não tenham a clareza comunicativa posto que a clareza comunicativa somente valerá em função de valores que podem ser encontrados em outros Níveis de Racionalidade. Pode, por exemplo, haver uma lei que restrinja obscuramente as liberdades políticas. Neste caso, é preferível do que uma que a faça de maneira clara e inequívoca¹⁹, posto que, em nível de interpretação, haveria uma grave limitação quanto ao seu real espectro de abrangência.

Este nível de racionalidade, como todos os demais a seguir, contém também uma irracionalidade intrínseca, atentando para o vocábulo denominado irracionalidade, entendido por Atienza como “não racional” ou “não plenamente racional”. Tal irracionalidade, neste nível, se configurará quando fracassa como ato de comunicação.

Rara é a lei que atinge cem por cento este nível de racionalidade. Um caso extremo de irracionalidade "en R1 se produce cuando el mensaje que se transmite es justamente el contrario del que se deseaba transmitir"²⁰

A lei, tal qual um contrato, não pode cair na ilogicidade. Para tanto o uso de conhecimentos como a lógica, a lingüística, a informática ou a psicologia minimizam possibilidade da ocorrência da irracionalidade neste primeiro nível.

Por outro lado, e já adentrando o segundo nível de racionalidade denominado " R2: racionalidad jurídico-formal", é desejável pois reside no campo da Dogmática Jurídica, sendo ela responsável pela organização do sistema jurídico.

Aqui, sistema jurídico entendido como um conjunto de normas validamente estabelecidas e estruturadas em um sistema, pois, segundo Atienza a finalidade da atividade legislativa é a sistematicidade, ou seja, que sejam um conjunto sem lacunas, contradições ou redundâncias de

¹⁸ PASOLD, Cesar Luiz. **Personalidade e comunicação**. Florianópolis: Plus Saber. 2002. p. 56

¹⁹ ATIENZA, Manoel. **Contribución a una teoría de la legislación**. Madrid: Civitas. 1997. p. 29.

²⁰ ATIENZA, Manoel. **Contribución a una teoría de la legislación**. Madrid: Civitas. 1997. p. 30.

tal maneira haja segurança jurídica já que se trata de um mecanismo de previsão das condutas Humanas e suas consequências²¹.

Tal sistematicidade é que faz com que as normas estejam hierarquicamente dispostas e que tenham sempre respeitados os preceitos constitucionais, dentro de uma competência legislativa determinada. Implementar este nível de racionalidade significa, assim, melhorar o que usualmente é denominado técnica legislativa, com conhecimentos dogmáticos buscando no Direito comparado, na teoria do Direito e na lógica jurídica as bases de suas proposições²².

Neste nível de racionalidade, então, poderia ser considerada irracional uma lei que contribuísse, por exemplo, para desestruturar o Ordenamento Jurídico (Sistema Jurídico). Esta irracionalidade, como reside na fase pós-legislativa, pode ocorrer caso a lei não cumpra critérios estabelecidos pelo ordenamento em que tomará parte, ou porque, ao não respeitar os critérios, incorre em lacunas ou contradições.

Prosseguindo e ainda fazendo parte da fase pós-legislativa, a " R3: racionalidad pragmática", por sua vez, consiste na adequação da conduta dos destinatários ao que está prescrito na lei. Sua finalidade é conseguir que as leis sejam obedecidas, ou ainda, que as leis não sejam somente um enunciado linguístico, mas, o Direito em ação.

Este nível trata, assim, da efetividade ou eficácia da lei vez que a lei deve ter em seu espectro elementos de ciência política, psicologia e, sobretudo, elementos advindos da sociologia²³. Seus editores – legisladores e juízes – como representantes do Estado, tem o poder não só de editar normas válidas mas também de as fazer obedecer.

Mais que enunciados linguísticos, a lei como um comando normativo, representa o Direito em ação, a obediência à prática do Direito e sua influência no comportamento humano do destinatário final.

Por outro lado, no "R4: racionalidad teleológica"²⁴ os editores são os portadores dos interesses sociais, sejam eles particulares ou gerais que fazem com que os mesmos sejam traduzidos em leis. Aqui, o sistema jurídico há de ser entendido como um meio para conseguir os

²¹ ATIENZA, Manoel. **Contribución a una teoría de la legislación**. Madrid: Civitas. 1997. p. 32.

²² Esta técnica legislativa poderia ser estabelecida com a elaboração de uma série de diretrizes legislativas combinadas com oficinas qualificadoras para os responsáveis pela elaboração das leis.

²³ ATIENZA, Manoel. **Contribución a una teoría de la legislación**. Madrid: Civitas. 1997. p. 37.

²⁴ Teleologia como "princípio regulador da capacidade de julgar e de estabelecer critérios e juízos, tendo em vista os fins que se pretende alcançar" MELO, Osvaldo Ferreira de. **Dicionário de política jurídica**. Florianópolis : OAB Editora, 2000. p.92.

fins. Daí o questionamento que deveremos ter em mente quando da análise deste nível de Racionalidade: qual o verdadeiro fim almejado pela lei que será ou foi editada? É possível verificar em sua justificativa uma finalidade falsa que ali permaneça para acobertar um outro fim que não seja o aparentemente externado?

Estes fins podem ser os fins ou objetivos do Estado, e/ou da Sociedade Política, mas sempre convergindo com os princípios estabelecidos na Constituição. A irracionalidade deste nível estaria configurada a partir do momento em que as leis não produzirem efeitos ou ainda, quando produzem efeitos não previstos ou desejáveis.

Por fim, o nível "R5: racionalidad ética" em que os editores são vistos sob o ponto de vista de quem está legitimado e em que circunstâncias o está para exercer o poder normativo. Neste nível, o sistema jurídico como um sistema de normas deve ser pautado por uma ética tomada como referência que, por mais abstrata que possa ser, deve ser balizada pela liberdade, igualdade e justiça²⁵.

Por tratar de ética, cabe-nos trazer aqui, a percepção de Pasold segundo a qual ética e moral são categorias inconfundíveis entre si sendo que ética é “[...] a atribuição [também subjetiva] de valor ou importância a pessoas, condições e comportamentos e, sob tal dimensão, é estabelecida uma noção específica de Bem a ser alcançado em determinadas realidades concretas, sejam as institucionais ou sejam as históricas.”²⁶

E Moral, por sua vez, “Uma disposição subjetiva de determinação do que é correto e do que é incorreto e, sob tal pressuposto, estabelecer-se uma noção própria do Bem e do Mal.”²⁷

Tal identificação de ética e moral vem, não obstante, com a advertência de que tais categorias, apesar de diferentes podem, quando dinamizadas na vida humana, ter conexões e interações. No caso da racionalidade ética, nos parece que o conceito atribuído por Pasold vem delinear o comportamento esperado e a ser balizado pelos ideais de liberdade, justiça e igualdade.

A irracionalidade da lei neste nível, ocorrerá se não estiver justificada eticamente, ou se tiver sido feita por quem não tenha legitimação ética, ou ainda, por prescrever comportamentos que pretenda fins ilegítimos.

²⁵ ATIENZA, Manoel. **Contribución a una teoría de la legislación**. Madrid: Civitas. 1997. p. 39.

²⁶ PASOLD, Cesar Luiz. **Ensaio sobre a ética de Norberto Bobbio**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008. p. 26

²⁷ PASOLD, Cesar Luiz. **Ensaio sobre a ética de Norberto Bobbio**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008. p. 25

El único [instrumento] del que dispone la ética es el discurso moral, pero justamente se trata de un instrumento que se desnaturalizaría si se utilizara para conseguir finalidades (fines perlocucionarios) que vayan más allá del propio discurso²⁸.

Neste nível, com os conhecimentos advindos da sociologia do Direito, será possível identificar quais são os valores socialmente vigentes em relação à matéria regulada por uma determinada lei, qual a conexão de um determinado sistema ético com determinados interesses materiais, e assim por diante.²⁹

Com base nos Níveis de Racionalidade acima explicitados Atienza realizou uma análise contrapondo os Níveis de Racionalidade para ver como estes poderiam combinar-se para dar conta do processo real legislativo, de tal forma que o nível de racionalidade R1 (racionalidad comunicativa lingüística) pode ser considerado o nível mais básico de racionalidade e em composição com o nível R2 (racionalidad jurídico-formal), ajuda a alcançar os fins desejados no sistema jurídico, quais sejam, precisão, e sistematicidade pois uma lei não perde nunca a sistematicidade por ser clara e ter precisão lingüística, ao contrário.

Já o nível de racionalidade R1 (racionalidad comunicativa lingüística), talvez pudesse entrar em conflito com a R3 (racionalidad pragmática) ou R4(racionalidad teleológica) se a lei é simbólica, ou que tenha sido feita para não ser cumprida, ou para não produzir os efeitos declarados.

Assim, as leis costumam ser obscuras e imprecisas, o que significa que a racionalidade lingüística se subordina a racionalidade pragmática e à teleológica: as obscuridades lingüísticas podem ser um meio para alcançar a racionalidade pragmática ou teleológica³⁰.

O mesmo poderia acontecer em relação com a racionalidade axiológica. Uma lei pode ser racional no nível R1 (racionalidad comunicativa lingüística) e não o ser no R5 (racionalidad ética); também pode ocorrer que os fins de liberdade, igualdade e justiça, para que aconteçam, seja necessário dar uma ampla margem de equidade ao órgão aplicador da lei, o que necessitaria de uma forma lingüisticamente imprecisa, bem como o nível de racionalidade R2 (racionalidad jurídico-formal) que tem com R3 (racionalidad pragmática) uma relação de dependência pois não basta que a lei seja racional no nível R2 (racionalidad jurídico-formal) sem o ser no nível R3 (racionalidad pragmática), pois para que uma lei alcance um elevado grau de cumprimento é

²⁸ ATIENZA, Manoel. **Contribución a una teoría de la legislación**. Madrid: Civitas. 1997. p. 40.

²⁹ ATIENZA, Manoel. **Contribución a una teoría de la legislación**. Madrid: Civitas. 1997. p. 42.

³⁰ ATIENZA, Manoel. **Contribución a una teoría de la legislación**. Madrid: Civitas. 1997. p. 59.

necessário que seja perfeita sob o ponto de vista da sistematicidade. A sistematicidade de uma lei facilita de alguma maneira que esta seja eficaz.

Por sua vez, os níveis R2 (racionalidad jurídico-formal) e R4 (racionalidad teleológica) podem ser considerados como de oposição. A racionalidade R2 (racionalidad jurídico-formal) é basicamente a racionalidade da dogmática (dogmática tradicional). A racionalidade R4 (racionalidad teleológica) é também a racionalidade em que opera o jurista (dogmático não tradicional): o jurista realista de orientação sociológica, por exemplo, que considera o direito como meio para alcançar certos fins tais como o técnico social manipula as normas para conseguir determinados objetivos.

Assim, a contraposição clássica existente entre segurança e justiça não é nem mais nem menos que a contraposição entre a racionalidade jurídico-formal e a ética - níveis R2 (racionalidad jurídico-formal) e R5 (racionalidad ética). A sistematicidade de uma lei faz com que esta seja um mecanismo de previsibilidade, de segurança, mas não faz com que se assegure a liberdade, a igualdade e a justiça.

As implicações mútuas entre a racionalidade pragmática e a racionalidade teleológica são evidentes, mas R4 (racionalidad teleológica) não é simplesmente uma continuidade em relação a R3 (racionalidad pragmática). Evidente que uma lei racional sob o ponto de vista pragmático pode não o ser em nível teleológico (o cumprimento de uma lei não assegura que com isso se alcance os objetivos sociais).

O mesmo ocorre com R3 (racionalidad pragmática), R4 (racionalidad teleológica) e R5 (racionalidad ética) o cumprimento do Direito e/ou a realização dos objetivos sociais estabelecidos é uma questão independente de sua justificação moral. É a distinção entre técnica e ética, entre a racionalidade instrumental e a racionalidade dos fins.

Ora, esses Níveis de Racionalidade interferem diretamente na interpretação hermenêutica da previsão legal uma vez que a hermenêutica jurídica, conforme palavras de Orlando Ferreira de Melo, e de acordo com o entendimento clássico, formalista, “tem seu centro de interesse entranhado na compreensão da lei para extrair da sua estrutura verbal o sentido do conteúdo, com vista à aplicação a um caso concreto” já que numa visão mais moderna e dinâmica, a hermenêutica “não se firma somente ou preferencialmente na interpretação do Direito escrito,

normado, mas nos fatos da vida” cujo norteador é a conduta humana.³¹

A Dogmática Jurídica e seu amplo espectro sistêmico tem um de seus epicentros na Produção Legislativa, motivo pelo qual devemos nos deter na análise do que lá está proposto, suas tipificações, conceitos, princípios e comandos exarados de tal maneira que as interpretações, decisões e obrigatoriedades dela advindas formem o conjunto realmente pretendido e almejado pela Sociedade e pelo Estado.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como a Dogmática Jurídica estuda o Direito vigente em determinado tempo e espaço históricos, é parte, portanto, da Sociedade com regras e preceitos que estabelecem muito além de direitos e obrigações.

Com isso, diante da premissa de que o pensamento dogmático não tem como escopo somente a sistematização do Direito posto, tem também sua função persuasiva ao apresentar regras e proposições que visam orientar, no campo judicial, a fase decisória, não há porque buscar argumentos pontuais e positivistas quando da solução das demandas que envolvam casos concretos, em especial os voltados para o coletivo ou difuso posto ser a decidibilidade um dos fulcros da Dogmática Jurídica.

Ora, há de se conceber o Direito não só sob o seu aspecto formal, exclusivamente a partir da norma, mas, também, e principalmente, vislumbrando neste Direito a influência de fatores externos ao sistema jurídico, vale dizer, dos valores, dos elementos axiológicos, originados na Sociedade, justamente o campo de nascimento e atuação do direito.

Mas isso não significa menosprezar, em hipótese alguma, as fases legislativas de produção da norma. Senão, como agir na hipótese de descompasso entre a norma engessada em virtude de sua inflexibilidade e arraigados valores oriundos ainda do absolutismo, e a evolução da Sociedade e a primordial tarefa da consecução da justiça, da utilidade social e da segurança jurídica? A resposta está na função primeira do jurista, qual seja: a máxima atenção dada desde o nascedouro das normas até a interpretação hermenêutica frente ao caso concreto.

Há que temos firme que a concretização desta momentânea e limitada utopia, será possível

³¹ MELO, Orlando Ferreira de Melo. Conexões possíveis entre hermenêutica jurídica e política do direito. **Novos Estudos Jurídicos**. n. 4, out. 98. Itajaí: Univali. p.83.

somente com uma maior humanização, particularização da norma abstrata, em face dos valores, anseios e necessidades da Sociedade.

O Direito não pode cingir-se ao formalismo da norma, em detrimento das reais necessidades individuais e coletivas, mas, ao contrário, precisa ter o homem – individual ou coletivamente considerado – como centro de atenção e tutela, utilizando como referência conceitos operacionais claros, políticas definidas e parâmetros constitucionais expressos.

Essa visão política pautada em um "todo que contribui para cada um, não como um dever decorrente de sua condição inalienável do todo, provedor e beneficiário potencial e efetivo"³² resulta no alcance dos anseios do todo social.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Dogmática jurídica**: esboço de sua configuração e identidade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.

ATIENZA, Manoel. **Contribución a una teoría de la legislación**. Madrid: Civitas. 1997.

ATIENZA, Manuel; MANERO, Juan Ruiz. **Las piezas del derecho**: teoría de los enunciados jurídicos. Barcelona: Ariel, 1996.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. Tradução e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Icone, 1995. p. 119. Título original: // *positivismo giuridico*.

HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de direito**. Trad. Armindo Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 2001. Título original: *The Concept of Law*.

MELO, Orlando Ferreira de Melo. Conexões possíveis entre hermenêutica jurídica e política do direito. **Novos Estudos Jurídicos**. n. 4, out. 98. Itajaí: Univali.

MELO, Osvaldo Ferreira de. **Dicionário de política jurídica**. Florianópolis : OAB Editora, 2000.

MELO, Osvaldo Ferreira de. **Temas atuais de política do direito**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

PASOLD, Cesar Luiz. **Ensaio sobre a ética de Norberto Bobbio**. Florianópolis: Conceito Editorial,

³² PASOLD, Cesar Luiz. **Função social do estado contemporâneo**. 3 ed. rev. atual. e ampl. Florianópolis: OAB/SC. 2003. p. 96-97.

2008.

_____. **Função social do estado contemporâneo**. 3 ed. rev. atual. e ampl. Florianópolis: OAB/SC.

2003.

_____. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. 12. ed. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

PASOLD, Cesar Luiz. **Personalidade e comunicação**. Florianópolis: Plus Saber. 2002.

PINTO JR. Alceu de Oliveira. **A dogmática jurídica e a discricionariedade do juiz na aplicação da pena**. Revista Novos Estudos Jurídicos. v. 8, n. 1 (2003). Disponível em: <http://www6.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/318/263>. Acesso em: 22 abr. 2015.

BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA DO ADOLESCENTE EM CONFLITO COM A LEI

Jonathan Cardoso Régis¹

INTRODUÇÃO

O presente estudo versa acerca de uma breve reflexão quanto à dignidade da pessoa humana do adolescente em conflito com a lei, delimitando a pesquisa fundada em repensar conceitos e ações desenvolvidos no processo de ressocialização e reinserção social do adolescente infrator, sob o prisma do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e, em desenvolvimento.

Diariamente chega ao conhecimento da sociedade (telejornais, redes sociais, mídias impressas, dentre outros) situações relacionadas a violência, descasos e abusos nos Centros de Internamento Provisório (CIP), aliada a ambientes em total desconformidade com os preceitos constitucionais de Dignidade da Pessoa Humana, o que dificulta sobremaneira a aplicação, de forma efetiva, de medidas em busca da recuperação/ressocialização de adolescentes infratores.

Tem-se como objetivo geral expor sucintamente o ato infracional cometido pelo adolescente em conflito com a lei e de que maneira a medida socioeducativa vem sendo aplicada, em especial, no que diz respeito a internação. Partindo desse objetivo, destacam-se três objetivos específicos: a identificação da evolução e a influência histórica da normativa que influenciou na construção legislativa da tutela dessas pessoas em desenvolvimento.

A Doutrina da Proteção Integral e os Direitos Humanos, sendo a primeira tida como “aquela que abranja todas as necessidades de um ser humano para o pleno desenvolvimento de sua personalidade²”, de maneira integral e especializada, e o segundo, constituído como o conjunto institucionalizado de direitos e garantias do ser humano, o qual tem por finalidade, o respeito a

¹ Doutorando em Ciência Jurídica – Univali. Mestre em Gestão de Políticas Públicas – Univali. Especialista em Administração de Segurança Pública - Unisul/PMSC. Bacharel em Direito – Univali. Prof^o no Curso de graduação lato de Direito - Univali. E-mail: vipersc@ig.com.br.

² ELIAS, Roberto João. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente**: Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 2.

sua dignidade, através de sua proteção contra o arbítrio do poder estatal, do estabelecimento de condições mínimas de vida e do desenvolvimento da personalidade humana³.

Tem-se ainda a medida socioeducativa de internação e o respeito e garantia ao princípio da Dignidade da Pessoa Humana, visto como um elemento intrínseco e imensurável da própria existência humana e, em especial, daquela em desenvolvimento.

Para a elaboração deste trabalho foi utilizado o método dedutivo, partindo-se da perspectiva geral para uma específica, a busca na legislação vigente e na doutrina, bem como a técnica do referente.

O estudo se justifica como meio de reflexão, como já asseverado, ao respeito a dignidade da pessoa humana em desenvolvimento, quando da aplicação de medida socioeducativa de privação de liberdade.

Acredita-se que o tema, muito embora complexo, mas aqui apresentado de maneira breve, é atual, imprescindível, de interesse social e com vistas à proteção das pessoas em desenvolvimento, resultando na ressocialização efetiva do adolescente infrator.

1. SÍNTESE DA EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA FRENTE À CRIANÇA E AO ADOLESCENTE

Visando compreender a proteção às pessoas em desenvolvimento, quais sejam crianças e Adolescentes, se prima em destacar, sinteticamente a evolução histórica de algumas normativas, dentro da legislação brasileira, mais precisamente entre período do Império e os dias atuais, abordando ainda aspectos internacionais.

Sabe-se do crescimento assustador da violência e da delinquência, que direta e indiretamente afetam adultos, e principalmente Crianças e Adolescentes pode ser decorrente da marginalização social.

Com o surgimento do Estado Contemporâneo, caracterizado pelo dever estatal de efetivar os direitos fundamentais, a ideia de proteção à infância vai, gradativamente, sendo consagrada como uma das funções estatais obrigatórias, seja no plano internacional, seja no nacional e paralelamente distanciando-se da seara criminal para se situar autonomamente como ramo próprio do Direito.⁴

³ MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais**: teoria geral: comentários dos artigos 1º ao 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. 8 ed. São Paulo: Atlas, 2007.

⁴ SILVA, Marcelo Gomes. **Ato Infracional e Garantias**: Uma Crítica ao Direito Penal Juvenil. Florianópolis: Editora Conceito, 2008, p. 25.

Existem ainda fatores relacionados, em sua maioria, a ações ilícitas decorrentes de situações particularmente difíceis em que se encontra parcela da população, como a submoradia, o subemprego, dentre outros fatores pertencentes ao submundo, estes também de responsabilidade do Estado, do poder público constituído, das políticas públicas, como também é a Segurança Pública.

Quanto ao Brasil imperial, demonstra de que forma crianças e Adolescentes eram tratados:

No Código Criminal do Império, sancionado pelo Imperador D. Pedro I, em 16 de dezembro de 1830, não se julgavam criminosos os menores de 14 anos (art. 10, § 1º), mas se houvessem com discernimento deveriam ser recolhidos às casas de detenção pelo tempo que o juiz entendesse conveniente (art. 13). Entre 14 e 21 anos de idade o infrator tinha sua pena atenuada, ficando facultado ao juiz, desde que o autor fosse menor de 17 anos, impor-lhe as penas da cumplicidade em substituição àquelas que seriam ordinariamente aplicadas aos maiores [...]⁵.

Denota-se que após a Proclamação da República, em 1890, foi instituído o Código Penal da República através do Decreto nº 847, de 11 de outubro de 1890, e a inimputabilidade penal passou aos menores de 09 (nove) anos de idade, permanecendo a maioridade a partir dos 14 (quatorze) anos, como previsto no Código do Império, sendo que se declaravam os menores de 9 (nove) anos de idade irresponsáveis de pleno direito, bem como aqueles com idade entre 09 (nove) e 14 (quatorze) anos agindo sem discernimento e ações ilícitas realizadas por pessoas dentro dessa faixa etária e verificado o discernimento destas, eram recolhidos a estabelecimentos disciplinares, permanecendo de acordo com o tempo em que o juiz achasse conveniente.

Assim, observa-se que num primeiro momento, a referência dos menores na legislação brasileira, surgiu com o objetivo de inibir e responsabilizar penalmente estes, em decorrência de seus atos de delinquência e, em um segundo momento, a ideia na legislação da introdução dos menores com o objetivo de resguardar a ordem e o progresso social, em virtude do receio da sociedade e do Estado do perigo em potencial que era uma infância pobre e moralmente abandonada⁶.

Como é sabido, as revoluções sociais ocorridas no início do século XX também vieram a influenciar a legislação brasileira, as transformações ocorridas na Europa em relação à Criança e ao Adolescente, como a descoberta do sentimento da infância, da disciplina e da educação como parte da vida infanto-juvenil, também surtiram seus efeitos no Brasil e a reivindicação pelos

⁵ PAULA, Paulo Afonso Garrido de. **Direito da criança e do adolescente e tutela jurisdicional diferenciada**. São Paulo: RT, 2002, p. 15.

⁶ KAMINSKI, André Karst. **O Conselho Tutelar, a criança e o ato infracional: proteção ou punição?** Canoas, ULBRA, 2002.

direitos da criança decorrente de um movimento internacional, buscou o reconhecimento de sua condição distinta do adulto⁷.

Sendo assim, no início do século XX, os interesses relacionados a assistência, defesa e proteção do menor começam a crescer em várias esferas em favor de uma legislação mais específica à Criança⁸.

Contudo, os primeiros projetos de lei que surgiram a época, não lograram êxito, em decorrência de persistirem com uma característica a “Teoria da Ação com Discernimento”, com o objetivo de avaliar a responsabilidade dos agentes pela prática de ato criminal, sendo que não eram considerados criminosos os menores entre 12 (doze) e 17 (dezesete) anos de idade que agissem sem compreenderem o ato praticado.

Em 1921, surge a Lei n. 4.242 de 05 de janeiro, a qual trouxe alterações no Código Penal da República no que diz respeito ao critério do discernimento, eliminando-o, passando-se a considerar inimputável o menor de quatorze anos⁹.

No ano de 1924 foi criado o primeiro Juízo Privativo de Menores, sendo que o primeiro titular – Dr. José Cândido Albuquerque Mello Mattos – foi, além de criador de vários estabelecimentos de assistência e proteção à infância abandonada e delinquente, o responsável pela organização do Código de Menores, que ficou conhecido como o “Código Mello Mattos¹⁰”, sendo que em 12 de outubro do ano de 1927, foi concluído e aprovado o Decreto nº 17.943-A, o qual estabeleceu o primeiro Código de Menores do Brasil, conhecido como Código Mello Mattos, consolidando as leis de assistência e proteção aos menores.

Tal dispositivo legal estabeleceu que o menor de 14 (quatorze) anos, apontado como autor ou cúmplice de crime ou contravenção, seria submetido às medidas de assistência e proteção, bem como não seriam submetidos a nenhuma espécie de processo penal, instituindo ainda duas classes de protegidos: o abandonado e o delinquente, surgindo “compreensão de que a recuperação do menor não passa pela repressão e punição, mas pela assistência e reeducação de comportamento, devendo ser utilizada através de uma pedagogia corretiva¹¹”.

⁷ D’AGOSTINI, Sandra Mári Córdova. **Adolescente em conflito com a lei e a realidade!** Curitiba: Juruá, 2003

⁸ D’AGOSTINI, Sandra Mári Córdova. **Adolescente em conflito com a lei e a realidade!**

⁹ LIBERATI, Wilson Donizeti. **Adolescente e o ato infracional: medida sócio-educativa é pena?** São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2003.

¹⁰ LIBERATI, Wilson Donizeti. **Adolescente e o ato infracional: medida sócio-educativa é pena?**

¹¹ KAMINSKI, André Karst. **O Conselho Tutelar, a criança e o ato infracional: proteção ou punição?** p. 26.

Nota-se também que o Código de Menores de 1927, institucionalizou, de forma definitiva, “o dever do Estado em assistir os menores que, devido à pobreza, ao abandono ou à morte dos pais, tornavam-se dependentes da ajuda e da proteção pública como única forma de sobrevivência¹²”.

Cumpra observar que as Cartas Constituintes de 1824 e 1891 foram omissas em relação à tutela da Criança e do Adolescente, onde somente na Constituição de 1934, é que pode ser constatada a referência a proteção das pessoas em desenvolvimento, como a proibição do trabalho para os menores de 14 (quatorze) anos, ampliando-se a tutela na Magna Carta de 1937, em especial, a responsabilidade do Estado a em assisti-las nos casos de carência¹³.

Ressalta-se ainda, que a Constituição de 1937, durante o período ditatorial, Estado Novo, deu maior ênfase a proteção ao menor carente, garantindo condições mínimas de desenvolvimento, competindo ao Estado o dever de provê-las.

Quanto ao Código Penal de 1940 (Dec.-Lei n. 2.848/1940), elevou-se a idade de imputabilidade penal para 18 (dezoito) anos de idade, conforme estabelecido em seu art. 27.

Tem-se ainda o Serviço de Assistência a Menores - SAM, o qual objetivava a correição, repressão e assistência aos menores desvalidos e infratores, bem como a Fundação Nacional do Bem-Estar do Menor - FUNABEM, além da Política do Bem-Estar do Menor – PNABEM, as quais foram instrumentos de controle da sociedade civil, contudo, não atendia as necessidades dos menores marginalizados.

No mês de outubro de 1979, foi instituído o novo Código de Menores, o qual recepcionava o Sistema FUNABEM, trazendo uma inovação quanto ao problema do menor, qual seja, o da “Situação Irregular”.

O artigo 2º do referido Código definia as hipóteses em que o menor encontrava-se na Situação Irregular, também denominada patologia social, fator este que será destacado mais adiante, tais como, aqueles privados de condições essenciais à saúde e instrução obrigatória, mesmo que eventualmente, em decorrência da ação/omissão ou falta dos pais ou responsável ou da manifesta impossibilidade destes; vítima de maus-tratos/ castigos imoderados impostos pelos pais/responsável; em perigo moral, em razão de encontrar-se, habitualmente em locais contrários

¹² KAMINSKI, André Karst. **O Conselho Tutelar, a criança e o ato infracional: proteção ou punição?** p. 26.

¹³ VERONESSE, Josiane R. Petry, et al. **Temas de direito da criança e do adolescente**. São Paulo: LTr, 1997.

aos bons costumes; privado de representação ou assistência legal; com desvio de conduta, em virtude de grave inadaptação familiar ou comunitária ou nas hipóteses de autor de infração penal.

No que diz respeito ao plano internacional quanto às normas e orientações voltadas à tutela das pessoas em desenvolvimento, conclamou-se aos Estados para que adotassem e criassem um sistema normativo de tutela à infância e juventude, tendo-se como normas internacionais os Tratados, Convenções, Declarações, Carta, Acordos e Pactos¹⁴.

No ano de 1948, na Assembleia Geral das Nações Unidas, adotou-se e fora proclamada à Declaração Universal dos Direitos Humanos, considerada um dos principais pontos de grande influência e garantia aos direitos de todos os cidadãos, constituindo-se também, ao direito da criança.

Em 26 de setembro de 1924, em Genebra, a antiga Liga das Nações, hoje, Organização das Nações Unidas (ONU), firmou a Declaração dos Direitos da Criança, sendo adotada e proclamada em Assembleia Geral na data de 20 de novembro de 1959.

Tal Declaração traz 10 (dez) princípios, dentre outros, destaca-se, o direito de igualdade, sem distinção de qualquer natureza; a proteção especial, com vistas ao desenvolvimento físico, moral, mental, espiritual e social, respeitando-se a liberdade, bem como a dignidade, garantia de uma nacionalidade e de um nome; proteção contra atos que suscitem discriminações, assim como em situações de exploração, crueldade ou negligência, aliada, ao direito a educação a garantia de um desenvolvimento completo e harmonioso.

Outras normativas internacionais, dentre elas, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, a Convenção americana sobre Direitos Humanos¹⁵, a qual afirmava acerca dos direitos da Criança, segundo o qual todas terão “[...] direito às medidas de proteção que a sua condição de menor requer, por parte de sua família, da sociedade e do estado”, as Regras Mínimas de Beijing, a qual visava estudar “o problema da prevenção do crime e tratamento dos jovens infratores”, as Diretrizes de Riad, realizada no ano de 1985, frente ao 8º Congresso das Nações Unidas referente

¹⁴ Tratado, vem a ser ajustes solenes de relevante importância, tendo como objeto, finalidade, número e poder das partes envolvidas criar situações jurídicas. A convenção seria um sinônimo de tratado, porém, é mais utilizado para acordos que geram e estabelecem assuntos de interesse geral. A declaração fixa regras, princípios jurídicos ou normas de direito internacional indicando posição de política comum. A Carta estabelece instrumentos constitutivos de organizações internacionais. O acordo destaca-se por assuntos de interesse econômico, financeiro, comercial ou cultural. Por fim, o pacto, é a celebração de atos solenes que restringem o objeto político de um tratado. (LIBERATI, Wilson Donizeti. **Adolescente e o ato infracional**: medida sócio-educativa é pena?)

¹⁵ Também conhecido como Pacto de San José da Costa Rica.

à Prevenção do Delito e Tratamento do Delinquente, a fim de verificar a prevenção da delinquência juvenil como parte essencial da prevenção do delito na sociedade, Convenção sobre os Direitos da Criança, aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas no dia 20 de novembro de 1989 e ratificada pelo Brasil em 14 de setembro de 1990, a qual buscou demonstrar um panorama legal internacional, um resumo e uma conclusão da legislação referente a proteção à Criança e ao Adolescente.

Outro fato que não podemos deixar de mencionar fora o Encontro Mundial de Cúpula pela Criança, sendo que naquela oportunidade firmou-se a “Declaração Mundial sobre a Sobrevivência, a Proteção e o Desenvolvimento das Crianças nos anos 90”, tendo como tema e objetivo “a criança une o mundo”, a Declaração do Panamá¹⁶, visando consolidar o que já fora previsto em outras Convenções, principalmente na formulação de políticas e promovendo programas que visavam o respeito aos direitos, ao bem-estar e ao desenvolvimento integral daquelas¹⁷.

Tais normativas internacionais colaboraram, direta ou indiretamente, na construção e formulação da Lei nº 8.069/1990 – Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), o qual nasceu em razão da necessidade em regulamentar o disposto no art. 227¹⁸ da Constituição da República Federativa do Brasil - CRFB/1988¹⁹, trazendo em seu bojo a aspiração da comunidade internacional, baseada na Convenção sobre os Direitos da Criança e, especialmente, no que diz respeito ao anseio da sociedade em ter instrumentos capazes e eficazes quanto a proteção dos direitos da Criança e do Adolescente, consagrando assim, a Doutrina de Proteção Integral.

Vale lembrar, com fulcro no art. 227, CRFB/1988, que a proteção à Criança e ao Adolescente passa a ter um novo alicerce, tornando-os sujeitos de direitos, ou seja, a dinâmica dos novos direitos surgindo a partir do exercício dos direitos já conquistados²⁰.

Assim, o ECA além de estabelecer direitos, traz também um rol de deveres que também serão objeto de atenção tanto quanto os direitos previstos, bem como tais obrigações estabelecidas e traçadas no Estatuto, visando a aplicação de mecanismos sociais próprios ao

¹⁶ X Cúpula Ibero-americana de chefes de estado e de governo – Declaração do Panamá – “Unidos pela infância e adolescência, base da justiça e da equidade no novo milênio”.

¹⁷ LIBERATI, Wilson Donizeti. **Adolescente e o ato infracional**: medida sócio-educativa é pena?

¹⁸ Art. 227 - É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

¹⁹ A CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL, doravante será identificada pela sigla: CRFB/1988.

²⁰ VERONESSE, Josiane R. Petry, et al. **Temas de direito da criança e do adolescente**.

estabelecimento da ordem social e voltados na repressão de comportamentos que fujam dos padrões e da normalidade, tendo por finalidade a reeducação e ressocialização junto à sociedade e à família.

2. A DOCTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL

Inicialmente fundamental traçarmos algumas linhas acerca de um assunto essencial e intimamente relacionado aos direitos previstos no ECA e na CRFB/1988, ou seja, a Doutrina de Proteção Integral, bem como o Princípio da Absoluta Prioridade, previsto na CRFB/1988.

Antes, porém, importante destacar brevemente acerca da Doutrina da Situação Irregular e como já asseverada, surgiu com o advento do Código de Menores de 1979, em que os menores passaram a ser objeto da norma quando se encontravam em estado de patologia social, ou seja, quando encontrados em estado de abandono, vítimas, maltratados e infratores, bem como de que maneira estes deveriam ser tratados.

A Situação Irregular pode ser decorrente de uma conduta pessoal, um desvio de conduta, como também da família, nas hipóteses de maus tratos, por exemplo, ou da própria sociedade nas situações de abandono.

[...] Por sua visão o problema restava simplificado e estava centrado no menor. Ele (e a sua situação irregular) representava o problema, devendo as medidas serem sobre ele aplicadas. Em sua concepção pensava-se que a sociedade vivia sob a civilidade, a harmonia e a ordem, isto é, a sociedade e o Estado estavam regulares, e a situação irregular em que estava envolvido o menor era tão-só culpa dele, que não adequou à vida em sociedade e ao seu convívio²¹.

A Doutrina da Situação Irregular serviu de marco e caracterizando um avanço à época, fazendo da Criança e do Adolescente o alicerce da norma e não só no que diz respeito ao direito penal, partindo-se da premissa da existência de situação regular, sendo que a Criança e o Adolescente tornavam-se interesse do direito especial quando apresentavam uma “patologia social”, que nada mais seria nas situações em que o menor infrator não se ajustava ao padrão estabelecido pela sociedade à época²².

Assim, o Código de Menores de 1979 traçava que as Crianças em situação jurídica de incapacidade fossem vistas como objetos de medidas, sem demonstrarem vontade ou direitos,

²¹ KAMINSKI, André Karst. **O Conselho Tutelar, a criança e o ato infracional: proteção ou punição?**, p. 33.

²² SARAIVA, João Batista Costa. **Adolescente e ato infracional: garantias processuais e medidas socioeducativas**. 2 ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

permanecendo o Estado inerte, sem atuação na garantia dos direitos, agindo apenas para resgatá-los, vindo a manter uma política compensatória²³.

Já a Doutrina da Proteção Integral, importante destacar o disposto no art. 2º da Convenção das Nações Unidas de Direito da Criança, que estabeleceu o respeito às crianças e Adolescentes:

Os Estados partes respeitarão os direitos enunciados na presente Convenção e assegurarão sua aplicação a cada criança sujeita à sua jurisdição, sem distinção alguma, independentemente de raça, cor, sexo, idioma, crença, opinião política ou de outra natureza, origem nacional, étnica ou social, posição econômica, deficiências físicas, nascimento ou qualquer outra condição da criança, de seus pais ou de seus representantes legais.

A Doutrina da Proteção Integral tem como base um conjunto de instrumentos jurídicos de caráter internacional, vindo a representar um salto de suma importância em consideração à infância²⁴.

Dispõe o art. 1º do ECA quanto à Proteção Integral seja à criança quanto ao Adolescente, sendo que tal normativa, assim como qualquer lei, estabelece parâmetros os quais objetivam constituir o sujeito no interior da sociedade, fazendo-o de uma forma em que esta constituição comporte a submissão desse sujeito²⁵ e, desta forma, o reconhecimento dessas pessoas em desenvolvimento, Criança e Adolescente, como sendo sujeitos de direitos especiais e específicos, conforme dispõe o art. 3º do mencionado diploma legal²⁶.

Importante destacar que “a proteção integral há de ser entendida como aquela que abranja todas as necessidades de um ser humano para o pleno desenvolvimento de sua personalidade²⁷”, os quais necessitam de proteção diferenciada, especializada e integral²⁸.

Sabe-se ainda que “a proteção integral almeja, em síntese, propiciar e garantir desenvolvimento saudável e integridade à criança e ao Adolescente²⁹”.

É integral, primeiro, porque assim diz a CF em seu art. 227, quando determina e assegura os direitos fundamentais de todas as crianças e adolescentes, sem discriminação de qualquer tipo; segundo, porque se contrapõe à teoria do “Direito tutelar do menor”, adotada pelo Código de Menores

²³ KAMINSKI, André Karst. **O Conselho Tutelar, a criança e o ato infracional: proteção ou punição?**

²⁴ LIBERATI, Wilson Donizeti. **Adolescente e o ato infracional: medida sócio-educativa é pena?**

²⁵ PEREIRA, Tânia da Silva. **Direito da criança e do adolescente: uma proposta interdisciplinar**. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

²⁶ ISHIDA, Valter Kenji. **Estatuto da Criança e do Adolescente: doutrina e jurisprudência**. 14 ed. São Paulo: Atlas, 2013.

²⁷ ELIAS, Roberto João. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente: Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990**, p. 2.

²⁸ LIBERATI, Wilson Donizeti. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2003b.

²⁹ PAULA, Paulo Afonso Garrido de. **Direito da criança e do adolescente e tutela jurisdicional diferenciada**, p. 23.

revogado (Lei 6.697/79), que considerava as crianças e os adolescentes como objetos de medidas judiciais, quando evidenciada a situação irregular, disciplinada no art. 2º da antiga lei³⁰.

Destaca-se ainda que além de serem resguardados os direitos fundamentais da pessoa humana à criança e ao Adolescente, estes ainda gozam do direito subjetivo de desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, vindo desta forma preservar a liberdade e a dignidade dessa Criança e desse Adolescente³¹.

A Doutrina de Proteção Integral originou-se na inspiração dos movimentos internacionais de proteção à infância, materializando-se nos tratados e convenções, dentre elas: a Convenção sobre Direitos da Criança, as Regras de Beijing, as Diretrizes de Riad, entre outras³².

Como se observa no art. 1º do ECA: “Esta Lei dispõe sobre a Proteção Integral à Criança e ao Adolescente” e, em decorrência da promulgação da CRFB/1988, revogou-se tacitamente a legislação até então em vigor, surgindo então a Doutrina da Proteção Integral.

A Doutrina de Proteção Integral encontra também referência no art. 4º, do ECA:

Art. 4º. É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do Poder Público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária. [...]

O aludido dispositivo traz ainda em seu parágrafo único, um rol exemplificativo acerca da garantia de prioridade absoluta, compreendida na primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias; na precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública; na preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas e na destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude.

Ressalta-se que por absoluta prioridade devemos entender que deverão estar em primeiro lugar na escala de preocupação dos governantes a Criança e o Adolescente, devendo ser atendidas todas as suas necessidades, face o povo ser o maior patrimônio de uma nação e as Crianças e os jovens são o maior patrimônio de um povo³³.

[...] O Estatuto faz parte da normatização brasileira decorrente da Convenção Internacional da ONU, que entre nós estabeleceu as bases da Doutrina de Proteção Integral, na qual são reconhecidos com

³⁰ LIBERATI, Wilson Donizeti. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente**, p. 15.

³¹ ISHIDA, Valter Kenji. **Estatuto da Criança e do Adolescente: doutrina e jurisprudência**.

³² LIBERATI, Wilson Donizeti. **Adolescente e o ato infracional: medida sócio-educativa é pena?**

³³ LIBERATI, Wilson Donizeti. **Adolescente e o ato infracional: medida sócio-educativa é pena?**

absoluta prioridade os direitos das crianças e adolescentes, com primazia de proteção, procedência de atendimento, preferência nas políticas públicas e privilegiada destinação de recursos³⁴.

Insta salientar também que o ECA encontra-se estruturado em três grandes sistemas de garantia, quais sejam: o Sistema Primário que trata das Políticas Públicas de Atendimento a Crianças e Adolescentes, previstos nos artigos 4º e 87; o Sistema Secundário, previsto nos artigos 98 e 101, que trata das medidas de proteção às Crianças e Adolescentes em situação de risco pessoal e social e, o Sistema Terciário, que trata das Medidas Socioeducativas, aplicáveis aos Adolescentes autores de atos infracionais, através do art. 112³⁵.

Assim, a Doutrina da Proteção Integral, é tida como sendo aquela que abrange todas as necessidades de um ser humano para o pleno desenvolvimento de sua personalidade³⁶, aliado ao fato de além resguardar os direitos fundamentais da pessoa humana à Criança e ao Adolescente, gozam do direito subjetivo de desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, vindo desta forma preservar a liberdade e a dignidade dessa Criança e desse Adolescente³⁷.

Destacando-se a concepção da Doutrina da Proteção Integral e sua distinção para com a Situação Irregular, passa-se a tratar especificamente acerca da percepção de Direitos Humanos, para, ao final traçar aspectos relacionados ao ato infracional, a medida socioeducativa de internação e o desrespeito a Dignidade da Pessoa Humana, em especial ao Adolescente infrator.

3. CONCEPÇÃO DE DIREITOS HUMANOS

Sabe-se que a garantia dos direitos fundamentais dos homens surgiu com a evolução e o desenvolvimento social, primando em minimizar os excessos perpetrados pelo Estado, nesse sentido, é sobremodo importante assinalar o disposto no art. 3º do ECA quanto a preocupação do legislador no que diz respeito ao gozo de Direitos Fundamentais e a Proteção Integral, assegurando a pessoas em desenvolvimento, através da legislação ou por outros meios, “todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade”.

Assim, os Direitos Humanos são, em verdade, valores éticos, morais e políticos

³⁴ KAMINSKI, André Karst. **O Conselho Tutelar, a criança e o ato infracional: proteção ou punição?**, p. 34.

³⁵ SARAIVA, João Batista Costa. **Adolescente e ato infracional: garantias processuais e medidas socioeducativas**

³⁶ ELIAS, Roberto João. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente**: Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990.

³⁷ ISHIDA, Valter Kenji. **Estatuto da Criança e do Adolescente**: doutrina e jurisprudência.

considerados por um determinado grupo social em determinada época assegurados, de forma que venham a permitir uma mínima existência a dignidade, liberdade a igualdade para qualquer pessoa em qualquer lugar no mundo onde ela se encontrar, e baseia-se na própria existência e viabilidade do ser humano.

[...] um conjunto de faculdades e instituições que, em cada momento histórico, concretizam as exigências da dignidade, da liberdade e da igualdade humanas, as quais devem ser reconhecidas positivamente pelos ordenamentos jurídicos em nível nacional e internacional³⁸

O Professor Marcos Leite Garcia, traz, de forma muito clara a relação entre Direitos Humanos e direitos fundamentais, tratando-os, em verdade, como sinônimos:

Uma das primeiras dificuldades que apresenta o tema é quanto a sua terminologia. Dessa maneira, faz-se necessário um esclarecimento sobre a terminologia mais correta usada com referência ao fenômeno em questão. Diversas expressões foram utilizadas através dos tempos para designar o fenômeno dos direitos humanos, e diversas também foram suas justificações. Na nossa opinião três são expressões as corretas para serem usadas atualmente: direitos humanos, direitos fundamentais e direitos do homem. Respalamos nossa opinião no consenso geral existente na doutrina especializada no sentido de que os termos direitos humanos e direitos do homem se utilizam quando fazemos referência àqueles direitos positivados nas declarações e convenções internacionais, e o termo direitos fundamentais para aqueles direitos que aparecem positivados ou garantidos no ordenamento jurídico de um Estado [...] Então, para efeitos do presente trabalho as expressões direitos fundamentais e direitos humanos são sinônimas³⁹.

Assim, denota-se que no que concerne a definição de Direitos Humanos, muitos conceitos são identificados, associando-o a ideia de direitos fundamentais ou da pessoa humana, em decorrência da amplitude e a fundamental relevância para o indivíduo.

Determina-se ainda o que vem a ser direitos fundamentais, como sendo uma pretensão moral justificada embasada nas ideias de liberdade e de igualdade que, com o passar dos tempos, foram somando as ideias de solidariedade, segurança jurídica, calcado na democracia, política liberal, filosofia e socialista, aplicando-se a todos, sem distinção, de maneira igualitária⁴⁰.

Tem os direitos fundamentais como sendo um subsistema dentro do sistema jurídico⁴¹, ou

³⁸ PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Derechos Humanos, estado de derecho y Constitución**. 3. ed. Madri: Teccnos, 1990, p. 48. (tradução livre)

³⁹ GARCIA, Marcos Leite. **Direitos humanos como conceito histórico da Modernidade**. IV Encontro Anual da ANDHEP (Associação Nacional de Direitos Humanos, Pesquisa e Pós-Graduação – 2008, p. 4. Vitória (ES). Disponível em: <<http://www.andhep.org.br/anais/arquivos/IVencontro/MarcosLeiteGarcia.pdf>>. Acesso em: 05 abr. 2015.

⁴⁰ PECES-BARBA, Gregorio. La diacronia Del fundamento y Del concepto de los Derechos: em tiempo de La historia. *In*: _____. **Curso de Derechos Fundamentales: teoria general**. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 1995, p. 109.

⁴¹ Un subsistema dentro del sistema jurídico, el Derecho de los derechos fundamentales, lo que supone que la pretensión moral justificadasea técnicamente incorporable a una norma, que pueda obligar a unos destinatários correlativos de las obligaciones jurídicas que se desprenden para que el derecho sea efectivo.

seja, no sentido em que a pretensão moral justificada possa ser incorporada a uma norma, a fim de obrigar seus destinatários e poder ser, efetivamente, exercida e garantida.

Ademais, os direitos fundamentais são uma realidade social⁴², sendo influenciados, a todo o momento, pelos aspectos políticos, econômicos, sociais e culturais.

Ferrajoli⁴³, estabelece direitos fundamentais como:

[...] todos aqueles direitos subjetivos que dizem respeito universalmente a “todos” os seres humanos enquanto dotados do *status** de pessoa, ou de cidadão ou de pessoa capaz de agir. Compreendo por “direito subjetivo” qualquer expectativa positiva (a prestação) ou negativa (a não lesão) vinculada a um sujeito por uma norma jurídica, e por *status** a condição de um sujeito prevista também esta por uma norma jurídica positiva qual pressuposto da sua idoneidade a ser titular de situações jurídicas e/ou autor dos atos que estão em exercício.

Há ainda a concepção de Direito Humano constituída como o conjunto institucionalizado de direitos e garantias do ser humano, o qual tem por finalidade, o respeito a sua dignidade, através de sua proteção contra o arbítrio do poder estatal, do estabelecimento de condições mínimas de vida e do desenvolvimento da personalidade humana⁴⁴.

Nesta direção, classifica os direitos fundamentais, de primeira⁴⁵, segunda⁴⁶ e terceira⁴⁷ gerações e, de acordo com a cronologia em que foram substanciados na CRFB/1988.

Nesse mesmo sentido, quanto as gerações de direito, a lição de Peces-Barba quanto as linhas de evolução dos direitos fundamentais, onde estariam os processos de especificação, positivação, generalização e internacionalização, o qual denomina de processo de formação do ideal dos direitos fundamentais:

⁴² [...] los derechos fundamentales son una realidad social, es decir, actuante en la vida social, y por tanto condicionados en su existencia por factores extrajurídicos de carácter social, económico o cultural que favorecen, dificultan o impiden su efectividad.

⁴³ FERRAJOLI, Luigi. **Por uma Teoria dos Direitos e dos Bens Fundamentais**. Tradução de Alexandre Salim, Alfredo Copetti Neto, Daniela Cademartori, Hermes Zaneti Júnior, Sérgio Cademartori. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. (sem título original no exemplar utilizado).

* *itálico* no original

* *itálico* no original

⁴⁴ MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais**: teoria geral: comentários dos artigos 1º ao 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência.

⁴⁵ [...] compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais, realçam o princípio da liberdade (MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais**: teoria geral: comentários dos artigos 1º ao 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência, p. 26).

⁴⁶ [...] (direitos econômicos, sociais e culturais) se identificam com as liberdades positivas, reais ou concretas, e acentuam o princípio da igualdade [...] (Idem)

⁴⁷ [...] materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota de uma essencial inexauribilidade (Idem)

a. processo de positivação: a passagem da discussão filosófica ao Direito positivo (primeira geração, direitos de liberdade); b. processo de generalização: significa a extensão do reconhecimento e proteção dos direitos de uma classe a todos os membros de uma comunidade como consequência da luta pela igualdade real (direitos sociais ou de segunda geração); c. processo de internacionalização: ainda em fase embrionária, de difícil realização prática e que implica na tentativa de internacionalizar os direitos humanos e que ele esteja por cima das fronteiras e abarque toda a Comunidade Internacional (tentativa de universalização dos direitos humanos). d. processo de especificação: pelo qual se considera a pessoa em situação concreta para atribuir-lhe direitos seja como titular de direitos, como criança, idoso, como mulher, como consumidor, etc, ou como alvo de direitos, como o de um meio ambiente saudável ou à paz (direitos difusos ou de terceira geração)⁴⁸.

Nota-se ainda que para que os direitos fundamentais cumpram, efetivamente, sua função, necessário que estes sejam eficazes, garantindo-se o seu exercício, através de sua positivação.

A propósito disso, merece realce o seguinte entendimento quanto aos Direitos Humanos.

Os direitos humanos estão fundamentados sobre o conceito de respeito inerente à dignidade da pessoa humana, e esses direitos são inalienáveis, ninguém pode ser despojado desses direitos. Além disso, os direitos humanos estão protegidos pelas leis internacionais e pelas locais dos Estados⁴⁹.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, proclamada pela Assembleia Geral da ONU, de 10 de dezembro de 1948, circunstancia o ideal comum a ser atingido por todos os povos e nações, com enfoque no respeito aos direitos e liberdades universais, em caráter nacional e internacional:

Art I. Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade.

Art II. 1. Todo ser humano tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidos nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, idioma, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição.

[...] Art III. Todo ser humano tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal.

[...] Art V. Ninguém será submetido à tortura nem a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante.

[...] Art IX. Ninguém será arbitrariamente preso, detido ou exilado.

[...] Art XIII. 1. Todo ser humano tem direito à liberdade de locomoção e residência dentro das fronteiras de cada Estado.

⁴⁸ GARCIA, Marcos Leite. **A histórica distinção entre ética pública e ética privada e sua incidência na construção do conceito dos direitos fundamentais: a contribuição de Christian Thomasius**. Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC nº 8 – jul/dez. 2006, p. 329. Disponível em: <http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-08/RBDC-08-321-Marcos_Leite_Garcia.pdf>. Acesso em: 05 abr. 2015.

⁴⁹ CERQUEIRA, Carlos Magno Nazareth. **A Polícia e os Direitos Humanos**. Coleção **Polícia Amanhã**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2001, p. 19.

Resta evidenciado a relevância dada aos Direitos Humanos e a Dignidade da Pessoa Humana, na CRFB/1988, denominada deste modo, de Constituição Cidadã.

4. O ADOLESCENTE EM CONFLITO COM A LEI, A MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE INTERNAÇÃO E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Estabelecida de maneira pontual e sintética quanto a evolução normativa acerca da tutela da Criança e do Adolescente, assim como da Doutrina da Proteção Integral e dos Direitos Humanos, passa-se a registrar algumas considerações quanto ao Adolescente em conflito com a lei, as medidas socioeducativas, em especial, a de internação e a Dignidade da Pessoa Humana.

Inicialmente, importante se faz traçar a distinção existente entre Criança e Adolescente, para a melhor compreensão no que diz respeito às pessoas em desenvolvimento em conflito com a lei, uma vez que a legislação em vigor estabelece procedimentos distintos de acordo com a idade do menor.

Sabe-se, conforme estabelecido no art. 2º do ECA, parte final, que é aquela pessoa com idade entre 12 e 18 anos de idade⁵⁰.

A distinção entre criança e adolescente prevista no art. 2º-ECA teve como único objetivo dar tratamento especial às pessoas em fase peculiar de desenvolvimento, em razão da maior ou menor maturidade, a exemplo das *medidas sócio-educativas*, atribuídas apenas aos maiores de 12 anos na prática do ato infracional, enquanto aos menores desta idade se aplicam as *medidas específicas de proteção*^{51*}.

Ressalta-se como já exposto anteriormente, que a Criança e o Adolescente são sujeitos de direito, gozando de todos os direitos fundamentais, conforme pode ser observado o art. 3º do ECA.

Convém assinalar que no que tange a distinção entre Criança e Adolescente infratores, ao Adolescente imputa-se as Medidas Socioeducativas, previstas no art. 112 e seguintes do ECA, enquanto que em relação a Criança são aplicadas as medidas de proteção estabelecidas no art. 101 do citado Estatuto.

Destaca-se ainda que no âmbito internacional, a expressão Adolescente não é utilizada, porém, as medidas e tratamentos aplicados são desiguais, em conformidade com as diferentes

⁵⁰ Conceito extraído do art. 2º, da Lei 8.069, de 13 de julho de 1990 – Estatuto da Criança e do Adolescente.

⁵¹ PEREIRA, Tânia da Silva. **Direito da criança e do adolescente**: uma proposta interdisciplinar, p. 103.

* *itálico* no original

faixas etárias estabelecidas.

Vale lembrar a previsão legal quanto ao ato infracional, disposta no ECA em seu art. 103, considerando como sendo “[...] a conduta descrita como crime ou contravenção penal”.

[...] A criança e o adolescente podem vir a cometer crime, mas não preenchem o requisito da culpabilidade (imputabilidade), pressuposto de aplicação da pena. Aplica-se ao mesmo, a presunção absoluta da incapacidade de entender e determinar-se, adotando-se o critério biológico. Isso porque a imputabilidade penal inicia-se somente aos 18 (dezoito) anos, ficando o adolescente que cometa infração penal sujeito à aplicação de medida socioeducativa por meio de sindicância. Dessa forma, a conduta delituosa da criança e do adolescente é denominada tecnicamente de ato infracional, abrangendo tanto o crime como a contravenção⁵².

Observa-se que o ECA, em resposta ao que dispõe a Doutrina da Proteção Integral à Criança e ao Adolescente e adotada pela CRFB/88, traz em seu art. 227 e fundada na normativa internacional, em especial as “Regras de Beijing” e as “Diretrizes de Riad”, trouxe uma nova forma de se ver, compreender e de atender o Adolescente em conflito com a lei, ou seja, aquele acusado de prática de Ato Infracional⁵³.

Aliado a isso, a conduta da Criança ou do Adolescente, quando revestida de ato ilícito, reflete no contexto social em que vive, vindo o ECA construir um novo modelo de responsabilização do Adolescente em conflito com a lei, ou seja, “é da concepção do ato infracional como desvalor social que deriva, portanto, o sistema de repressão à criminalidade infanto-juvenil, conjunto de normas destinado a sustar ações comprometedoras da desejada paz social⁵⁴”.

Importante assinalar que a prática do ato infracional pelo Adolescente em conflito com a lei, acaba por ensejar em sua responsabilização e, conseqüentemente, aplicar ao mesmo uma das Medidas Socioeducativas estabelecidas no art. 112 do ECA⁵⁵, as quais possuem, juntamente com a

⁵² ISHIDA, Valter Kenji. **Estatuto da Criança e do Adolescente**: doutrina e jurisprudência, p.240-241.

⁵³ D’AGOSTINI, Sandra Mári Córdova. **Adolescente em conflito com a lei e a realidade!**

⁵⁴ PAULA, Paulo Afonso Garrido de. **Ato Infracional e Natureza do Sistema de Responsabilização**. In Justiça, Adolescente e Ato Infracional: socioeducação e responsabilização. ILANUD; ABMP; SEDH; UNFPA (Orgs.). São Paulo: ILANUD, 2006, p. 26-27.

⁵⁵ Art.112 – Verificada a prática de ato infracional, a autoridade competente poderá aplicar ao adolescente as seguintes medidas:

- I – advertência;
- II – obrigação de reparar o dano;
- III – prestação de serviço à comunidade;
- IV – liberdade assistida;
- V – inserção em regime de semiliberdade;
- VI – internação em estabelecimento educacional;
- VII – qualquer uma das previstas no art. 101, I a VI.

aplicação das medidas de proteção previstas no art. 101, I a VI do ECA, caráter pedagógico, tendo como finalidade o fortalecimento da relação entre a família e a sociedade.

A medida sócio-educativa é a manifestação do Estado, em resposta ao ato infracional, praticado por menores de 18 anos, de natureza jurídica impositiva, sancionatória e retributiva, cuja aplicação objetiva inibir a reincidência, desenvolvida com a finalidade pedagógica-educativa. Tem caráter impositivo, porque a medida é aplicada, independente da vontade do infrator – com exceção daquelas aplicadas em sede de remição, que tem a finalidade transacional. Além, da impositiva, as medidas sócio-educativas têm cunho sancionatório, porque, com sua ação ou omissão, o infrator quebrou a regra de convivência dirigida a todos. E, por fim, ela pode ser considerada uma medida de natureza retributiva, na medida em que é uma resposta do Estado à prática do ato infracional praticado⁵⁶.

De igual modo:

Não há dúvida, porém, de que os regimes sócio-educativos devem constituir-se em condição de garantia de acesso do adolescente às oportunidades de superação de sua condição de exclusão social, bem como de acesso à formação de valores positivos de participação na vida em sociedade. Mas, por outro lado, o adolescente infrator deve ajustar sua conduta, por meio de movimentos de coercibilidade e de punição, pelo ato ilícito praticado. A execução dessas medidas deve prever, obrigatoriamente, a participação da família e da comunidade, mesmo nos casos de privação de liberdade⁵⁷.

Uma vez exposto brevemente sobre o Ato Infracional, tratar-se-á da Medida Socioeducativa, de internação, suas particularidades e a Dignidade da Pessoa Humana.

Considerada a medida socioeducativa mais gravosa a ser imposta ao Adolescente infrator, a internação, regulada pelos arts. 121 a 125 do ECA, versa sobre a privação da liberdade e “sujeita aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento⁵⁸” resultante da gravidade do Ato Infracional praticado.

Três são os princípios que condicionam a aplicação da medida privativa de liberdade: o princípio da brevidade enquanto limite cronológico; o princípio da excepcionalidade, enquanto limite lógico no processo decisório acerca de sua aplicação; e o princípio do **respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento**, enquanto limite ontológico, a ser considerado na decisão e na implementação da medida⁵⁹. (grifo nosso)

Neste sentido, observa-se que a Medida Socioeducativa de internação não poderá ser

§ 1º - A medida aplicada ao adolescente levará em conta a sua capacidade de cumpri-la, as circunstâncias e a gravidade da infração. [...]

⁵⁶ LIBERATI, Wilson Donizeti. Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente, p.101.

⁵⁷ LIBERATI, Wilson Donizeti. **Adolescente e o ato infracional**: medida sócio-educativa é pena?, p.101.

⁵⁸ SILVA, Marcelo Gomes. **Ato Infracional e Garantias**: Uma Crítica ao Direito Penal Juvenil, p. 59.

⁵⁹ CURY, Munir. (Coord.). **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado**: comentários jurídicos e sociais. 10ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 415.

cumprida por um longo período de tempo, devendo-se para tanto, reavaliar tal medida periodicamente, e dentro das possibilidades, substituir esta medida por outra, destacando ainda a finalidade pedagógica e não punitiva da mesma, bem como visando a sua reinserção junto à sociedade e sua família⁶⁰.

São hipóteses de aplicação da internação, a prática de Ato Infracional com grave ameaça ou violência, como, por exemplo, roubo, latrocínio, homicídio, entre outros; a reincidência de infrações graves e a desobediência de outra medida aplicada, como recusar-se a realizar a prestação de serviço, limitando-se neste caso a internação em três meses⁶¹.

A Medida Socioeducativa de internação de acordo com o que dispõe o art. 123 do ECA deve ser cumprida em estabelecimento adequado, devendo ser observados alguns critérios como idade, sexo, gravidade da infração, compleição física, entidade exclusiva para Adolescentes e a realização, obrigatória, de atividades pedagógicas, visando a ressocialização junto à sociedade.

Assevera-se ainda que pelo fato do Adolescente internado por encontrar-se afastado de sua família e da sociedade, compete ao Estado zelar por sua integridade tanto física como também mental, necessitando-se assim de pessoal especializado para o exercício das funções⁶².

É de verificar quanto a aplicação das Medidas Socioeducativas, tem por finalidade, como já exposto anteriormente, reinserir o Adolescente em conflito com a lei a uma vida normal, em locais que venham a respeitar a Dignidade da Pessoa Humana, garantido a estes educação, formação profissional e trabalho, tendo-se desta forma, a capacidade de restabelecer sua vida⁶³.

Destaca-se ainda a necessidade de implementação de um programa socioeducativo e da responsabilidade do Estado, a fim de que os “comportamentos transgressivos que se expressam em atitudes ilícitas não venha a se tornar traços constitutivos da personalidade dos jovens que são entregues temporariamente à tutela do Estado”, aliado ao caráter educativo-pedagógico das medidas socioeducativas⁶⁴.

Assim, a aplicação das medidas socioeducativas visa, em especial, a ressocialização do

⁶⁰ ELIAS, Roberto João. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente**: Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990.

⁶¹ ISHIDA, Valter Kenji. **Estatuto da Criança e do Adolescente**: doutrina e jurisprudência.

⁶² ELIAS, Roberto João. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente**: Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990.

⁶³ PEREIRA, Tânia da Silva. **Direito da criança e do adolescente: uma proposta interdisciplinar**

⁶⁴ OLIVEIRA, Eliana Rocha. **Dez anos do Estatuto da Criança e do Adolescente: observações sobre a política de atendimento a jovens em conflito com a lei no Estado do Rio de Janeiro**. In BRITO, Leila Maria Torraca de (Org.). *Jovens em conflito com a lei: a contribuição da universidade ao sistema socioeducativo*. Rio de Janeiro: EdUERJ, 2000.

Adolescente infrator, caracterizado pelo seu aspecto pedagógico e educativo em conscientizar e estimular valores, bem como buscando o seu desenvolvimento sadio e pleno, sendo que mesmo com a privação (parcial ou total) da liberdade, tais “medidas são tomadas para que o Adolescente seja atendido, reeducado e reintegrado à sociedade⁶⁵”.

O direito ao desenvolvimento é um direito humano inalienável em virtude do qual toda pessoa humana e todos os povos estão habilitados a participar do desenvolvimento econômico, social, cultural e político, a ele contribuir e dele desfrutar, no qual todos os direitos humanos e liberdades fundamentais possam ser plenamente realizados [...]⁶⁶

A fim de sistematizar e estabelecer regras de conduta em busca desse processo de ressocialização do Adolescente em conflito com a lei, tem-se o Sistema de Justiça Juvenil, tido como sendo um conjunto de disposições, instrumentos e mecanismos que visa oferecer proteção especial adicional aos direitos de crianças e Adolescentes quando em contato com o Sistema Judicial⁶⁷.

Aliado a isso, a Lei nº 12.594/2012, instituiu o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (Sinase⁶⁸) e regulamentou a execução das medidas socioeducativas destinadas a Adolescente em conflito com a lei, visando a “consolidação de um sistema de justiça juvenil, buscando superar o inaceitável espaço de discricionariedade e arbítrio que se estabelece pela ausência de regra⁶⁹”.

E quando se fala no cumprimento da medida socioeducativa decorrente do sistema de responsabilização infracional, por exemplo, sabe-se que “há de se dar dentro do devido processo legal [...] do garantismo jurídico, e, especialmente, da ordem constitucional que assegura os direitos de cidadania⁷⁰”.

Desse modo, necessário trazer à baila, o que diz respeito ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, adotado pela CRFB/1988, como sendo um dos fundamentos do Estado

⁶⁵ PEREIRA, Tânia da Silva. **Direito da criança e do adolescente: uma proposta interdisciplinar**, p. 566.

⁶⁶ CRUZ, Paulo Márcio e BODNARD, Zenildo. **Globalização, transnacionalidade e sustentabilidade**. Itajai: Univali, 2012, p. 108
ebook <http://siaiapp28.univali.br/LstFree.aspx>

⁶⁷ SOUZA, Rosimere de. **Caminhos para a municipalização do atendimento socioeducativo em meio aberto: liberdade assistida e prestação de serviços à comunidade** / Rosimere de Souza [e] Vilnia Batista de Lira. Rio de Janeiro: IBAM/DES; Brasília: SPDCA/SEDH, 2008.

⁶⁸ Sinase – “[...] o conjunto ordenado de princípios, regras e critérios que envolvem a execução de medidas socioeducativas, incluindo-se nele, por adesão, os sistemas estaduais, distrital e municipais, bem como todos os planos, políticas e programas específicos de atendimento a adolescente em conflito com a lei”. (art. 1º, §1º, Lei nº 12.594/2012)

⁶⁹ SARAIVA, João Batista Costa. **Adolescente em conflito com a lei: da indiferença à proteção integral: uma abordagem sobre a responsabilidade penal juvenil**. 4 ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 147.

⁷⁰ SARAIVA, João Batista Costa. **Adolescente em conflito com a lei: da indiferença à proteção integral: uma abordagem sobre a responsabilidade penal juvenil**, p. 107.

Democrático de Direito, sendo que tal princípio por ser entendido como resultante de duas ideias essenciais: a primeira, no sentido em que a pessoa se distingue das coisas e deve ser considerado um fim em si mesmo e, a segunda, onde somente a pessoa tem livre arbítrio, autonomia e capacidade de dirigir-se⁷¹.

Penso, outrossim, que a dignidade da pessoa humana é o ponto de esteio do Estado Democrático brasileiro – o fundamento básico dele, o ápice da pirâmide valorativa do ordenamento jurídico instituído pela CF de 1988 – eis que, mesmo quando cotejada aos demais fundamentos referidos de maneira expressa no artigo 1º da Carta Magna, ela tem posição de centralidade, porque atrai o conteúdo valorativo dos outros quatro. Com efeito, na essência de tudo está aquela idéia já antiga e que foi o gatilho da evolução histórica, do aprofundamento, da noção de Estado de Direito de que o homem só pode ser livre quando se edifica sobre um conjunto de homens livres, titulares de direitos fundamentais que assegurem sua dignidade humana⁷².

Como se pode notar, a Dignidade da Pessoa Humana constitui atributo intrínseco a pessoa natural, nem mesmo o comportamento ilícito ou indigno, retira-lhe a dignidade e os direitos fundamentais que lhes são inerentes.

[...] dignidade da pessoa humana é uma qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos⁷³.

Assim, resta evidenciada a dimensão do termo Dignidade da Pessoa Humana, como elemento intrínseco e imensurável da própria existência humana.

Consta no art. 18 do ECA o direito a dignidade, onde “é dever de todos velar pela dignidade da criança e do Adolescente, pondo-os a salvo de qualquer tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor”.

Cabe destacar que no que tange ao Adolescente em conflito com a lei, segundo o ensinamento de Mônica Nicknich⁷⁴, “quando da sua responsabilização, a aplicação das medidas sócio-educativas devem estar em consonância” com o princípio da Dignidade da Pessoa Humana,

⁷¹ VARGAS, Denise. **Manual de Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

⁷² MACHADO, Martha de Toledo. **A Proteção Constitucional de Crianças e Adolescentes e os Direitos Humanos**. Barueri, SP. Manole. 2003, p.97-98.

⁷³ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988**. 4 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 60.

⁷⁴ NICKNICH, Mônica. **A dignidade do adolescente autor de ato infracional: o Poder Judiciário como instrumento de efetivação**. 2009, p. 4. Disponível em: <<http://www.esmesc.com.br/upload/arquivos/8-1247058750.PDF>>. Acesso em: 05 abr. 2015.

uma vez que a violação do referenciado princípio, resulta no “desrespeito a todo um sistema estabelecido” e não tão somente uma “transgressão de uma norma”.

Desse modo, quando da imposição da sanção ao Adolescente em conflito com a lei, diga-se da medida socioeducativa, o cumprimento da mesma deve encontrar-se fundado no respeito ao princípio da Dignidade da Pessoa Humana, em especial, daquela em desenvolvimento e ao Estado Democrático de Direito, a fim de evitar ações arbitrárias e/ou excessivas por parte do Estado.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho trouxe como já asseverado ao longo da pesquisa, uma breve reflexão acerca do tema proposto, qual seja, a Dignidade da Pessoa Humana do Adolescente em conflito com a lei quando do cumprimento da medida socioeducativa de internação, perpassando ainda quanto a influência e evolução história das iniciativas legislativas brasileiras e internacionais acerca da tutela das pessoas em desenvolvimento, da compreensão dos Direitos Humanos e da Doutrina da Proteção Integral, tendo esta última fundamentada no conjunto de programas de proteção social, de desenvolvimento humano, social, de geração de oportunidades e, implementadas de forma descentralizada e participativa.

Insta salientar que não se tem a finalidade de esgotar o tema, muito pelo contrário, destacar aspectos relacionados ao direito penal juvenil, no que diz respeito ao ato infracional perpetrado pelo Adolescente infrator e os reflexos quanto ao processo de ressocialização e reeducação, aplicadas ou não corretamente, observadas a Dignidade da Pessoa Humana em desenvolvimento.

Diariamente, a imprensa noticia o envolvimento de menores infratores em ações delituosas, gerando na sociedade o crescimento na sensação de insegurança e não podemos negar, infelizmente, a participação e o crescimento da delinquência juvenil em nosso país, uma vez que Adolescentes encontram-se envolvidos na prática de delitos de naturezas diversas, como furtos, tráfico de entorpecentes, roubos e homicídios, provocando assim, o aumento do índice na criminalidade urbana.

Ocorre que fatores como maus tratos, abandono, violência, descaso por parte do poder público constituído, de pais ou responsáveis quanto a saúde, lazer e educação, por exemplo, contribuem para o crescimento da delinquência e da criminalidade juvenil e, fere o princípio

constitucional da Dignidade da Pessoa Humana.

Oportuno se torna dizer da busca pelo Estado de mecanismos que tem por objetivo minimizar esses índices e responderem à sociedade, de maneira positiva, com alternativas quando se refere à prática de atos infracionais, especialmente, por adolescentes.

Cumprido ressaltar que é inegável que as medidas socioeducativas, uma vez aplicadas de forma correta e adequadamente, trazem a resposta vislumbrada pela sociedade e pretendida pelo legislador, qual seja, a responsabilização efetiva do Adolescente infrator e, conseqüentemente, a sua ressocialização, a qual visa desenvolver uma relação interpessoal, fortalecendo valores sociais, de conscientização, de reinserção social, apoiando, acompanhando-o e orientando-o, juntamente com a família, na busca da transformação em pessoas de bem.

Ademais, o caráter pedagógico e porque não dizer também repressivo das medidas socioeducativas, as quais podem e devem ser aplicadas de maneira diversa, tendo como objetivo único e exclusivo a garantia a proteção e possibilitar o desenvolvimento e reintegração do Adolescente infrator à sociedade e ao seio da família, primando-se sempre pelo respeito a Dignidade da Pessoa Humana, em especial, daquela em desenvolvimento e ao Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. **Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências**. Brasília, DF, 16 jul. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 05 abr. 2015.

_____. Lei nº 12.594, de 18 de janeiro de 2012. **Institui o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (Sinase), regulamenta a execução das medidas socioeducativas destinadas a adolescente que pratique ato infracional**; e altera as Leis nºs 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente); 7.560, de 19 de dezembro de 1986, 7.998, de 11 de janeiro de 1990, 5.537, de 21 de novembro de 1968, 8.315, de 23 de dezembro de 1991, 8.706, de 14 de setembro de 1993, os Decretos-Leis nºs 4.048, de 22 de janeiro de 1942, 8.621, de 10 de janeiro de 1946, e a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Brasília, DF, 18 jan. 2012. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12594.htm>. Acesso em: 05 abr. 2015.

CERQUEIRA, Carlos Magno Nazareth. **A Polícia e os Direitos Humanos**. Coleção Polícia Amanhã. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2001.

CRUZ, Paulo Márcio e BODNARD, Zenildo. **Globalização, transnacionalidade e sustentabilidade**. Itajai: Univali, 2012. *ebook* <http://siaiapp28.univali.br/LstFree.aspx>.

CURY, Munir. (Coord.). **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado: comentários jurídicos e sociais**. 10 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

D'AGOSTINI, Sandra Mári Córdova. **Adolescente em conflito com a lei e a realidade!** Curitiba: Juruá, 2003.

Declaração dos Direitos Humanos das Nações Unidas. Disponível em: <http://www.onu-brasil.org.br/documentos_direitoshumanos.php>. Acesso em: 05 abr. 2015.

ELIAS, Roberto João. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente: Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

FERRAJOLI, Luigi. **Por uma Teoria dos Direitos e dos Bens Fundamentais**. Tradução de Alexandre Salim, Alfredo Copetti Neto, Daniela Cademartori, Hermes Zaneti Júnior, Sérgio Cademartori. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. (sem título original no exemplar utilizado).

GARCIA, Marcos Leite. **A histórica distinção entre ética pública e ética privada e sua incidência na construção do conceito dos direitos fundamentais: a contribuição de Christian Thomasius**. Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC nº 8 – jul/dez. 2006, p. 321 – 351. Disponível em: <http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-08/RBDC-08-321-Marcos_Leite_Garcia.pdf>. Acesso em: 05 abr. 2015.

_____. **Direitos humanos como conceito histórico da Modernidade**. IV Encontro Anual da ANDHEP (Associação Nacional de Direitos Humanos, Pesquisa e Pós-Graduação – 2008. Vitória (ES). Disponível em: <<http://www.andhep.org.br/anais/arquivos/IVencontro/MarcosLeiteGarcia.pdf>>. Acesso em: 05 abr. 2015.

HOPPE, Marcel Esquivel; et al. **Adolescentes Autores de Atos Infracionais e as Medias Sócio-Educativas**. Rio de Janeiro: Caderno CBIA, 1992.

ISHIDA, Valter Kenji. **Estatuto da Criança e do Adolescente: doutrina e jurisprudência**. 14 ed. São Paulo: Atlas, 2013.

KAMINSKI, André Karst. **O Conselho Tutelar, a criança e o ato infracional: proteção ou punição?** Canoas, ULBRA, 2002.

LIBERATI, Wilson Donizeti. **Adolescente e o ato infracional: medida sócio-educativa é pena?** São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2003a.

_____. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2003b.

LUÑO, Antonio Henrique Pérez. **Perspectivas e Tendências Atuais do Estado Constitucional**. Tradução de José Luis Bolzan de Moraes e Valéria Ribas do Nascimento. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. (sem título original no exemplar utilizado).

MACHADO, Martha de Toledo. **A Proteção Constitucional de Crianças e Adolescentes e os Direitos Humanos**. Barueri, SP. Manole. 2003

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais: teoria geral: comentários dos artigos 1º ao 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência**. 8 ed. São Paulo: Atlas, 2007.

NICKNICH, Mônica. **A dignidade do adolescente autor de ato infracional: o Poder Judiciário como instrumento de efetivação**. Disponível em: <<http://www.esmesc.com.br/upload/arquivos/8-1247058750.PDF>>. Acesso em: 05 abr. 2015.

OLIVEIRA, Eliana Rocha. **Dez anos do Estatuto da Criança e do Adolescente: observações sobre a política de atendimento a jovens em conflito com a lei no Estado do Rio de Janeiro**. In BRITO, Leila Maria Torraca de (Org.). *Jovens em conflito com a lei: a contribuição da universidade ao sistema socioeducativo*. Rio de Janeiro: EdUERJ, 2000.

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica: Teoria e Prática**. 12 ed. rev. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

PAULA, Paulo Afonso Garrido de. **Direito da criança e do adolescente e tutela jurisdicional diferenciada**. São Paulo: RT, 2002.

_____. **Ato Infracional e Natureza do Sistema de Responsabilização**. In **Justiça, Adolescente e Ato Infracional: socioeducação e responsabilização**. ILANUD; ABMP; SEDH; UNFPA (Orgs.). São

Paulo: ILANUD, 2006.

PECES-BARBA, Gregorio. **La diacronia Del fundamento y Del concepto de los Derechos:** em tiempo de La historia. *In:* _____. Curso de Derechos Fundamentales: teoria general. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 1995.

PEREIRA, Tânia da Silva. **Direito da criança e do adolescente:** uma proposta interdisciplinar. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SARAIVA, João Batista Costa. **Adolescente e ato infracional:** garantias processuais e medidas socioeducativas. 2 ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

_____. **Adolescente em conflito com a lei:** da indiferença à proteção integral: uma abordagem sobre a responsabilidade penal juvenil. 4 ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988.** 4 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SILVA, Marcelo Gomes. **Ato Infracional e Garantias:** Uma Crítica ao Direito Penal Juvenil. Florianópolis: Editora Conceito, 2008.

SPOSATO, Karyna Batista (Coord.). **Guia Teórico e Prático de Medidas Socioeducativas.** Brasil: ILANUD, 2004.

VARGAS, Denise. **Manual de Direito Constitucional.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

VERONESSE, Josiane R. Petry, et al. **Temas de direito da criança e do adolescente.** São Paulo: LTr, 1997.

DA CULTURA DA SENTENÇA PARA UMA CULTURA NÃO ADVERSARIAL NA JURISDIÇÃO BRASILEIRA: UM CAMINHO POSSÍVEL?

Carlos Roberto da Silva¹

INTRODUÇÃO

No Brasil, a partir da redemocratização do País, a busca dos cidadãos ao Poder Judiciário, como única forma de resolução das suas contendas, foi intensificada. Com a ampliação do acesso à justiça, “o número de ações que trafega pelo Judiciário subiu mais de 270 vezes, enquanto a população brasileira aumentou por volta de 30%”². Em contrapartida, a estrutura do judiciário aumentou muito timidamente, de modo que a entrada de novos processos tem sido maior do que a saída, deixando a taxa de congestionamento de processos em ascensão ininterrupta.

Este quadro e outros fatores paralelos geraram a conhecida crise do Poder Judiciário, cujos efeitos mais preocupantes são a morosidade/ ineficiência na prestação jurisdicional e o conseqüente descrédito da população neste Poder. Diante disto, busca-se uma nova concepção de atuação da jurisdição, com mecanismos mais eficazes e, principalmente, com a difusão da cultura da pacificação, especialmente na formação acadêmica e profissionalizante dos operadores do Direito.

Assim, o presente estudo pretende abordar novos caminhos para a desconstrução da atual cultura da sentença, tão arraigada à mentalidade dos operadores do Direito, e fomentar uma cultura não adversarial, voltada à efetiva pacificação social mediante o uso de mecanismos diferentes do tradicional e burocrático modelo processual³.

¹ Graduado em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI, pós-graduado em Direito Civil, Mestre em Ciência Jurídica e Doutorando em Ciência Jurídica, em dupla titulação, pela Universidade do Vale do Itajaí, na cidade de Itajaí, estado de Santa Catarina, Brasil, e Universidade de Alicante, na cidade de Alicante, Espanha. Professor do curso de Direito da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. Magistrado lotado na Vara da Fazenda Pública da Comarca de Itajaí. E-mail: crs4766@tjsc.jus.br.

² ANUÁRIO DA JUSTIÇA – 2014. São Paulo: ConJur Editorial, 2014. p. 12.

³ Vale anotar: ainda que a Arbitragem não se coadune com os conceitos de “justiça não adversarial” – porquanto, diferente do que ocorre nos processos arbitrais ou judiciais, os processos não adversariais são aqueles em que as partes não atuam como adversárias, mas como co-responsáveis na busca de uma solução –, no presente artigo este mecanismo será analisado ao lado dos demais métodos alternativos reconhecidamente não adversariais, dada a sua carga de discricionariedade, uma vez que aqueles que se utilizam deste meio de pacificação, normalmente, selecionam o árbitro de acordo com o grau de conhecimento deste em relação à matéria objeto da arbitragem, aumentando as chances de um resultado mais satisfatório a ambas as partes. Ademais, a Arbitragem também demonstra sua carga de efetividade, na medida em que se apresenta como meio de pacificação

Cogita-se a necessidade de alterações significativas nas matrizes curriculares dos cursos de graduação, aperfeiçoamento e profissionalização dos operadores do Direito, com vista a implementar desde os bancos acadêmicos uma cultura não adversarial para a resolução dos conflitos.

As hipóteses que dão azo ao início desta pesquisa consubstanciam-se nas seguintes afirmações:

- a) a proposta de um novo paradigma – não adversarial – para a atividade jurisdicional estatal brasileira deve passar, necessariamente, por câmbios legislativos que transcendam ao plano legal-jurídico, abarcando transformações nos planos da formação acadêmica dos futuros operadores do Direito, de preparação e aperfeiçoamento dos profissionais e de conscientização geral da Sociedade.
- b) os meios alternativos de resolução de conflitos, segundo experiências já presentes na legislação brasileira e alienígena, podem se mostrar ferramentas mais eficientes à solução dos litígios judicializados, porque alcançam com maior profundidade a solução da controvérsia e confirmam os princípios do acesso à justiça, efetividade, celeridade e economia de custos da atividade judiciária estatal.

O Método utilizado na fase de Investigação foi o Indutivo⁴; na fase de Tratamento dos Dados foi o Cartesiano, e o presente Relatório, em forma de artigo, é composto na Base Lógica Indutiva⁵.

1. OS CONFLITOS DE INTERESSES RESISTIDOS⁶

Em todos os momentos da história o homem vem tentando compreender e desenvolver uma solução para a convivência entre os iguais, porquanto as relações sociais nem sempre são de coordenação de vontades. Como anotou Camp⁷, o Conflito é uma constante em todas as culturas e épocas da humanidade, a qual empreende grande parte de seus esforços para encontrar as melhores formas de convivência.

Nos primórdios da civilização, em épocas em que não se concebiam leis gerais e abstratas

menos formal e mais célere do que o método tradicional através da sentença, auxiliando no combate à crise do Poder Judiciário.

⁴ Forma de “[...] pesquisar e identificar as partes de um fenômeno e colecioná-las de modo a ter uma percepção ou conclusão geral [...]”. PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa Jurídica**: ideias e ferramentas úteis para o pesquisador do Direito. 2003. p. 87.

⁵ PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa Jurídica**: ideias e ferramentas úteis para o pesquisador do Direito. 2003. p. 86-106.

⁶ Esta matéria foi adaptada de: SILVA, Carlos Roberto. **Meios alternativos de resolução de conflitos**: mecanismos endo e extrajudiciais rumo a uma jurisdição não adversarial do Estado brasileiro, 2015. Monografia (Qualificação à Tese de Doutorado) – Universidade do Vale do Itajaí. Itajaí: UNIVALI.

⁷ CAMP, Eduard Vinyamata. Introducción a la conflictología. In: CANÁLES, Carmen Fernández (Coord.). **Mediación, arbitraje y resolución extrajudicial de conflictos em siglo XXI**. Madrid: Reus, 2010. p. 183.

ou quando o Estado ainda não detinha o poder de ditar as normas jurídicas que, com soberania e autoridade, pudessem garantir o efetivo cumprimento dos direitos, conforme Grinover, “quem pretendesse alguma coisa que outrem o impedisse de obter haveria, com sua própria força e na medida dela, tratar de conseguir, por si mesmo, a satisfação de sua pretensão.”⁸ Estava-se diante de um modelo de Justiça em que os interesses eram satisfeitos por aqueles que detinham a maior força e poder; tratava-se, pois, da autotutela.

Superado este momento em que os litígios eram resolvidos com recurso à força física, passou-se à fase da autocomposição “pela qual uma das partes em conflito, ou ambas, abriam mão do interesse ou de parte dele.”⁹ Cretella Neto¹⁰ explica que, neste momento, “as partes negociavam até chegar a um acordo que pusesse fim à desavença”. Todavia, ponderou que ainda assim “persistia a ausência de mecanismos coercitivos, capazes de fazer cumprir o acordo, ou seja, se uma das partes não agisse conforme combinado, somente por meio da força, exercida pela outra, faria o que dela se esperava”. Assim, “a autotutela manifestava-se novamente, agora na fase de execução do acordo.”

Tendo em conta a evolução histórica da humanidade, no transitar da Sociedade os ideais da vingança privada ou da autotutela restaram superados pela Justiça pública. Isto porque, como disse Carnelutti¹¹, a violência torna difícil a vida em Sociedade; desta forma, “os homens se sentem impulsionados a encontrar um meio que elimine a solução violenta dos conflitos de interesses, enquanto tal solução entrar em conflito com a paz social, que é o interesse coletivo supremo”. Assim, a bem da paz social, o Estado passou então a limitar a atuação dos indivíduos inseridos em um contexto social por intermédio dos ditames legais.

A partir das constituições democráticas, que positivaram os direitos fundamentais e ampliaram o acesso à justiça, observou-se que o cidadão passou a buscar no Estado a resposta para a resolução de seus conflitos, utilizando-se do Poder Judiciário como preponderante mecanismo de solução de seus litígios, desencadeado uma grave e crescente crise neste sistema,

⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini. A inafastabilidade do controle jurisdicional e uma nova modalidade de autotutela (parágrafos únicos dos artigos 249 e 251 do código civil). **Revista Brasileira de Direito Constitucional**. n. 10, p. 13, jul-dez. 2007. Disponível em: http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-10/RBDC-10-013-Ada_Pellegrini_Grinover.pdf. Acesso em: 05 set. 2014.

⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini. A inafastabilidade do controle jurisdicional e uma nova modalidade de autotutela (parágrafos únicos dos artigos 249 e 251 do código civil). **Revista Brasileira de Direito Constitucional**. n. 10, p. 13, jul-dez. 2007. Disponível em: http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-10/RBDC-10-013-Ada_Pellegrini_Grinover.pdf. Acesso em: 05 set. 2014.

¹⁰ CRETELLA NETO, José. **Curso de Arbitragem**. 2.ed. Campinas: Millennium Editora, 2009. p. 2.

¹¹ CARNELUTTI, Francesco. **Sistema de Direito Processual Civil**. Tradução de Hildomar Martins Oliveira. v.1. 2.ed. São Paulo: Lemos e Cruz, 2004. p. 62-63.

que não possuía estrutura para atender à demanda.

2. A CULTURA DA SENTENÇA E A CRISE DO PODER JUDICIÁRIO¹²

Na presença de um conflito, quando uma das partes quer “fazer valer os seus direitos em face de outrem possui duas alternativas: buscar a solução amigável (autocomposição) ou provocar a jurisdição (e o poder que lhe é inerente) a favor de sua pretensão.” Na Sociedade moderna, é predominante o hábito “de atribuir ao Estado a responsabilidade de proporcionar sua solução.”¹³

A convergência de todos os conflitos ao Poder Judiciário fez brotar desordens estruturais neste Poder, levando os estudiosos a repensarem sobre a Jurisdição atual e passarem a buscar medidas que visam ao abrandamento da cultura da sentença judicial para uma cultura de efetiva pacificação social pelo método apropriado¹⁴, que nem sempre é a via judicial.

Para Pinho¹⁵, é necessária “a formação de uma cultura de pacificação, em oposição à cultura hoje existente em torno da necessidade de uma decisão judicial para que a lide possa ser resolvida.”

A cultura da sentença foi apontada pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ)¹⁶ como uma importante causa da crise do Judiciário. A reconhecida crise, consoante toda a divulgação feita pelo Conselho Nacional de Justiça¹⁷, é revelada pelos números que assombam a Sociedade. Nas estatísticas mais recentes, o órgão divulgou que em dezembro de 2013 havia 95,14 milhões de processos tramitando no Judiciário (somadas todas as esferas) e estima-se que em 2014 este número tenha passado de 100 milhões.

¹² Esta matéria foi adaptada de: SILVA, Carlos Roberto. **Meios alternativos de resolução de conflitos: mecanismos endo e extrajudiciais rumo a uma jurisdição não adversarial do Estado brasileiro**. 2015. Monografia (Qualificação à Tese de Doutorado) – Universidade do Vale do Itajaí. Itajaí: UNIVALI.

¹³ CALMON, Petronio. **Fundamentos da mediação e da conciliação**. 2.ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013. p. 20.

¹⁴ Calmon observa que a expressão “Meios Alternativos de Solução de Conflitos” guarda precisão técnica e histórica ao considerar o Poder Judiciário como o método ordinário de pacificação. Assim, por entender que todos os meios de pacificação se complementam e os meios alternativos nem sempre excluem o Judiciário, o autor passou a adotar a terminologia “Meios Adequados de Pacificação Social”, expressão que considera feliz ao entender que a Jurisdição estatal se apresenta apenas como uma possibilidade de pacificação, não única e nem tampouco mais efetiva. (CALMON, Petronio. **Fundamentos da mediação e da conciliação**. 2.ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013. p. 79-80).

¹⁵ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **O novo CPC e a mediação**. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/242895/000923117.pdf?sequence=1>. Acesso em: 25 set. 2014.

¹⁶ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/62236-justica-se-compromete-a-priorizar-conciliacoes-processos-dos-maiores-litigantes-e-recursos-repetitivos>. Acesso em: 24 mar. 2014.

¹⁷ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Relatório Justiça em Números 2014: ano-base 2013**. Disponível em: ftp://ftp.cnj.jus.br/Justica_em_Numeros/relatorio_jn2014.pdf. Acesso em: 26 nov. 2014.

Em recente discussão sobre a temática, o atual Presidente do Superior Tribunal de Justiça, Luis Felipe Salomão¹⁸, afirmou que os brasileiros não possuem “uma cultura de composição harmônica de conflitos”.

No VIII Encontro Nacional do Poder Judiciário, ocorrido em Florianópolis, em novembro de 2014, o professor doutor André Ramos Tavares, ao tratar de fatos que levam à excessiva demanda judicial e consequente morosidade de litígios, defendeu que “litigar de má-fé não pode ser interpretado como exercício regular de direito; tem que ser fortemente combatido.”¹⁹ Na mesma oportunidade, o presidente da Associação dos Magistrados Brasileiros, João Ricardo dos Santos Costa²⁰, sugeriu que o Conselho Nacional de Justiça criasse um órgão central de estudos sobre as causas e efeitos da litigância de má-fé e arrematou dizendo que “os bancos contratam os advogados por peça contratual. Os advogados gostam, pois têm possibilidade de peticionar ao máximo para tirar melhor proveito do contrato.”

No mesmo evento, o presidente do Supremo Tribunal Federal, Ricardo Lewandowski²¹, disse que “devemos impedir que os grandes litigantes prossigam abarrotando nossa Justiça e tomar decisões que impeçam que as ações se repitam indefinidamente”. Para o ministro, “é preciso enfatizar a busca pela via da conciliação para resolver essa explosão de litigiosidade, um fenômeno que acontece no Brasil e em todo o mundo.”

O encontro trouxe importantes contribuições para a desjudicialização do conflito resistido e consequente desafogamento do Judiciário, com a divulgação das metas da Justiça para 2015 e de suas novas diretrizes para o período 2015-2020, em que a mediação e a conciliação receberam papel de destaque como institutos a serem priorizados. Parece ter havido, portanto, uma clara sinalização de novos rumos à jurisdição no Brasil.

¹⁸ DAMASCENO, Tatiana. Alternativas extrajudiciais. **AMB Informa**, nov. 2014. Edição n. 162. p. 15.

¹⁹ TAVARES, André Ramos. Disponível em: http://portal.tjsc.jus.br/web/sala-de-imprensa/-/ph-d-em-direito-prega-refundacao-do-sistema-judicial-do-pais-no-combate-a-morosidade?redirect_tjweb=http%3A%2F%2Fportal.tjsc.jus.br%2Fweb%2Fsala-de-imprensa%2Finicio%3Bjsessionid%3D945B17570D6CFDBFD88035A527576761%3Fp_id%3D101_INSTANCE_Sq4Gap6fyXYp%26p_p_lifecycle%3D0%26p_p_state%3Dexclusive%26p_p_mode%3Dview%26controlPanelCategory%3Dportlet_101_INSTANCE_Sq4Gap6fyXYp. Acesso em: 12 nov. 2014.

²⁰ COSTA, João Ricardo dos Santos. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/30078-cnj-debate-solucoes-conceituais-e-praticas-para-morosidade-da-justica-e-litigancia-excessiva>. Acesso em: 12 nov. 2014.

²¹ LEWANDOWSKI, Ricardo. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/30086-justica-se-compromete-a-priorizar-conciliacoes-processos-dos-maiores-litigantes-e-recursos-repetitivos>. Acesso em: 11 nov. 2014.

2.1. A prestação jurisdicional na resolução dos conflitos²²

É cediço que a Carta Magna ampliou os direitos dos cidadãos, que passaram a recorrer ao Poder Judiciário para garantir a Efetividade de seus direitos. A resolução das lides pelo Poder Judiciário, normalmente, atenderá mais aos anseios de uma das partes, em detrimento das aspirações da outra, conforme o deslindar do Processo. Pasquino²³ estabelece que a tentativa do Processo consistirá “não em pôr fim aos conflitos, mas em regulamentar suas formas de modo que suas manifestações sejam menos destrutíveis para todos os atores envolvidos”.

Sabe-se que a decisão judicial será imposta por um terceiro imparcial que não participou da construção ou delimitação daquele conflito jurídico, e a prolação nem sempre atingirá de forma satisfatória os interesses das partes. Ou seja, poderá definir o impasse, mas não é certo que ela extinguirá o Conflito.

Não se pretende aqui afastar por completo a ideia de relativa eficiência do Poder Judiciário em sua atuação clássica adversarial, levando o leitor a concluir pela ineficácia absoluta deste organismo. O que se busca é uma reflexão sobre a cultura da sentença, que pode ser sintetizada como a constante busca ao Poder Judiciário como opção primeira e/ou única de resolução de conflitos resistidos.

Em determinados casos, muitas controvérsias podem ser sanadas em uma audiência conciliatória, de mediação ou mediante uma negociação extrajudicial, resolvendo, pois, a peleja pela utilização de outros mecanismos de pacificação.

Nesta perspectiva, Bezerra²⁴ anota que “o direito é apenas um dos mecanismos tendentes à regulação dos conflitos. A solução ampla dos conflitos, porém, pode-se dar por fora da aplicação do direito”, uma vez que “os próprios atores sociais podem solucionar seus conflitos. O que o direito resolve é a oposição de pretensões jurídicas.”

Silveira²⁵, por seu turno, observa que no Estado brasileiro falta “a cultura do bom senso, prevalecendo a cultura do Estado patrão que na mente das pessoas tem a responsabilidade de dar

²² Esta matéria foi adaptada de: SILVA, Carlos Roberto. **Meios alternativos de resolução de conflitos: mecanismos endo e extrajudiciais** rumo a uma jurisdição não adversarial do Estado brasileiro. 2015. Monografia (Qualificação à Tese de Doutorado) – Universidade do Vale do Itajaí. Itajaí: UNIVALI.

²³ PASQUINO, Gianfranco. Conflito. In: BOBBIO, Norberto *et al.* **Dicionário de política**. Tradução de Carmem C. Varriale, Gaetano Lo Mónaco, João Ferreira, Luís Guerreiro Pinto Cascais e Renzo Dini. 11.ed. Brasília: Universidade de Brasília. 1998. p. 228.

²⁴ BEZERRA, Paulo Cesar Santos. **Acesso à Justiça: um problema ético-social no plano da realização do Direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p.34.

²⁵ SILVEIRA, José Braz da. **Arbitragem: nas locações de imóveis urbanos**. Florianópolis: Obra Jurídica, 2001. p. 37.

solução a todos os problemas particulares, por mais banais que possam ser”.

Assim, cogita-se que para manter a justa paz coletiva não basta apenas proclamar a exclusividade da Jurisdição como meio de se atingir a pacificação dos conflitos. A justa paz da comunidade somente será atingida na medida em que o Estado for capaz de criar instrumentos adequados e eficientes para satisfazer às pretensões que a ele são levadas²⁶.

Neste passo, os meios alternativos de resolução de conflitos podem ser identificados como instrumentos eficientes, mormente porque o seu dinamismo e eficácia vertem do fato de que as partes é que concordarão com a forma de eliminar a contenda e poderão ver tutelados os seus direitos com maior rapidez, alcançando-se um plano de satisfação pessoal mais elevado.

3. AS VIAS ALTERNATIVAS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS²⁷

Em um Estado Constitucional Democrático, impende ao julgador a quebra de paradigmas, posto que o “fazer Justiça” é muito mais do que a simples aplicação da lei. Ao juiz não compete apenas uma atuação criativa em espaço nacional; em tempos de globalização, cabe ao julgador a descoberta de novas fontes que ultrapassem as próprias fronteiras e que aproximam sua decisão dos verdadeiros anseios sociais.

É certo que as sentenças judiciais são os métodos ditos tradicionais de obtenção da pacificação social. Conforme Chiovenda²⁸, quando há falha na prestação espontânea da norma, “substituir-se-lhe-á a realização mediante o processo.” Calmon Filho²⁹ também pondera que, surgindo o Conflito pela inobservância da norma, “a jurisdição estatal apresenta-se como meio ordinário a esse fim destinado”.

Carnelutti³⁰ observa, entretanto, que apesar da trivialidade dada ao Processo Judicial como pacificador social, “a composição da lide também se pode obter por meios diferentes do processo

²⁶ PÉREZ, Jesús González. **El derecho a la tutela jurisdiccional**. 2. ed. Madrid: Civitas, 1989. p. 19-26.

²⁷ Esta matéria foi adaptada de: SILVA, Carlos Roberto. **Meios alternativos de resolução de conflitos: mecanismos endo e extrajudiciais rumo a uma jurisdição não adversarial do Estado brasileiro**. 2015. Monografia (Qualificação à Tese de Doutorado) – Universidade do Vale do Itajaí. Itajaí: UNIVALI.

²⁸ CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 1969, v.2, p. 55.

²⁹ CALMON FILHO, Petrônio. O conflito e os meios de sua solução. **Revista Síntese Direito Civil e Processual Civil**. Porto Alegre, RS, v.12, n.71, p. 37-51, maio/jun. 2011.

³⁰ CARNELUTTI, Francesco. **Sistema de Direito Processual Civil**. Tradução de Hildomar Martins Oliveira. v.1. 2.ed. São Paulo: Lemos e Cruz, 2004. p. 275.

civil”³¹, mediante o uso de mecanismos alternativos de resolução de conflitos.

Ao estudar sobre o assunto, Atienza³² discorreu que, nos idos dos anos 70, os meios alternativos eclodiram de um grande interesse, por parte dos norte-americanos, em analisar as possibilidades de utilização de novos sistemas para a resolução dos conflitos que não apenas em esfera judicial.

No Brasil, conforme Silva³³, a partir dos Juizados de Pequenas Causas (Lei nº 7.244/84) e, após, os Juizados Especiais (Lei n. 9.099/95), “ficou clara a aspiração social por métodos que pudessem servir para a resolução dos conflitos sociais fora dos meandros do Poder Judiciário”. Apesar disto, “não temos em nosso país uma cultura na utilização de meios alternativos de resolução de conflitos, [...] mas podemos observar uma grande tendência do crescimento destes institutos”.

No repertório de propostas para modernizar o setor jurídico, entende Bergoglio³⁴ que a incorporação de meios alternativos de resolução de conflitos tem sido entendida como a ferramenta principal para se atingir, simultaneamente, as metas de melhorar o acesso à jurisdição e a eficiência do funcionamento dos tribunais, sem aumentar desproporcionalmente o gasto público com a Justiça.

Como aficionado destes sistemas alternativos, Sales³⁵ indica que “os meios amigáveis possibilitam a discussão dos problemas sob uma perspectiva que favorece a responsabilidade das partes”; desta forma, “oferece aos conflitantes a oportunidade e a possibilidade de solucionarem a controvérsia de maneira que ambas as partes sintam-se responsáveis pelo cumprimento do acordo, já que fora realizado por elas próprias”.

Segundo dados da Revista Catarinense de Solução de Conflitos – RCSC³⁶, algumas instituições do Estado de Santa Catarina têm se colocado como divulgadoras dos meios

³¹ CARNELUTTI, Francesco. **Instituições do Processo Civil**. Tradução de Adrián Sotero De Witt Batista. v.1. 2.ed. São Paulo: Classic Book, 2000. p. 157.

³² ATIENZA, Manuel. **Curso de Argumentación Jurídica**. Madrid: Editorial Trotta, 2013. p. 709.

³³ SILVA, Antônio Hélio. Arbitragem, Mediação e Conciliação. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). **Grandes Temas da Atualidade: mediação arbitragem e conciliação**. v.7. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 21.

³⁴ BERGOGLIO, María Inés. Reforma judicial y acceso a la justicia: reflexiones a propósito de la evaluación de la mediación en Córdoba, Argentina. In: BASSIL, Sonia Boueir. **El acceso a la justicia: contribuciones teórico-empíricas en y desde países latinoamericanos**. Madrid: Editorial Dykinson, 2010. p. 53-54.

³⁵ SALES, Lília Maia de. **Justiça e Mediação de Conflitos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 35.

³⁶ Sesmact populariza resolução de conflitos na esfera extrajudicial. **Revista Catarinense de Solução de Conflitos – RCSC**, Florianópolis, set. 2013. Ano 1, n. 1. p. 3-33.

alternativos. A revista cita algumas instituições engajadas na propagação destes sistemas, dando destaque ao Conselho Regional de Contabilidade – em conjunto com o Fecema – do Secmasc³⁷ e do Mutirão de Conciliação e Arbitragem.

O Tribunal de Justiça do estado de Santa Catarina – assim como os demais estados e Distrito Federal – também tem adotado diversas medidas no sentido de proporcionar à população mecanismos eficientes de pacificação social. O Conselho Gestor do Sistema de Juizados Especiais e Programas alternativos de solução de conflitos foi criado na estrutura administrativa do Tribunal de Justiça do Estado com o fito de “estabelecer políticas, fixar diretrizes, planejar e orientar o funcionamento dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, Casas da Cidadania e demais programas voltados à cidadania e à solução não adversarial de conflitos”.³⁸

Neste sentido, o Conselho Gestor tem desenvolvido alguns projetos, *verbi gratia*, a Casa da Cidadania, criada com o objetivo de “humanizar a Justiça, implementando ações que visem o pleno exercício da cidadania, gerando uma cultura de democracia participativa, como corolário de uma prática integrada com a comunidade”.³⁹

A Resolução n. 23/06 do Tribunal catarinense regulamentou a criação, instalação e funcionamento dos Postos de Atendimento e Conciliação – PACs, como serviços prestados de maneira autônoma ou agregados às Casas da Cidadania. Mediante um convênio entre Tribunal de Justiça e os entes públicos ou privados interessados no serviço, os Postos de Atendimentos são instalados e passam a ter competência para recepcionar e registrar reclamações que admitam Conciliação e/ou encaminhar pedidos da competência dos Juizados Especiais.

O Conselho Nacional de Justiça também tem desenvolvido, regularmente, projetos que visam incentivar os meios alternativos de resolução de conflitos. De forma ampla, pode-se citar a criação do Programa Juizados dos Aeroportos, a Justiça Itinerante, o programa Conciliar é Legal e a Semana Nacional de Conciliação.

³⁷ O SECMA SC – Seminário de Conciliação, Mediação e Arbitragem de Santa Catarina é um evento de iniciativa da FECEMA – Federação Catarinense das Entidades de Mediação e Arbitragem em conjunto com o CRCSC – Conselho Regional de Contabilidade de Santa Catarina. Prima por proporcionar aos presentes o aprimoramento de seus conhecimentos sobre as formas alternativas de resolução de conflitos; oportunizar a integração e a troca de experiências das instituições especializadas, dos interessados e pessoas que exercitam as formas alternativas de resolução de conflitos; contribuir para a divulgação da cultura da Negociação, da Conciliação, da Mediação e da Arbitragem como formas eficientes de pacificação de conflitos. (Informações vertidas do endereço eletrônico da Federação Catarinense das Entidades de Mediação e Arbitragem. Disponível em: <http://www.fecema.org.br/secmasc/iv-apresenta>. Acesso em: 25 ago. 2014).

³⁸ BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Ato Regimental n. 76/2006**. Disponível em: http://www.tjsc.jus.br/institucional/conselho_gestor/conselho_gestor.html. Acesso em: 27 nov. 2014.

³⁹ BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Disponível em: <http://www.tjsc.jus.br/institucional/casadacidadania/cidadania.htm>. Acesso em: 27 nov. 2014.

Apesar desse visível estímulo à prática dos meios alternativos na pacificação dos conflitos, é bom que se reflita que o uso destes métodos de composição, diferentes da sentença judicial, não deve substituir de forma absoluta a jurisdição estatal, apenas se mostram como opção hábil a resolver conflitos, servindo como possível (e eficiente) complemento do sistema, como defende Silva⁴⁰.

Importa anotar que, da locução “meios alternativos”, deve-se compreender os métodos de pacificação social presentes não apenas em âmbito extrajudicial, como também aqueles na esfera judicial. A Conciliação pré-processual, por exemplo, pode dispensar a homologação judicial posterior, enquanto a judicial concomitante ao processo resulta no retorno dos autos ao juiz, seja para homologação, seja para prosseguimento do processo.⁴¹

Neste sentido, Gouveia⁴² entende que “a definição de resolução alternativa de litígios deve, assim, ser alargada a todos os meios de resolução de conflitos que sejam diferentes da decisão por julgamento em tribunal judicial”.

Nessa linha de pensamento, Calmon⁴³ ressalta que “nem todo meio de solução de conflitos se apresenta formalmente, como previsão legal ou regulamentar [...] proporcionando pacificação social sem que o Estado sequer tenha tomado conhecimento do conflito”. Este autor cita como meios que procuram “aproximar o Estado do cidadão” os Procons e as Promotorias de Defesa do Consumidor. Estas experiências confirmam a ideia de que o espaço para o consenso deva ser ampliado, privilegiado e prestigiado no cenário da atividade jurisdicional brasileira.

4. NOVOS RUMOS À SUBSTITUTIVIDADE IMPERATIVA⁴⁴

Apesar da edição de novas leis, entre 2005 e 2009, não se alcançou a efetividade desejada a partir da Emenda Constitucional 45/2004. Como asseverou Pinho⁴⁵, “como efeito colateral, o Código se desfigurou, após tantas intervenções”. É que, “se por um lado parece pouco tempo para

⁴⁰ SILVA, Antônio Hélio. Arbitragem, Mediação e Conciliação. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). **Grandes Temas da Atualidade: mediação arbitragem e conciliação**. v.7. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 21.

⁴¹ CALMON, Petronio. **Fundamentos da mediação e da conciliação**. 2.ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013. p. 137.

⁴² GOUVEIA, Mariana F. **Curso de resolução alternativa de litígios**. 2.ed. Coimbra: Almedina, 2012. p. 16.

⁴³ CALMON, Petronio. **Fundamentos da mediação e da conciliação**. 2.ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013. p. 85-87.

⁴⁴ Esta matéria foi adaptada de: SILVA, Carlos Roberto. **Meios alternativos de resolução de conflitos: mecanismos endo e extrajudiciais rumo a uma jurisdição não adversarial do Estado brasileiro**. 2015. Monografia (Qualificação à Tese de Doutorado) – Universidade do Vale do Itajaí. Itajaí: UNIVALI.

⁴⁵ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **O novo CPC e a mediação**. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/242895/000923117.pdf?sequence=1>. Acesso em: 25 set. 2014.

se pensar em mexer num Código, por outro, os enormes e incomensuráveis avanços [da Sociedade] neste período, estão a demandar, há algum tempo, a atualização do ordenamento positivado”.

Nesse sentido, o Legislativo vislumbrou a necessidade de uma ampla reforma do sistema processual civil e esta se solidificou com o novo Código de Processo Civil. O Judiciário, por seu turno, através do Conselho Nacional de justiça, editou a Resolução n. 125/2010, como se verá nos tópicos seguintes. Ambos na tentativa de desjudicializar e/ou desburocratizar a resolução de conflitos.

4.1. A Resolução n. 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça⁴⁶

A Mediação e a Conciliação fazem parte da política judiciária nacional de tratamento alternativo dos conflitos resistidos, instaurada pelo Conselho Nacional da Justiça por meio da Resolução n. 125/2010, numa clara tentativa de adoção de novos paradigmas de operacionalidade para tribunais e julgadores, os chamados métodos consensuais de solução de conflitos.

Esta Resolução⁴⁷ teve como escopo o estímulo, apoio e difusão de práticas, nesse mesmo sentido, já adotadas por alguns tribunais. Os objetivos estão elencados nos artigos 2º ao 4º, destacando-se: disseminar a cultura da pacificação social e estimular a prestação de serviços autocompositivos de qualidade; incentivar os tribunais a se organizarem e planejarem programas amplos de autocomposição e reafirmar a função de agente apoiador da implantação de políticas públicas do Conselho Nacional da Justiça.

Do manual de Mediação judicial⁴⁸ do Ministério da Justiça, depreende-se que a referida resolução “partiu de uma premissa de que cabe ao Judiciário estabelecer a política pública de tratamento adequado dos conflitos de interesses resolvidos no seu âmbito – seja por meios heterocompositivos, seja por meios autocompositivos” e, ainda, que de fato, o que se propõe é a implementação no nosso ordenamento jurídico-processual de mecanismos processuais e pré-

⁴⁶ Esta matéria foi adaptada de: SILVA, Carlos Roberto. **Meios alternativos de resolução de conflitos: mecanismos endo e extrajudiciais rumo a uma jurisdição não adversarial do Estado brasileiro**. 2015. Monografia (Qualificação à Tese de Doutorado) – Universidade do Vale do Itajaí. Itajaí: UNIVALI.

⁴⁷ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução 125 de 29 de novembro de 2010**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-da-presidencia/resolucoespresidencia/12243-resolucao-no-125-de-29-de-novembro-de-2010>. Acesso em: 25 set. 2014.

⁴⁸ AZEVEDO, André Gomma de et al. **Manual de mediação judicial**. Brasília/DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o desenvolvimento – PNUD, 2012. p. 281.

processuais que efetivamente complementem o sistema instrumental⁴⁹.

Para Meguer⁵⁰, a Resolução n. 125/2010 tem pressupostos que “estimulam soluções adequadas, em múltiplas portas, mesmo antes do ajuizamento das demandas”. Seria uma estratégia que “pretende consolidar, no Brasil, uma política pública permanente de incentivo e aperfeiçoamento dos mecanismos consensuais de solução de conflitos.”

Em seu artigo 7º, a Resolução⁵¹ cria o Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos (Núcleo), composto por magistrados ativos ou aposentados, com o principal objetivo de desenvolver a política judiciária local de resolução alternativa de conflitos. “Nos Núcleos de Conciliação as partes envolvidas em conflito confiam a um terceiro estranho ao processo a função de auxiliá-las a chegar a um acordo.” Para o Conselho Nacional da Justiça, “essa iniciativa evita futura sentença judicial e permite a solução definitiva do litígio, diminuindo a grande demanda dos processos em trâmite.”⁵²

Tais medidas, ainda que insuficientes, não só parecem apontar para um novo cenário (não adversarial) na jurisdição brasileira, mas também têm contribuído para o desafogamento do Poder Judiciário. A seguir, passa-se à análise do texto do novo código de processo civil, que se preocupa com a celeridade processual e a atividade de mediação e conciliação dentro da estrutura judiciária, em conformidade com a Resolução 125/2010.

4.2. O Novo Código de Processo Civil – Lei n. 13105/2015⁵³

O referido diploma legal trouxe uma proposta que cria regras para simplificar e acelerar a tramitação das ações cíveis, bem como aquelas de natureza diversa, mas que subsidiariamente se aplique à Lei adjetiva.

⁴⁹ AZEVEDO, André Gomma de et al. **Manual de mediação judicial**. Brasília/DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o desenvolvimento – PNUD, 2012. p. 282-284.

⁵⁰ MEGUER, Maria de Fatima Batista; COSTA, Andrea Abrahão. Arbitragem, conciliação e mediação: meios adequados de remoção de obstáculos à pacificação social? *In: Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XV, n. 107, dez. 2012. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12367. Acesso em: 22 maio 2014.

⁵¹ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução 125 de 29 de novembro de 2010**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-da-presidencia/resolucoespresidencia/12243-resolucao-no-125-de-29-de-novembro-de-2010>. Acesso em: 25 set. 2014.

⁵² BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/programas-de-a-a-z/acesso-a-justica/conciliacao/nucleos-de-conciliacao>. Acesso em: 25 set. 2014.

⁵³ Esta matéria foi adaptada de: SILVA, Carlos Roberto. **Meios alternativos de resolução de conflitos: mecanismos endo e extrajudiciais rumo a uma jurisdição não adversarial do Estado brasileiro**. 2015. Monografia (Qualificação à Tese de Doutorado) – Universidade do Vale do Itajaí. Itajaí: UNIVALI.

Importa anotar que, apesar das grandes inovações procedimentais trazidas pelo novo código, abordar-se-ão no presente tópico apenas aquelas de relevo ao presente estudo, relacionadas aos novos métodos pacificadores e demais medidas propostas no intuito de amenizar a litigiosidade.

A tentativa é a construção de um processo que atenda às especificidades de cada litígio em consonância com a proposta de promover um processo civil “ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e os princípios fundamentais estabelecidos na Constituição”⁵⁴, como uma alternativa à prestação jurisdicional mais democrática e efetiva.

Para Meirelles e Noblat⁵⁵, uma importante inovação do novo código é a flexibilização procedimental, que ocorreria “caso o procedimento em lei regulado se mostrasse inadequado, por meio da cooperação entre as partes e com amplo respeito às garantias fundamentais de cada um dos sujeitos do processo”, nos contornos de um Estado Constitucional Democrático.

Explicou o relator do projeto, deputado Paulo Teixeira⁵⁶, que seu texto “vai dar importância para os cidadãos que fazem parte do processo.” A ideia é que as pessoas que estão em disputa sejam “convidadas a buscar um acordo no início do processo e poderão decidir em conjunto com o juiz sobre fases da ação, como a definição do calendário e a contratação de perícia.”

Para Pinho⁵⁷, o novo código preocupa-se “com a atividade de mediação feita dentro da estrutura do Poder Judiciário. Isso não exclui, contudo, a mediação prévia ou mesmo a possibilidade de utilização de outros meios de solução de conflitos”.

Morais e Spengler⁵⁸, ao analisar o texto do projeto de Lei n. 8.046/2010 (Lei n. 13.105/2015 – Novo Código de Processo Civil), observaram que apesar de não estabelecer prazo para tal intento, o projeto incumbia “cada Tribunal de Justiça competente da tarefa de tratar das normas internas necessárias à instalação e funcionamento da conciliação/mediação como forma de

⁵⁴ BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. Comissão Temporária da Reforma do Código de Processo Civil, sobre o Projeto de Lei do Senado (PLS) nº 166, de 2010, que dispõe sobre a reforma do Código de Processo Civil. **Ato n. 379**. Brasília: Senado Federal; 2010, p. 199.

⁵⁵ MEIRELLES, Delton Ricardo Soares; NOBLAT, Francis. **De “poder do juiz” a “convenção das partes”**: uma análise da flexibilização procedimental na atual reforma do código de processo civil. p. 203. Disponível em: http://www.redp.com.br/arquivos/redp_13a_edicao.pdf. Acesso em: 29 set. 2014.

⁵⁶ TEIXEIRA, Paulo. Pronunciamento. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/camara/noticias/noticias/DIREITO-E-JUSTICA/464590-CAMARA-APROVA-NOVO-CODIGO-DE-PROCESSO-CIVIL;-TEXTOR-RETORNA-AO-SENADO.html>. Acesso em: 22 set. 2014.

⁵⁷ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **O novo CPC e a mediação**. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/242895/000923117.pdf?sequence=1>. Acesso em: 29 set. 2014.

⁵⁸ MORAIS, José Luis Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação e Arbitragem**: alternativas à Jurisdição. 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 197.

solução alternativa de conflito”. Tal desiderato se manteve na atual redação, agora Lei n. 13.105, disciplinado no parágrafo sexto do artigo 165, com o acréscimo de que os centros criados para este fim também serão responsáveis “pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição.”⁵⁹ A figura do mediador/conciliador tende a imprimir mais informalidade ao processo, promovendo o diálogo. Convergindo para esta ideia de resolução amigável, o artigo 3º, § 3º, do novo código de processo civil determina que “a conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.” E o artigo 165, § 3º, define que o mediador deverá auxiliar os “interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos.”

Com mediação e conciliação eficazes, salienta Calmon⁶⁰ que o fórum deixaria “de ser o local de referência onde as soluções de conflitos se iniciam”; cabendo aos juízes “o papel de receber o conflito somente depois que todos os outros meios possíveis já foram tentados, salvo aqueles especiais em que os meios alternativos não são recomendáveis”, seja pela vontade das partes, “seja por causa do tipo de direito material envolvido ou por causa de característica especial da pessoa envolvida”.

Entretanto, Pinho e Spengler⁶¹ fazem sua crítica dizendo que, embora o projeto tenha “pensado exaustivamente em busca de soluções processuais, foi tímido ao tratar da prevenção dos conflitos”. Os autores lamentam que os meios alternativos tenham sido tratados “mediante referências extremamente genéricas, postergando a efetiva regulamentação aos Tribunais e para legislação específica”.

⁵⁹ BRASIL. Câmara dos Deputados. **Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 24 mar. 2014.

⁶⁰ CALMON, Petronio. **Fundamentos da mediação e da conciliação.** 2.ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013. p. 145.

⁶¹ SPENGLER, Fabiana Marion; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **Acesso à justiça, jurisdição (in)eficaz e mediação.** Curitiba: Multideia, 2013. p. 90.

5. OS ÓBICES PARA A DIFUSÃO DE UMA CULTURA NÃO ADVERSARIAL⁶²

Conforme se abordou, a cultura da sentença é ainda um fator preponderante para o abarrotamento de litígios no Judiciário, conseqüente descrédito do Poder e do próprio Estado. Uma relevante causa deste hábito tão enraizado em nosso cotidiano, pontuada por muitos estudiosos, como se analisou, é a visão dos operadores do direito sobre a Judicialização, criada principalmente a partir de sua formação acadêmica e social.

Dallari⁶³ já afirmou que “a primeira grande reforma que deve ocorrer no Judiciário, e sem dúvida a mais importante de todas, é a mudança de mentalidade”. Nesse pensar, Musztak⁶⁴ pondera que “a decadente mentalidade adversarial de vítimas e algozes, do bem e do mal, segundo padrões e interesses individuais, parciais, distante da boa-fé subjetiva e objetiva”, acaba por gerar “a análise distorcida, resultados viciados, a violência e a ineficácia dos processos judiciais”.

Calmon⁶⁵, apontando a formação do advogado como importante causa da cultura da sentença, assinala que este profissional “necessita de treinamento técnico e específico para atuar como negociador de seu cliente, em defesa de seus interesses. No Brasil, a tradição é que os cursos de direito preparem seus alunos para o conflito e não para o consenso.” Nesse norte, Santos⁶⁶ destaca que “a missão essencial do advogado não é litigar, cabe a ele prevenir os litígios assegurando ao cliente meios não judiciais de resolução e prevenção do embate. É esse o escopo mais relevante da Jurisdição.”

Convergente a esse entendimento, Silva⁶⁷ destaca que “um Estado constituído por um povo desacreditado não tem como progredir. Ao progresso não basta ordem”. Neste aspecto, as Faculdades de Direito têm “um grande papel a exercer, para que se possa mudar da cultura do litígio para a cultura da Conciliação”.

Os advogados, na acepção de Azevedo⁶⁸, “devem ser capazes de estimular as partes para

⁶² Esta matéria foi adaptada de: SILVA, Carlos Roberto. **Meios alternativos de resolução de conflitos: mecanismos endo e extrajudiciais rumo a uma jurisdição não adversarial do Estado brasileiro**. 2015. Monografia (Qualificação à Tese de Doutorado) – Universidade do Vale do Itajaí. Itajaí: UNIVALI.

⁶³ DALLARI, Dalmo de Abreu. **O poder dos juízes**. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 80.

⁶⁴ MUSZKAT, Malvina. **Mediação de conflitos: pacificando e prevenindo a violência**. São Paulo: Summus, 2003. p. 58.

⁶⁵ CALMON, Petronio. **Fundamentos da mediação e da conciliação**. 2.ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013. p. 149.

⁶⁶ SANTOS, Paulo de Tarso. **Arbitragem e poder judiciário: mudança cultural**. São Paulo: LTr, 2001. p. 77.

⁶⁷ SILVA, Antônio Hélio. Arbitragem, Mediação e Conciliação. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). **Grandes Temas da Atualidade: mediação arbitragem e conciliação**. v.7. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 19.

⁶⁸ AZEVEDO, André Gomma de (Org.). **Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação**. v.2. Brasília: Grupos de Pesquisa, 2003. p.

que cheguem ao acordo. [...] Um advogado criativo na sessão de mediação será muito bem-vindo. Ele poderá produzir uma gama de acordos satisfatórios para ambos os lados.” Para o autor, o causídico “deve agir de maneira distinta em relação ao tradicional exercício da advocacia nos tribunais”.

Em outro enfoque, é cediço que hoje ocorre “um distanciamento entre o juiz e o processo”, em que muitos julgadores “tomam contato com a matéria discutida no processo no momento da audiência”, como aventam Gajardoni *et al*⁶⁹, o que impossibilita uma tentativa de aproximação das partes “visando à obtenção de um acordo”.

Nesse pensar, oportuna lição de Watanabe⁷⁰ de que no Brasil, um grande obstáculo à utilização dos meios alternativos “está na formação acadêmica dos nossos operadores de Direito que é voltada fundamentalmente para a solução contenciosa e adjudicada dos conflitos de interesses.” Disto resulta a “cultura da sentença, que se consolida assustadoramente”. Pondera o autor que “sentenciar, em muitos casos, é mais fácil e mais cômodo do que pacificar os litigantes e obter, por via de consequência, a solução dos conflitos”.

Para Theodoro Junior⁷¹, “o mais importante é que o conciliador seja preparado, técnica e psicologicamente, para promover a solução consensual e, para tanto, tudo aconselha que não seja o próprio juiz togado, isto é, a aquele a quem toca julgar contenciosamente o conflito.”

No entender de Calmon⁷² “ainda permanece a histórica resistência de algumas corporações à adoção dos mecanismos para a obtenção da autocomposição.” Os juízes, de um lado, “sentem seu poder reduzido por deixar de exercê-lo em todos os litígios. De outro, os advogados apontam como falha do sistema alternativo a dispensa de sua participação obrigatória.” Nesse contexto, “a adoção de um sistema multi-portas é uma opção política, que balança os alicerces de profundos interesses já sedimentados e, sendo o sistema jurídico hermético e complexo, ao tema vem sendo atribuída a chancela de ‘técnico’”, o que afasta a Sociedade de uma discussão sobre o tema.

Mas, como ressalta Theodoro Junior, a importância da Justiça coexistencial (ou

372-374.

⁶⁹ GAJARDONI, Fernando da Fonseca *et al*. O Gerenciamento do Processo. WATANABE, Kazuo. A Mentalidade e os meios Alternativos de Solução de Conflitos no Brasil. In: WATANABE, Kazuo *et al* (Coord.). **Mediação e gerenciamento do processo: revolução na prestação jurisdicional**. São Paulo: Atlas, 2008. p. 20.

⁷⁰ WATANABE, Kazuo. A Mentalidade e os meios Alternativos de Solução de Conflitos no Brasil. In: WATANABE, Kazuo *et al* (Coord.). **Mediação e gerenciamento do processo: revolução na prestação jurisdicional**. São Paulo: Atlas, 2008. p. 6.

⁷¹ THEODORO JUNIOR, Humberto. A arbitragem como meio de solução de controvérsias, **Revista Forense**. Rio de Janeiro, v.97, n. 353, jan./fev. 2001. p. 109.

⁷² CALMON, Petronio. **Fundamentos da mediação e da conciliação**. 2.ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013. p. 147.

conciliatória) “não é só para desafogar a justiça ordinária”, pois aquela, “muitas vezes, chega não só a resultados mais rápidos e menos onerosos que a justiça comum, como a resultados melhores, até mesmo em qualidade, do que os produzidos pelo processo contencioso.”⁷³

Por fim, com Tavares⁷⁴, “a consciência jurídica do cidadão é convocada a atuar civicamente, desestimulando-se que o Judiciário sirva como depositário primeiro e imediato do mero inconformismo entre interessados”.

Com todas as iniciativas explanadas neste estudo, com Watanabe⁷⁵, “temos fundadas esperanças de que [...] assistiremos logo mais ao surgimento de uma nova cultura, nas academias, nos tribunais, na advocacia, nas escolas de preparação e de aperfeiçoamento, enfim, em todos os segmentos de atuação prática dos profissionais de Direito”, de forma que “a atual cultura da sentença será, com toda a certeza, paulatinamente substituída pela cultura da pacificação.”

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante da pesquisa aqui relatada, parece possível afirmar que o processo judicial, formal e tradicional, e a sentença demonstram ter se tornado mecanismos insuficientes para a resolução dos litígios e enfrentamento, pelo Estado, dos novos desafios da modernidade.

Os avanços e conquistas, tais como as reformas pontuais no Código de Processo Civil, prestigiadoras da instrumentalidade processual; a criação dos Juizados Especiais e a elevação ao patamar de direito fundamental do princípio da razoável duração do processo não se mostraram suficientes para uma efetividade da prestação jurisdicional e diminuição na quantidade de processos que abarrotam o Judiciário brasileiro.

Uma das causas do aumento da Judicialização dos feitos foi a ampliação por parte da Sociedade do conhecimento de seus direitos, notadamente a partir da redemocratização de nosso País, o que motivou o crescimento do número de ações ajuizadas – da ordem de 106% no último quinquênio⁷⁶. Tais dados confirmam que soluções mais efetivas não de ser implementadas, sob

⁷³ THEODORO JUNIOR, Humberto. A arbitragem como meio de solução de controvérsias, **Revista Forense**. Rio de Janeiro, v.97, n. 353, jan./fev. 2001. p. 109.

⁷⁴ TAVARES, André Ramos. **Desjudicialização**. Jornal Carta Forense. Disponível em: <http://www.carteforense.com.br/conteudo/colunas/desjudicializacao/10165>. Acesso em: 2 jun. 2014.

⁷⁵ WATANABE, Kazuo. A Mentalidade e os meios Alternativos de Solução de Conflitos no Brasil. In: WATANABE, Kazuo *et al* (Coord.). **Mediação e gerenciamento do processo: revolução na prestação jurisdicional**. São Paulo: Atlas, 2008. p. 9-10.

⁷⁶ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Relatório Justiça em Números 2014**. Disponível em:

pena de agravamento paulatino do quadro, com sérios e prejudiciais reflexos à Sociedade brasileira.

Evidenciado o subaproveitamento dos meios alternativos como hipóteses de melhor e mais efetiva resolução dos conflitos resistidos, situação visível não apenas no plano processual, viável que se cogite a ideia de que sua primazia possa modificar essa situação que aponta no sentido de que, hodiernamente, o Judiciário não se mostra suficientemente efetivo em sua missão de dirimir conflitos e harmonizar a convivência social.

Esses mecanismos podem orbitar não apenas em âmbito extrajudicial, de forma esparsa e não organizada (institucionalizada) pelo ente estatal, mas também na esfera judicial, de forma sistematizada, institucionalizada, porém, opcional, voluntária, preservando suas características e fundamentos básicos.

Há muito ainda a ser pesquisado, pelos operadores do direito e pelas autoridades em Educação, para que a cultura da sentença possa ser revertida desde as universidades e escolas de aperfeiçoamento profissional, pois raramente são previstas disciplinas ou conteúdos programáticos voltados à solução pacífica de conflitos, à formação de um profissional do Direito que tenha em mente – e em suas ações cotidianas – o conhecimento e a capacidade técnica de um autêntico conciliador, ou seja, uma pessoa capaz de entender e propor ou mediar a resolução eficaz de um conflito.

Cogita-se que o afastamento da “cultura da sentença” e a criação de uma cultura e mentalidade não adversarial possibilitarão uma maior efetividade na atividade estatal judiciária, atendendo-se ao princípio da razoável duração do processo e, sobretudo, propiciando-se uma qualidade na resolução dos conflitos por certo não alcançada com o sistema atual, cuja única opção é a resolução imposta pelo Estado.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ANUÁRIO DA JUSTIÇA – 2014. São Paulo: ConJur Editorial, 2014.

ATIENZA, Manuel. **Curso de Argumentación Jurídica**. Madrid: Editorial Trotta, 2013.

AZEVEDO, André Gomma de (Org.). **Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação**. v.2. Brasília:

Grupos de Pesquisa, 2003.

AZEVEDO, André Gomma de et al. **Manual de mediação judicial**. Brasília/DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o desenvolvimento – PNUD, 2012.

BERGOGLIO, María Inés. Reforma judicial y acceso a la justicia: reflexiones a propósito de la evaluación de la mediación en Córdoba, Argentina. *In*: BASSIL, Sonia Boueir. **El acceso a la justicia: contribuciones teórico-empíricas en y desde países latinoamericanos**. Madrid: Editorial Dykinson, 2010.

BEZERRA, Paulo Cesar Santos. **Acesso à Justiça: um problema ético-social no plano da realização do Direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 24 mar. 2014.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei 8.046/2010**. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1246935&filename=Tramitacao-PL+8046/2010. Acesso em: 22 set. 2014.

BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. Comissão Temporária da Reforma do Código de Processo Civil, sobre o Projeto de Lei do Senado (PLS) nº 166, de 2010, que dispõe sobre a reforma do Código de Processo Civil. **Ato n. 379**. Brasília: Senado Federal; 2010.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Relatório Justiça em Números 2014: ano-base 2013**. Disponível em: ftp://ftp.cnj.jus.br/Justica_em_Numeros/relatorio_jn2014.pdf. p. 63. Acesso em: 26 nov. 2014.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução 125 de 29 de novembro de 2010**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-da-presidencia/resolucoespresidencia/12243-resolucao-no-125-de-29-de-novembro-de-2010>. Acesso em: 25 set. 2014.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Semana da conciliação**. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/images/programas/movimento-pela-conciliacao/semana_nacional_conciliacao/apresentacao_comitegestor.pdf. Acesso em: 25 set. 2014.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Ato Regimental n. 76/2006**. Disponível em:

http://www.tjsc.jus.br/institucional/conselho_gestor/conselho_gestor.html. Acesso em: 27 nov. 2014.

CALMON FILHO, Petrônio. O conflito e os meios de sua solução. **Revista Síntese Direito Civil e Processual Civil**. Porto Alegre, RS, v.12, n.71, p. 37-51, maio/jun. 2011.

CALMON, Petronio. **Fundamentos da mediação e da conciliação**. 2.ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013.

CAMP, Eduard Vinyamata. Introducción a la conflictología. In: CANÁLES, Carmen Fernández (Coord.). **Mediación, arbitraje y resolución extrajudicial de conflictos em siglo XXI**. Madrid: Reus, 2010.

CARNELUTTI, Francesco. **Instituições do Processo Civil**. Tradução de Adrián Sotero De Witt Batista. v.1. 2.ed. São Paulo: Classic Book, 2000. Título Original: *Instituciones Del proceso civile*.

CARNELUTTI, Francesco. **Sistema de Direito Processual Civil**. Tradução de Hildomar Martins Oliveira. v.1. 2.ed. São Paulo: Lemos e Cruz, 2004. Título Original: *Sistema di Diritto*.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito processual civil**. v.2. São Paulo: Saraiva, 1969.

COSTA, João Ricardo dos Santos. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/30078-cnj-debate-solucoes-conceituais-e-praticas-para-morosidade-da-justica-e-litigancia-excessiva>. Acesso em: 12 nov. 2014.

CRETELLA NETO, José. **Curso de Arbitragem**. 2.ed. Campinas: Millennium Editora, 2009.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **O poder dos juízes**. São Paulo: Saraiva, 1996.

DAMASCENO, Tatiana. Alternativas extrajudiciais. **AMB Informa**, nov. 2014. Edição n. 162.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca *et al.* O Gerenciamento do Processo. WATANABE, Kazuo. A Mentalidade e os meios Alternativos de Solução de Conflitos no Brasil. In: WATANABE, Kazuo *et al* (Coord.). **Mediação e gerenciamento do processo: revolução na prestação jurisdicional**. São Paulo: Atlas, 2008.

GOUVEIA, Mariana F. **Curso de resolução alternativa de litígios**. 2.ed. Coimbra: Almedina, 2012.

GRINOVER, Ada Pellegrini. A inafastabilidade do controle jurisdicional e uma nova modalidade de autotutela (parágrafos únicos dos artigos 249 e 251 do código civil). **Revista Brasileira de Direito Constitucional**. n. 10, p. 13, jul-dez. 2007. Disponível em: <http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC->

10/RBDC-10-013-Ada_Pellegrini_Grinover.pdf. Acesso em: 05 set. 2014.

LEWANDOWSKI, Ricardo. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/30086-justica-se-compromete-a-priorizar-conciliacoes-processos-dos-maiores-litigantes-e-recursos-repetitivos>. Acesso em: 11 nov. 2014.

MEGUER, Maria de Fatima Batista; COSTA, Andrea Abrahão. Arbitragem, conciliação e mediação: meios adequados de remoção de obstáculos à pacificação social? *In: Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XV, n. 107, dez. 2012. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12367. Acesso em: 22 maio 2014.

MEIRELLES, Delton Ricardo Soares; NOBLAT, Francis. **De “poder do juiz” a “convenção das partes”**: uma análise da flexibilização procedimental na atual reforma do código de processo civil. p. 203. Disponível em: http://www.redp.com.br/arquivos/redp_13a_edicao.pdf. Acesso em: 29 set. 2014.

MORAIS, José Luis Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação e Arbitragem**: alternativas à Jurisdição. 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

MUSZKAT, Malvina. **Mediação de conflitos**: pacificando e prevenindo a violência. São Paulo: Summus, 2003.

Federação Catarinense das Entidades de Mediação e Arbitragem. Disponível em: <http://www.fecema.org.br/secmasc/iv-apresenta>. Acesso em: 25 ago. 2014.

PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa Jurídica**: ideias e ferramentas úteis para o pesquisador do Direito. 2003.

PASQUINO, Gianfranco. Conflito. *In: BOBBIO, Norberto et al. Dicionário de política*. Tradução de Carmem C. Varriale, Gaetano Lo Mônaco, João Ferreira, Luís Guerreiro Pinto Cascais e Renzo Dini. 11.ed. Brasília: Universidade de Brasília. 1998. Título Original: *Dizionario di política*.

PÉREZ, Jesús González. **El derecho a la tutela jurisdiccional**. 2. ed. Madrid: Civitas, 1989.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **O novo CPC e a mediação**. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/242895/000923117.pdf?sequence=1>. Acesso em: 25 set. 2014.

SALES, Lília Maia de. **Justiça e Mediação de Conflitos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SALIMEN, Luciana. Menos metas e mais racionalidade. **AMB Informa**. nov. 2014. Edição n. 162.

SANTOS, Paulo de Tarso. **Arbitragem e poder judiciário: mudança cultural**. São Paulo: LTr, 2001.

Sesmac populariza resolução de conflitos na esfera extrajudicial. **Revista Catarinense de Solução de Conflitos – RCSC**, Florianópolis, set. 2013. Ano 1, n. 1.

SILVA, Antônio Hélio. Arbitragem, Mediação e Conciliação. *In*: LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). **Grandes Temas da Atualidade: mediação arbitragem e conciliação**. v.7. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

SILVA, Carlos Roberto. **Meios alternativos de resolução de conflitos: mecanismos endo e extrajudiciais rumo a uma jurisdição não adversarial do Estado brasileiro**. 2015. Monografia (Qualificação à Tese de Doutorado) – Universidade do Vale do Itajaí. Itajaí: UNIVALI.

SILVEIRA, José Braz da. **Arbitragem: nas locações de imóveis urbanos**. Florianópolis: Obra Jurídica, 2001.

SPENGLER, Fabiana Marion; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **Acesso à justiça, jurisdição (in)eficaz e mediação**. Curitiba: Multideia, 2013.

TAVARES, André Ramos. **Desjudicialização**. *Jornal Carta Forense*. Disponível em: <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/desjudicializacao/10165>. Acesso em: 2 jun. 2014.

TAVARES, André Ramos. Disponível em: http://portal.tjsc.jus.br/web/sala-de-imprensa/-/ph-d-em-direito-prega-refundacao-do-sistema-judicial-do-pais-no-combate-a-morosidade?redirect_tjweb=http%3A%2F%2Fportal.tjsc.jus.br%2Fweb%2Fsala-de-imprensa%2Finicio%3Bjsessionid%3D945B17570D6CFDBFD88035A527576761%3Fp_p_id%3D101_INSTANCE_Sq4Gap6fyXYp%26p_p_lifecycle%3D0%26p_p_state%3Dexclusive%26p_p_mode%3Dview%26controlPanelCategory%3Dportlet_101_INSTANCE_Sq4Gap6fyXYp. Acesso em: 12 nov. 2014.

TEIXEIRA, Paulo. Pronunciamento. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/DIREITO-E-JUSTICA/464590-CAMARA-APROVA-NOVO-CODIGO-DE-PROCESSO-CIVIL;-TEXTO-RETORNA-AO-SENADO.html>. Acesso em: 22 set. 2014.

THEODORO JUNIOR, Humberto. A arbitragem como meio de solução de controvérsias, **Revista**

Forense. Rio de Janeiro, v.97, n. 353, jan./fev. 2001.

WATANABE, Kazuo. A Mentalidade e os meios Alternativos de Solução de Conflitos no Brasil. *In:* WATANABE, Kazuo *et al* (Coord.). **Mediação e gerenciamento do processo:** revolução na prestação jurisdicional. São Paulo: Atlas, 2008.

A PRÁTICA DE CRIME DE RESPONSABILIDADE PELO PRESIDENTE DA REPÚBLICA E A LIMITAÇÃO TEMPORAL PARA A DEFLAGRAÇÃO DO PROCESSO DE IMPEACHMENT

Juliano Luis Cavalcanti¹

INTRODUÇÃO

No dia 15 de março de 2015, o Brasil viu a maior manifestação popular de sua história política, com milhões de pessoas nas ruas protestando contra a corrupção, o Partido dos Trabalhadores e o Governo recém reeleito da Presidenta Dilma Rousseff.

Independentemente e desconectado de questões de mérito quanto às razões que levaram as pessoas ao protesto, alguns pontos específicos chamaram a atenção; o primeiro deles foi que nunca antes uma manifestação de cunho político havia sido tão pulverizada se “alastrando” por todo o país, inclusive por cidades do interior, ou seja, de um modo geral, basta lembrarmos às diretas já, o impeachment do presidente Collor, por exemplo, tais manifestações se restringiam aos grandes centros, principalmente Rio de Janeiro, Minas Gerais e São Paulo; o segundo foi a pluralidade de reivindicações que se estenderam desde a inconstitucional intervenção militar, passando pelas reformas políticas, novas eleições e pelo Impeachment da Presidenta Dilma Rousseff.

É exatamente em relação a esta última reivindicação mencionada, o Impeachment que este trabalho de pesquisa se desenvolveu, buscando conceituar o instituto, verificar suas raízes históricas, identificando a sua natureza jurídica como julgamento político, os atos passíveis de Impeachment e por fim a possibilidade do Processo de Impeachment no decurso de mandato subsequente decorrente de reeleição por ato praticado no primeiro mandato.

O tema desencadeou grande debate entre juristas renomados quanto à aplicabilidade do instituto do Impeachment em relação à Presidenta Dilma Rousseff frente às denúncias de corrupção em grande escala ocorrida na Petrobras durante o período em que ela presidia a estatal e o seu Conselho Administrativo e também durante o seu primeiro mandato presidencial.

¹ Doutorando em Ciência Jurídica (UNIVALI), Mestre em Ciência Jurídica (UNIVALI), professor no curso de Direito na Universidade do Vale do Itajaí(UNIVALI). Advogado. Autor da obra CPI A Comissão Parlamentar de Inquérito no Âmbito do Legislativo Municipal, Editora JH Mizuno:Leme, 2006. E-mail: juliano@cavalcantiadvogados.adv.br.

Referidos debates, no entanto, se concentraram no enquadramento ou não da atual presidenta no rol dos crimes de responsabilidade, previsto no art. 85 da Constituição Federal de 1988, pouco tratando da aplicação do instituto do Impeachment em decorrência de atos praticados em mandato anterior, e é esse ponto específico que motivou o presente estudo.

Este trabalho de investigação não tem a pretensão de esgotar o tema que é extremamente complexo, porém pretende o autor abrir um outro foco de discussão quanto ao instituto do Impeachment, sempre voltado para as questões jurídicas e, dentro do possível, sem contaminações de ordem ideológicas ou políticas.

1. CONCEITUAÇÃO E HISTÓRICO DO IMPEACHMENT

A expressão IMPEACHMENT, remonta impedimento, impossibilidade de exercício de um mandato em decorrência de ato ilegal praticado pelo agente político. Na lição de De Plácido e Silva²:

“IMPEACHMENT”. Expressão inglesa, que se traduz impedimento, obstáculo, denúncia, acusação pública, indica-se o procedimento parlamentar, cuja finalidade é a de apurar a responsabilidade criminal de qualquer membro do governo instituído, aplicando-lhe a penalidade de destituição do cargo ou função.

Ainda quanto à conceituação do instituto do Impeachment Maria Helena Diniz³:

IMPEACHMENT. Direito constitucional. instituto de origem inglesa, consistente no processo político-criminal, instaurado contra o presidente da República para apurar crime de responsabilidade, resultante de má gestão dos negócios públicos, de violação de deveres funcionais e de falta de decoro. Tem por escopo impor-lhe pena de destituição do cargo e suspensão dos direitos políticos. Trata-se de competência do Legislativo.

Para Guilherme Peña de Moraes⁴ “o impeachment, traduzido como *proibir que se ponha de pé*, é singularizado como mecanismo processual de responsabilização dos agentes públicos no sistema de governo presidencialista”.

Portanto o Impeachment é um impedimento, que afasta o agente público das suas funções em decorrência de prática de atos prejudiciais a nação, no Brasil tal impedimento em relação ao Presidente da República pode ocorrer em caso de prática de algum dos Crimes de

² SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. Volume II. Rio de Janeiro:Forense, 1973, p.787.

³ DINIZ, Maria Helena. **Dicionário jurídico**. Volume 2. São Paulo:Saraiva, 1998, p. 766.

⁴ MORAES, Guilherme Peña de. **Curso de direito constitucional**. Niterói,RJ:Impetus, 2008, p. 413.

Responsabilidade⁵ que atentem contra a Constituição Federal, a existência da União, o livre exercício do Poder Legislativo, Judiciário, do Ministério Público e dos Poderes constitucionais das unidades da Federação, do exercício dos direitos políticos, individuais e sociais, da segurança interna do país, da probidade administrativa, da lei orçamentária e do cumprimento das leis e das decisões judiciais.

É exatamente o processo de julgamento por tais crimes, que se dá no âmbito do Legislativo, com a acusação sendo admitida por no mínimo 2/3 da Câmara dos Deputados e encaminhamento para análise e julgamento no Senado Federal, com pena de perda do mandato, sendo que a simples instauração do processo no Senado decorre a suspensão das funções do Presidente da República, que se denomina PROCESSO DE IMPEACHMENT.

Tanto a definição dos crimes de responsabilidade do Presidente da República como o seu processamento estão definidos na Lei 1.079 de 10 de abril de 1950 que foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988.

Quanto às raízes históricas do instituto em estudo, a doutrina é uníssona no sentido de apontar a Inglaterra como o berço do surgimento do Impeachment que tal qual a Comissão Parlamentar de Inquérito⁶ que também é originária daquele país, remonta ao reinado de Eduardo III.

Pinto Ferreira⁷ esclarece que “apareceu o *impeachment* na Inglaterra, no ano de 1376, com Eduardo III, como instituição mediante a qual a Câmara dos Comuns formulava acusações contra ministros do Rei e a Câmara dos Lordes os julgava.”.

Da Inglaterra o impeachment foi adotado nos Estados Unidos da América com a Constituição 1787 e na França desde a Grande Revolução sendo consignado nas leis constitucionais de 1875⁸.

No Brasil, já na primeira Constituição, a denominada Constituição do Império outorgada por Don Pedro I em 1824, havia previsão de responsabilização somente de Ministros e Conselheiros de Estado, como se via do seu art. 133 que previa: “Os Ministros de Estado serão

⁵ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Art. 85.

⁶ CAVALCANTI, Juliano Luis. **CPI – a comissão parlamentar de inquérito no âmbito do legislativo municipal**. Leme:JH Mizuno. 2006, p. 29.

⁷ FERREIRA, Pinto. **Comentários à constituição brasileira**. Volume 3. São Paulo:Saraiva, 1990, p. 593.

⁸ FERREIRA, Pinto. **Comentários à constituição brasileira**. Volume 3. São Paulo:Saraiva, 1990, p. 595.

responsáveis. I. Por traição. II. Por peita, suborno, ou concussão. Por abuso de Poder. III. Pela falta de observância da Lei. IV. Pelo que abragem contra a Liberdade, segurança, ou propriedade dos cidadãos. V. Por qualquer dissipação dos bens públicos.”.

A Constituição determinava, ainda, que uma lei “particular” especificasse a natureza daqueles delitos e a forma de procedimento para sua apuração.

Com a proclamação da República foi editado a Constituição dos Estados Unidos do Brasil em 1821, que isentou os Ministros de Estado de responsabilidade por conselhos dados ao Presidente da República⁹, mas manteve a responsabilização por crimes comuns e de responsabilidade, assim como no seu art. 54 definiu os crimes de responsabilidade do Presidente da República.

Nas Constituições que se seguiram a previsão de responsabilização do Presidente da República com a consequente submissão ao instituto do Impeachment foi mantida, sendo que atualmente, a Constituição da República Federativa do Brasil, trata o tema nos artigos 85 e 86, fazendo referência exclusiva ao Presidente da República, o que pode levar a conclusão de que não é possível instaurar Processos de Impeachment contra outras autoridades como Ministros do STF e Ministros de Estado.

Mas não é bem assim, a Lei 1079/50, trata de tais autoridades, além disso, o próprio texto constitucional em outras passagens como nos artigos 50, 51, 52, 102 e 167 faz expressa referência ao cometimento de crimes de responsabilidades por outras autoridades, inclusive pelo Vice-Presidente da República.

Como já visto o crime de responsabilidade do qual decorre o Processo de Impeachment tem como principal pena o afastamento temporário ou definitivo do cargo exercido pela autoridade envolvida, e é esse um dos principais motivos pelos quais ele é tratado como um julgamento político, como se verá no próximo item.

2. IMPEACHMENT COMO JULGAMENTO POLÍTICO

Como visto anteriormente o julgamento de Impeachment pode desaguar, entre outros, em pena de afastamento definitivo do agente público que incorreu em crime de responsabilidade,

⁹ Art. 51 da Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1821.

referida sanção enquadra-se naquelas que são denominadas por Norberto Bobbio¹⁰ como jurídicas que “são aquelas cuja execução é garantida por uma sanção externa e institucionalizada”.

Portanto, a sanção é jurídica, mas o julgamento é político.

Sobre esse aspecto os autores pesquisados de um modo geral apontam que se trata de julgamento político. Pinto Ferreira¹¹, afirma que Rui Barbosa denominou o Impeachment como “julgamento político”, e assevera: “o impeachment é um processo político no qual não interfere o Judiciário, exceto para exame dos seus aspectos formais.”¹². No mesmo sentido Guilherme Peña de Moraes¹³:

Carlos Maximiliano Pereira dos Santos, assim como Paulo Brossard de Souza Pinto, sustenta que o impeachment será revestido pela natureza de processo político a partir da constatação de que o procedimento não seria provocado por causas penais: o “impeachment tem por fim impedir que o indivíduo continue no exercício do cargo, no qual está prejudicando o país. Justifica-se o processo político, para impedir que o mau administrador volte a prejudicar o país quando lhe aprover”, de forma que “o impeachment tem feição política, não se origina senão de causas políticas e é instaurado sob considerações de ordem política. Isto ocorre mesmo quando o fato que o motive possua iniludível colorido penal e possa, a seu tempo, sujeitar a autoridade por ele responsável a sanções criminais, estas porém, aplicáveis exclusivamente pelo Poder Judiciário.

José Afonso da Silva¹⁴ segue o mesmo sentido ao afirmar que “a Constituição erigiu o Senado Federal, sob a presidência do Presidente do Supremo Tribunal Federal, em tribunal especial, para o julgamento **político, que não é um tipo de julgamento próprio de tribunais jurisdicionais, por que estes não devem senão exercer a jurisdição técnico-jurídica.**”(grifo não constante do original).

Alexandre de Moraes¹⁵ assevera: “a maioria da doutrina nacional, como nós, entende ser um instituto de natureza política, pois as infrações são político-administrativas, o processo e julgamento, igualmente, serão políticos.”.

Alguns doutrinadores apontam que o julgamento do impeachment teria natureza penal, e outros ainda, que seria de natureza mista, mas parece que de fato a razão está com a grande maioria que indica se tratar de um julgamento político, uma vez que as consequências podem ser

¹⁰ BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. Bauru, SP:Edipro, 3ª.ed, 2005, p. 160.

¹¹ FERREIRA, Pinto. **Comentários à constituição brasileira**. Volume 3. São Paulo:Saraiva, 1990, p. 593.

¹² FERREIRA, Pinto. **Comentários à constituição brasileira**. Volume 3. São Paulo:Saraiva, 1990, p. 598.

¹³ MORAES, Guilherme Peña de. **Curso de direito constitucional**. Niterói, Rj:Impetus, 2008, p.414.

¹⁴ SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo:Malheiros, 1997, 13ª. Edição, p. 520.

¹⁵ MOARAES. Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. São Paulo:Atlas, 2002, p. 1239.

jurídicas, mas o processo em si é político.

Tal afirmação se faz baseado nos argumentos acima expostos e ainda no fato de que o Congresso Nacional, especificamente a Câmara dos Deputados que emite juízo de admissibilidade e o Senado Federal que efetivamente julga o caso, tanto uma como outra são casas políticas e não perdem essa característica pelo simples fato de estarem julgando. Além disso, decidem sobre a permanência ou não do agente público no cargo, o objeto é se há motivo para declarar o impedimento ou não.

E mais, os casos que podem dar ensejo ao Impeachment, ainda poderão ser objeto de análise, aí sim, judicial pelo Poder Judiciário quanto a eventual prática de improbidade administrativa, bem como pela prática de crimes contra a administração pública.

Vale lembrar que os casos passíveis de abertura de processo de Impeachment são aqueles atos tidos como crimes de responsabilidade que nada mais nada menos, como se demonstrará no próximo item deste trabalho, são atos que atentam contra a Constituição e, portanto, visam punir o desvalor, o descaso com os comandos constitucionais tidos pelo agente público.

Alexandre de Moraes¹⁶ conceitua Crimes de Responsabilidade:

Crimes de responsabilidade são infrações político-administrativas definidas na legislação federal, cometidas no desempenho da função, que atentam contra a existência da União, o livre exercício dos Poderes do Estado, a segurança interna do país, a probidade da Administração, a lei orçamentária, o exercício dos direitos políticos individuais e sociais e o cumprimento das leis e das decisões judiciais.

J.J. Gomes Canotilho¹⁷ diferencia a responsabilidade penal da política:

A responsabilidade penal tem como pressuposto essencial o comportamento delitual dos governantes – criminalidade dos governantes – aferido segundo os princípios do direito e processo penal, mas tendo em conta a incidência deste comportamento no exercício dos poderes públicos. A responsabilidade política é um mecanismo jurídico constitucional que incide sobre o desvalor jurídico e político-constitucional dos actos dos titulares do poder político.

Mais adiante o constitucionalista português acima mencionado afirma que “as exigências de constitucionalidade e de legalidade justificam a consagração de crimes de responsabilidade¹⁸”.

Por tudo que se viu, é possível dizer que o Impeachment não só é um processo político, como decorre de uma responsabilidade que também é política, embora tenha sanção jurídica.

¹⁶ MOARAES. Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. São Paulo:Atlas, 2002, p. 1237.

¹⁷ CANOTILHO. J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra:Almeida. 7ª. Edição, p. 544.

¹⁸ CANOTILHO. J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra:Almeida. 7ª. Edição, p. 1.109.

3. ATOS QUE PODEM DESENCADear PROCESSO DE IMPEACHMENT

Os atos que podem desencadear o processo de Impeachment são aqueles tidos como “crimes de responsabilidade”, no caso específico do Presidente da República, o art. 85 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, considera como tal aqueles atos que atentem contra a própria Constituição, a existência da União, o livre exercício dos Poderes Constituídos, do Ministério Público, os direitos políticos individuais e sociais, a segurança interna do País, a probidade administrativa, a lei orçamentária e o cumprimento das leis e das decisões judiciais.

A expressão “especialmente” inserida no “caput” do mencionado art. 85, antes do rol de atos que se caracterizam como crimes de responsabilidade, denotam que se tratam de situações meramente exemplificativas, ou seja, o rol de crimes de responsabilidade não é taxativo.

Sobre esse aspecto Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra¹⁹:

Nem se diga que o advérbio “especialmente” dá maior relevância aos crimes mencionados nos incs. I a VII, visto que a enunciação a que se refere não é taxativa, mas exemplificativa. “Especialmente” significa “principalmente”, mas não “exclusivamente”, razão pela qual qualquer violação à Constituição Federal que não esteja elencada nos incs. I a VII nem por isso deixa de ser crime de responsabilidade, na medida em que exterioriza atos do Presidente da República que atentem contra a Constituição Federal.

Alexandre de Moraes²⁰ também considera o rol dos crimes de responsabilidade meramente exemplificativo, porém alerta para o fato de que precisam conter prévia previsão legal:

A Lei Maior prevê, no art. 85, rol meramente exemplificativo dos crimes de responsabilidade, pois o Presidente poderá ser responsabilizado por todos os atos atentatórios à Constituição Federal, passíveis de enquadramento idêntico ao referido rol, desde que haja previsão legal, pois o brocardo *nullum crimen sine typo* também se aplica, por inteiro, ao campo dos ilícitos político-administrativos, havendo necessidade de que a tipificação de tais infrações emane de lei federal, eis que o STF tem entendido que a definição formal dos crimes de responsabilidade se insere, por seu conteúdo penal, na competência exclusiva da União.

Os mencionados crimes estão devidamente especificados na Lei 1.079/50, que foi recepcionada, em parte pela Constituição Federal de 1988, com a previsão dos procedimentos a serem adotados nos processos que apuram a prática de crime de responsabilidade.

Neste sentido são crimes de responsabilidade **contra a existência política da União**, entreter, direta ou indiretamente, inteligência com governo estrangeiro, provocando-o a fazer

¹⁹ BASTOS, Celso Ribeiro e Martins, Ives Gandra. **Comentários à constituição do Brasil**. Vol. 4, II. 1997, p. 389.

²⁰ MORAES. Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. São Paulo:Atlas, 2002, p. 1238.

guerra ou cometer hostilidade contra a República, prometer-lhe assistência ou favor, ou dar-lhe qualquer auxílio nos preparativos ou planos de guerra contra a República; tentar, diretamente e por fatos, submeter a União ou algum dos Estados ou Territórios a domínio estrangeiro, ou dela separar qualquer Estado ou porção do território nacional; cometer ato de hostilidade contra nação estrangeira, expondo a República ao perigo da guerra, ou comprometendo-lhe a neutralidade; revelar negócios políticos ou militares, que devam ser mantidos secretos a bem da defesa da segurança externa ou dos interesses da Nação; auxiliar, por qualquer modo, nação inimiga a fazer a guerra ou a cometer hostilidade contra a República; celebrar tratados, convenções ou ajustes que comprometam a dignidade da Nação; violar a imunidade dos embaixadores ou ministros estrangeiros acreditados no país; declarar a guerra, salvo os casos de invasão ou agressão estrangeira, ou fazer a paz, sem autorização do Congresso Nacional; não empregar contra o inimigo os meios de defesa de que poderia dispor; permitir o Presidente da República, durante as sessões legislativas e sem autorização do Congresso Nacional, que forças estrangeiras transitem pelo território do país, ou, por motivo de guerra, nele permaneçam temporariamente; violar tratados legitimamente feitos com nações estrangeiras.

Outra modalidade de crime de responsabilidade é aquele que **atenta contra o livre exercício dos Poderes e do Ministério Público**, sendo o de tentar dissolver o Congresso Nacional, impedir a reunião ou tentar impedir por qualquer modo o funcionamento de qualquer de suas Câmaras; usar de violência ou ameaça contra algum representante da Nação para afastá-lo da Câmara a que pertença ou para coagí-lo no modo de exercer o seu mandato bem como conseguir ou tentar conseguir o mesmo objetivo mediante suborno ou outras formas de corrupção; violar as imunidades asseguradas aos membros do Congresso Nacional, das Assembléias Legislativas dos Estados, da Câmara dos Vereadores do Distrito Federal e das Câmaras Municipais; permitir que força estrangeira transite pelo território do país ou nele permaneça quando a isso se oponha o Congresso Nacional; opor-se diretamente e por fatos ao livre exercício do Poder Judiciário, ou obstar, por meios violentos, ao efeito dos seus atos, mandados ou sentenças; usar de violência ou ameaça, para constranger juiz, ou jurado, a proferir ou deixar de proferir despacho, sentença ou voto, ou a fazer ou deixar de fazer ato do seu ofício; praticar contra os poderes estaduais ou municipais ato definido como crime neste artigo; intervir em negócios peculiares aos Estados ou aos Municípios com desobediência às normas constitucionais.

Quanto aos crimes de responsabilidade contra **o livre exercício dos direitos políticos**,

individuais e sociais, são assim reconhecidos aqueles atos de impedir por violência, ameaça ou corrupção, o livre exercício do voto; obstar ao livre exercício das funções dos mesários eleitorais; violar o escrutínio de seção eleitoral ou inquirir de nulidade o seu resultado pela subtração, desvio ou inutilização do respectivo material; utilizar o poder federal para impedir a livre execução da lei eleitoral; servir-se das autoridades sob sua subordinação imediata para praticar abuso do poder, ou tolerar que essas autoridades o pratiquem sem repressão sua; subverter ou tentar subverter por meios violentos a ordem política e social; incitar militares à desobediência à lei ou infração à disciplina; provocar animosidade entre as classes armadas ou contra elas, ou delas contra as instituições civis; violar patentemente qualquer direito ou garantia individual; tomar ou autorizar durante o estado de sítio, medidas de repressão que excedam os limites estabelecidos na Constituição.

Já em relação a **segurança interna do país** são crimes de responsabilidade os atos de tentar mudar por violência a forma de governo da República; tentar mudar por violência a Constituição Federal ou de algum dos Estados, ou lei da União, de Estado ou Município; decretar o estado de sítio, estando reunido o Congresso Nacional, ou no recesso deste, não havendo comoção interna grave nem fatos que evidenciem estar a mesma a irromper ou não ocorrendo guerra externa; praticar ou concorrer para que se perpetre qualquer dos crimes contra a segurança interna, definidos na legislação penal; não dar as providências de sua competência para impedir ou frustrar a execução desses crimes; ausentar-se do país sem autorização do Congresso Nacional; permitir, de forma expressa ou tácita, a infração de lei federal de ordem pública; deixar de tomar, nos prazos fixados, as providências determinadas por lei ou tratado federal e necessário a sua execução e cumprimento.

Quanto à **proibidade administrativa**, são crimes de responsabilidade omitir ou retardar dolosamente a publicação das leis e resoluções do Poder Legislativo ou dos atos do Poder Executivo; não prestar ao Congresso Nacional dentro de sessenta dias após a abertura da sessão legislativa, as contas relativas ao exercício anterior; não tornar efetiva a responsabilidade dos seus subordinados, quando manifesta em delitos funcionais ou na prática de atos contrários à Constituição; expedir ordens ou fazer requisição de forma contrária às disposições expressas da Constituição; infringir no provimento dos cargos públicos, as normas legais; usar de violência ou ameaça contra funcionário público para coagí-lo a proceder ilegalmente, bem como utilizar-se de suborno ou de qualquer outra forma de corrupção para o mesmo fim; proceder de modo

incompatível com a dignidade, a honra e o decoro do cargo.

Também, considera-se crime de responsabilidade do Presidente da República atos que atentem contra a **lei orçamentária**, ao não apresentar ao Congresso Nacional a proposta do orçamento da República dentro dos primeiros dois meses de cada sessão legislativa; exceder ou transportar, sem autorização legal, as verbas do orçamento; realizar o estorno de verbas; infringir, patentemente, e de qualquer modo, dispositivo da lei orçamentária; deixar de ordenar a redução do montante da dívida consolidada, nos prazos estabelecidos em lei, quando o montante ultrapassar o valor resultante da aplicação do limite máximo fixado pelo Senado Federal; ordenar ou autorizar a abertura de crédito em desacordo com os limites estabelecidos pelo Senado Federal, sem fundamento na lei orçamentária ou na de crédito adicional ou com inobservância de prescrição legal; deixar de promover ou de ordenar na forma da lei, o cancelamento, a amortização ou a constituição de reserva para anular os efeitos de operação de crédito realizada com inobservância de limite, condição ou montante estabelecido em lei; deixar de promover ou de ordenar a liquidação integral de operação de crédito por antecipação de receita orçamentária, inclusive os respectivos juros e demais encargos, até o encerramento do exercício financeiro; ordenar ou autorizar, em desacordo com a lei, a realização de operação de crédito com qualquer um dos demais entes da Federação, inclusive suas entidades da administração indireta, ainda que na forma de novação, refinanciamento ou postergação de dívida contraída anteriormente; captar recursos a título de antecipação de receita de tributo ou contribuição cujo fato gerador ainda não tenha ocorrido; ordenar ou autorizar a destinação de recursos provenientes da emissão de títulos para finalidade diversa da prevista na lei que a autorizou; realizar ou receber transferência voluntária em desacordo com limite ou condição estabelecida em lei.

Por fim são também são crimes de responsabilidade os que **atentam contra o cumprimento das leis e das decisões judiciais** ao impedir, por qualquer meio, o efeito dos atos, mandados ou decisões do Poder Judiciário; recusar o cumprimento das decisões do Poder Judiciário no que depender do exercício das funções do Poder Executivo; deixar de atender a requisição de intervenção federal do Supremo Tribunal Federal ou do Tribunal Superior Eleitoral; Impedir ou frustrar pagamento determinado por sentença judiciária.

Como visto os atos que são considerados crime de responsabilidade são os mais variados, além disso, o rol mencionado na Constituição e na legislação específica são meramente

exemplificativos já que a regra geral é de que se consideram crimes de responsabilidade os atos que atentem contra a Constituição, sendo assim, quaisquer atos atentatórios aos preceitos constitucionais poderão ser considerados crime de responsabilidade.

4. PROCESSO DE IMPEACHMENT NO DECURSO DE MANDATO SUBSEQUENTE DECORRENTE DE REELEIÇÃO POR ATO PRATICADO NO PRIMEIRO MANDATO

Para o processo de Impeachment é fundamental que ocorra a conjugação de diversos fatores, entre eles os seguintes: 1 – Que tenha ocorrido um ato que possa ser enquadrado como de crime de responsabilidade; 2 – Que o crime de responsabilidade tenha sido praticado durante o exercício do cargo; 3 – Que o autor do fato esteja no exercício do cargo; 4 – Que a Câmara dos Deputados tenha acatado o pedido de instauração do processo de Impeachment.

Quanto ao assunto objeto deste estudo, um ponto que não tem sido muito debatido, até pelo fato de que o instituto da reeleição decorreu de uma Emenda a Constituição Cidadã, ou seja, não constava originariamente do texto promulgado em 1988, é quanto a possibilidade de instauração de processo de Impeachment contra Presidente da República ou outro agente político por crime de responsabilidade cometido em mandato anterior já encerrado, quando houver a recondução do mandatário por meio de reeleição.

Após as manifestações populares que levaram milhões de brasileiros às ruas em 15 de março de 2015, quando uma das reivindicações foi exatamente o impeachment da Presidenta Dilma Rousseff, alguns juristas foram categóricos ao afirmar que não existe possibilidade de aplicação de tal instituto pois os supostos casos de “improbidade” praticados pela mandatária nos casos de corrupção da Petrobrás, teriam ocorrido no mandato anterior e que seria necessário um fato no mandato em curso para que o dito processo fosse possível.

O ex-ministro do STF Ayres Britto em entrevista ao programa Fantástico da Rede Globo de Televisão, no mesmo dia das manifestações, 15 de março de 2015, foi categórico ao afirmar que:

Pedir o impeachment enquanto manifestação livre de vontade, tudo bem. Agora, concretamente, vamos convir, a presidente da **República no curso deste mandato que mal se inicia não cometeu nenhum crime que é pressuposto do impeachment**. Seja à luz do artigo 85 da Constituição, seja à luz da lei 1079, de 1950, versando sobre crimes de responsabilidade e por consequência, impeachment, não há a menor possibilidade de enquadramento da presidente da República nessas normas, sejam constitucionais, sejam legais.

Miguel Reale, em entrevista à revista Isto É, publicada em 27 de março de 2015 no site www.istoe.com.br, embora entenda ser viável a responsabilidade e eventual punição, inclusive com perda de mandato, da Presidenta Dilma Rousseff, caso venha a responder e seja condenado por crime comum junto ao STF, também entende não ser possível o Impeachment, em razão dos supostos fatos terem ocorrido em mandato anterior, como se vê:

O impeachment não é juridicamente viável porque os atos que poderiam justificá-lo ocorreram no mandato anterior. A pena do impeachment é a perda do cargo. Mas acabou o mandato e Dilma foi reeleita para outro. Não existe vaso comunicante. Para se pedir o impeachment, a presidente precisaria ser suspeita de algum malfeito de janeiro até agora.

Antes das mencionadas manifestações populares e dos pronunciamentos dos juristas acima mencionados, Ives Gandra Martins em parecer datado de 26 de janeiro de 2015, apontou ser possível o processo de Impeachment contra a Presidenta Dilma Rousseff, pois esta teria, em tese, praticado crime de responsabilidade na modalidade de improbidade administrativa em razão de sua atuação tanto como Presidente da Petrobrás como Presidente da República no período em que supostamente ocorreram diversos atos de corrupção na estatal petrolífera.

Sustenta Gandra:

A questão que se coloca é saber se os atos de gestão da empresa praticados pela atual presidente durante o Governo Lula, poderiam contaminar os atos de seu novo mandato.

Parece-me que duas linhas de raciocínio devem ser desenvolvidas.

A primeira delas é que, a manutenção da presidente Graça Foster - que fora alertada, segundo a imprensa, dos potenciais desvios sem ter feito nada para impedi-los – no cargo de presidente da Petrobrás, embora a notícia dos desvios tenha vindo a público antes de sua posse, torna a presidente da República a incurso no inciso III, do artigo 9º, da Lei 1079/50, pois não partiu para a responsabilização de quem conviveu com os autores dos desvios, durante a gestão comum, no último mandato do presidente Lula e no seu 1º mandato.

Parece-me, pois, que **não se trata, no que diz respeito ao novo mandato, em que se mantém a mesma direção continuada da instituição do 1º mandato, se não de um mandato continuado**, o que levaria a possibilidade de considerar crime continuado contra a probidade da administração, por falta das medidas necessárias de afastamento imediato de quem dirigiu a estatal em setores estratégicos e agora na presidência da empresa, durante o período de assalto a estatal (Presidente Lula e Presidente Dilma).

Para mim, pelo menos, está caracterizado crime culposos por atos omissivos e comissivos contra a administração (negligência, imperícia e omissão), todos previstos na lei de improbidade contra a administração. Há, na verdade, um crime continuado da mesma gestora da coisa pública, quer como presidente do conselho da Petrobrás, representando a União, principal acionista da maior sociedade de economia mista do Brasil, quer como presidente da República, ao quedar-se inerte e manter os mesmos administradores da empresa.

Referido parecer foi duramente criticado, por sua carga ideológica e para muitos parcial, Lenio Streck²¹ em artigo publicado pela revista eletrônica Consultor Jurídico escreveu que “falar sobre impeachment de um(a) presidente da República de um país de 200 milhões de habitantes não é um ato de torcida”, porém, toda a discussão gira em torno do enquadramento dado por Ives Gandra a suposta prática de improbidade administrativa na modalidade de culpa, silenciando quanto a eventual punição por fato ocorrido em mandato anterior.

Em que pese o debate suscitado com o parecer de Ives Gandra, é fato de que realmente Impeachment não é ato de torcida como sustenta Lenio Streck e seja de um presidente de país com mais de duzentos milhões de habitantes ou mesmo de poucos milhares, o fato é que o tema deve ser tratado com o máximo de isenção e as opiniões divergentes merecem ser respeitadas.

Voltando ao ponto nevrálgico deste trabalho, se vê que alguns juristas entendem ser impossível o Impeachment de um presidente por atos praticados em mandato anterior e ao menos um, Ives Gandra aponta em direção contrária, aceitando a hipótese de aplicação do instituto do impedimento mesmo que o fato tenha ocorrido em outro mandato.

O questionamento fundamental para dirimir o impasse é responder a uma única pergunta: seria o segundo mandato consecutivo decorrente de reeleição uma continuidade do mandato anterior?

Aparentemente se crê que a resposta a esse questionamento é positivo, aliás, o Superior Tribunal de Justiça tem decidido neste sentido quando trata do momento da contagem do prazo prescricional para a definição da prescrição das responsabilidades decorrentes de improbidade administrativa nos casos de segundo mandato consecutivo, como se vê:

ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. **PRESCRIÇÃO**. ART. 23, I, DA LEI 8.429/1992. **REELEIÇÃO**. TERMO INICIAL ENCERRAMENTO DO SEGUNDO MANDATO. ATO ÍMPROBO. ELEMENTO SUBJETIVO CULPA CARACTERIZADA. PRECEDENTES. SÚMULA 83/STJ.

1. A jurisprudência deste Superior Tribunal é assente em Estabelecer que o termo inicial do prazo prescricional da ação de improbidade administrativa, no caso de **reeleição** de prefeito, se aperfeiçoa após o término do segundo mandato. (...).²²

Vale transcrever o Voto do Ministro Humberto Martins, proferido no acórdão cuja ementa foi transcrita acima:

²¹ STRECK, Lenio. **Texto publicado na Revista Consultor Jurídico de 04 de fevereiro de 2015**. Acesso em www.conjur.com.br em 10 de abril de 2015.

²² STJ - T2 - SEGUNDA TURMA - Ministro HUMBERTO MARTINS (1130) - 03/04/2014 - DJe 14/04/2014 - AgRg no AREsp 161420 / TO - AGRADO REGIMENTAL NO AGRADO EM REsp 2012/0076621-3.

Não obstante os esforços expendidos pelo recorrente, sua irresignação não merece provimento, devendo a decisão agravada ser mantida. **DA PRESCRIÇÃO A jurisprudência deste Superior Tribunal é assente em estabelecer que o termo inicial do prazo prescricional da ação de improbidade administrativa, no caso de reeleição de prefeito, se aperfeiçoa após o término do segundo mandato. (...). "ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PRESCRIÇÃO. TERMO INICIAL. REELEIÇÃO. TÉRMINO DO SEGUNDO MANDATO. 1. O prazo prescricional nas ações de improbidade administrativa deve ser contado a partir do segundo mandato em caso de reeleição porquanto, em que pesem sejam mandatos diferentes, existe uma continuidade no exercício da função pública pelo agente público. (...). 3. De acordo com a justificativa da PEC de que resultou a Emenda n. 16/97, a reeleição, embora não prorrogue simplesmente o mandato, importa em fator de continuidade da gestão administrativa. Portanto, o vínculo com a Administração, sob ponto de vista material, em caso de reeleição, não se desfaz no dia 31 de dezembro do último ano do primeiro mandato para se refazer no dia 1º de janeiro do ano inicial do segundo mandato. Em razão disso, o prazo prescricional deve ser contado a partir do fim do segundo mandato, uma vez que há continuidade do exercício da função de Prefeito, por não ser exigível o afastamento do cargo. Precedentes. (...). Quanto à inexistência da alteração da LIA para concluir que o prazo prescricional começaria a contar do segundo mandato, o eminente Min. Mauro Campbell, conclui que "a reeleição, embora não prorrogue simplesmente o mandato, importa em fator de continuidade da gestão administrativa. Portanto, o vínculo com a Administração, sob ponto de vista material, em caso de reeleição, não se desfaz no dia 31 de dezembro do último ano do primeiro mandato para se refazer no dia 1º de janeiro do ano inicial do segundo mandato. Em razão disso, o prazo prescricional deve ser contado a partir do fim do segundo mandato. (...). A REELEIÇÃO, EMBORA NÃO PRORROGUE SIMPLEMENTE O MANDATO, IMPORTA EM FATOR DE CONTINUIDADE DA GESTÃO ADMINISTRATIVA, ESTABILIZAÇÃO DA ESTRUTURA ESTATAL E PREVISÃO DE PROGRAMAS DE EXECUÇÃO DURADOURA. RESPONSABILIDADE DO ADMINISTRADOR PERANTE O TITULAR DA RES PUBLICA POR TODOS OS ATOS PRATICADOS DURANTE OS OITO ANOS DE ADMINISTRAÇÃO, INDEPENDENTE DA DATA DE SUA REALIZAÇÃO. (...) A LIA, promulgada antes da Emenda Constitucional n. 16, de 4 de junho de 1997, que deu nova redação ao § 5º do art. 14, da Constituição Federal, considerou como termo inicial da prescrição exatamente o final de mandato. No entanto, a EC n. 16/97 possibilitou a reeleição dos Chefes do Poder Executivo em todas as esferas administrativas, com o exposto objetivo de constituir corpos administrativos estáveis e cumprir metas governamentais de médio prazo, para o amadurecimento do processo democrático. 5. A Lei de Improbidade associa, no art. 23, I, o início da Documento: 34553174 - RELATÓRIO, EMENTA E VOTO - Site certificado Página 8 de 16 Superior Tribunal de Justiça contagem do prazo prescricional ao término de vínculo temporário, entre os quais, o exercício de mandato eletivo. De acordo com a justificativa da PEC de que resultou a Emenda n. 16/97, a reeleição, embora não prorrogue simplesmente o mandato, importa em fator de continuidade da gestão administrativa. Portanto, o vínculo com a Administração, sob ponto de vista material, em caso de reeleição, não se desfaz no dia 31 de dezembro do último ano do primeiro mandato para se refazer no dia 1º de janeiro do ano inicial do segundo mandato. Em razão disso, o prazo prescricional deve ser contado a partir do fim do segundo mandato. (grifo nosso) 6. O administrador, além de detentor do dever de consecução do interesse público, guiado pela moralidade – e por ela limitado –, é o responsável, perante o povo, pelos atos que, em sua gestão, em um ou dois mandatos, extrapolem tais parâmetros. 7. A estabilidade da estrutura administrativa e a previsão de programas de execução duradoura possibilitam, com a reeleição, a satisfação, de forma mais concisa e eficiente, do interesse público. No entanto, o bem público é de titularidade do povo, a quem o administrador**

deve prestar contas. E se, por dois mandatos seguidos, pôde usufruir de uma estrutura mais bem planejada e de programas de governo mais consistentes, colhendo frutos ao longo dos dois mandatos – principalmente, no decorrer do segundo, quando os resultados concretos realmente aparecem – deve responder inexoravelmente perante o titular da res publica por todos os atos praticados durante os oito anos de administração, independente da data de sua realização. (grifamos).

Salvo engano, parece que os mesmos argumentos que servem para se definir o início da contagem do prazo para prescrição da improbidade administrativa no caso de reeleição, também cabem para definir a responsabilização por crimes de responsabilidade praticados no primeiro mandato.

Ora! No caso de reeleição existe uma continuidade do governo que não se rompe com o fim do primeiro e início do segundo mandato consecutivo, além disso, da lição de Pinto Ferreira²³ colhe-se que “o impeachment é assim um processo a fim de impedir que determinadas pessoas permaneçam nos cargos públicos, onde a sua ação prejudica os interesses do País.”, portanto não é factível que um mandatário de cargo eletivo que tenha cometido crime de responsabilidade e por consequência lesado o bem público possa continuar a exercer o cargo, simplesmente por ter encerrado o mandato anterior, ou seja, se não é digno de permanecer no cargo do primeiro mandato, também não é no segundo.

Por fim, vale lembrar que em nenhum momento o texto constitucional ou o legal limita a propositura do processo de impeachment ao período do mandato em que o crime de responsabilidade ocorreu, o que tais textos exigem é que o fato tenha ocorrido no exercício do mandato e ao que se vê pouco importa se tenha sido no primeiro ou no segundo a ideia é afasta do cargo o mau gestor que continua nele.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho buscou analisar a possibilidade de instauração de processo de Impeachment contra agente político que esteja no exercício de segundo mandato consecutivo em decorrência reeleição, sob a ótica da doutrina e da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

Neste sentido inicialmente buscou conceituar e verificar as raízes históricas do Impeachment, a sua natureza jurídica como de processo político, os atos que podem dar ensejo ao

²³ FERREIRA, Pinto. **Comentários à constituição brasileira**. Volume 3. São Paulo:Saraiva, 1990, p. 594.

instituto e por fim sobre a possibilidade de instauração de processo de Impeachment no decurso de mandato subsequente decorrente de reeleição por ato praticado no primeiro mandato.

Foi visto que o Impeachment tem suas raízes históricas na Inglaterra do Século XIII durante o reinado de Eduardo III e que se trata de um impedimento para o exercício do cargo ao agente que se comporta de forma inadequada.

Também se apurou que no Brasil é possível a instauração de processo de Impeachment em caso de prática de crime de responsabilidade que de modo geral são aqueles atos que atentam contra a Constituição da República, sendo que a maioria da doutrina entende que se trata de um processo político.

Quanto à possibilidade de instauração de processo de Impeachment durante o segundo mandato subsequente em razão de reeleição, por ato praticado no primeiro mandato, foi verificado que existe uma divisão de opiniões entre os juristas, porém, no que se refere à contagem de prazo prescricional quanto à improbidade administrativa se constatou que o STJ tem decidido reiteradamente que deve ser contado do último dia do segundo mandato em caso de reeleição e tem como fundamento o fato do segundo mandato ser uma continuidade do primeiro, baseado na justificativa da PEC que resultou na Emenda Constitucional 16/97 que incluiu no texto constitucional a possibilidade de reeleição entende que o segundo mandato consecutivo importa em continuidade da gestão administrativa, situação que também se enquadra aos crimes de responsabilidade e parece ser possível aplicar ao processo de Impeachment.

Por tudo que se viu ao longo desta pesquisa pode-se concluir que o Processo de Impeachment é um instituto poderoso que impõe responsabilidades ao agente político que pode ser impedido de continuar a exercer as suas funções caso cometa qualquer das irregularidades consagradas como crimes de responsabilidade e isso, por certo, mantém em constante alerta referidas autoridades as quais sabem que eventuais “deslizes” podem levar não só às tradicionais punições cíveis, criminais e administrativas, mas também política.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

BASTOS, Celso Ribeiro e Martins, Ives Gandra. **Comentários à constituição do Brasil**. Vol. 4, II. 1997.

BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. Bauru, SP: Edipro, 3ª.ed, 2005.

BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1821.**

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.**

CANOTILHO. J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição.** Coimbra: Almeida. 7ª. Edição.

CAVALCANTI, Juliano Luis. **CPI – a comissão parlamentar de inquérito no âmbito do legislativo municipal.** Leme: JH Mizuno. 2006.

DINIZ, Maria Helena. **Dicionário jurídico.** Volume 2. São Paulo: Saraiva, 1998.

FERREIRA, Pinto. **Comentários à constituição brasileira.** Volume 3. São Paulo: Saraiva, 1990.

MORAES. Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional.** São Paulo: Atlas, 2002.

MORAES, Guilherme Peña de. **Curso de direito constitucional.** Niterói, Rj: Impetus, 2008.

SILVA, De Placido e. **Vocábulo jurídico.** Volume II. Rio de Janeiro: Forense, 1973.

SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo.** São Paulo: Malheiros, 1997, 13ª. Edição.

STRECK, Lenio. **Texto publicado na Revista Consultor Jurídico de 04 de fevereiro de 2015.** Acesso em www.conjur.com.br em 10 de abril de 2015.

STJ - T2 - Segunda Turma - Ministro Humberto Martins (1130) - 03/04/2014 - Dje 14/04/2014 - Agrg No Aresp 161420 / To - Agravo Regimental No Agravo Em Resp 2012/0076621-3.

SÃO TOMÉ E PRÍNCIPE: O ESTADO, A CONSTITUIÇÃO, A DEMOCRACIA E A INSTABILIDADE POLÍTICO-INSTITUCIONAL

Salustino David dos Santos Andrade¹

INTRODUÇÃO

Introduz-se o artigo com as citações do Luigi Ferrajoli, porque este constitucionalista tem suscitado em nós muita reflexão sobre a vivência jurídico-constitucional em São Tomé e Príncipe.

Pretende-se com este texto discorrer sobre assuntos, relevante para o conhecimento e compreensão do Estado são-tomense que tem vivido ciclos de instabilidade político-institucional quase que permanente depois da sua transição para o regime democrático liberal multipartidário ocorrido a princípio da década de 90 do século passado.

Reconhece-se que num artigo desta natureza não será possível debruçar sucintamente sobre todas as matérias pertinentes ligadas a instabilidade político-institucional deste menor Estado lusófono, até porque não caberia aqui, mas de qualquer forma pretende-se elencar alguns assuntos que poderá ajudar nesta reflexão: Formação do Estado/Nação São-tomense; Resenha sobre o constitucionalismo são-tomense; e, Democracia versus Instabilidade Política-institucional.

O método a ser utilizado no desenvolvimento desse estudo é o indutivo, com pesquisa básica e exploratória, utilizando-se a técnica de pesquisa bibliográfica.

Para PASOLD “O método é forma lógico-comportamental na qual se baseia o Pesquisador para investigar, tratar os dados colhidos e relatar os resultados.”² Referindo-se ao método indutivo, ÁVILA enfatiza que “Pesquisa empírica [...] é aquela que manipula dados, fatos concretos. Procura traduzir os resultados em dimensões mensuráveis [...]. A indução é um processo pelo qual, partindo de dados ou observações particulares constatadas, podemos chegar

¹ Doutorando em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí (Brasil). Doutorando em Direito pela Università degli Studi di Perugia (Itália). Mestre em Assessoria Jurídica de Empresas pela Universidade Politécnica de Madrid (Espanha). Pós-graduado em Direito de Empresas pela Universidade Politécnica de Madrid. Pós-graduado em Administração Pública Internacional pelo Instituto Nacional de Administração (Portugal). Especialista em Administração Pública pela Universidade Politécnica de Madrid. Graduado em Línguas e Administração pelo Instituto Superior Politécnico de São Tomé e Príncipe. Bolsista CAPES. e-mail: saludavi@hotmail.com; lindosalu@gmail.com.

² PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica: Teoria e Prática**. 11.ed. Florianópolis: Conceito Editorial/Milenium, 2008. p.85.

a proposições gerais.”³

Empregamos também à abordagem qualitativa, ou seja, no campo da pesquisa qualitativa, considera-se que há uma relação dinâmica entre o mundo real e o sujeito, isto é, um vínculo indissociável entre o mundo objetivo e a subjetividade do sujeito, que não pode ser traduzido em números⁴.

Com o objetivo de dar maior valor científico na pesquisa deste trabalho, foram utilizadas técnicas metodológicas: Referente, Categorias e Conceitos Operacionais.⁵

1. A FORMAÇÃO DO ESTADO/NAÇÃO SÃO-TOMENSE

As ilhas de São Tomé e Príncipe viveram durante mais de cinco séculos sob o colonialismo português. Durante este longo período colonial que terminou no dia 12 de julho de 1975, data de independência nacional (política⁶), “A mistura de elementos da cultura portuguesa católica dominante e das culturas africanas resultou no desenvolvimento de uma sociedade crioula distinta, com sua própria cultura e línguas⁷”, pois desembarcaram e instalaram nas Ilhas Maravilhosas⁸ do Golfo da Guiné indivíduos oriundos de diversas partes do mundo (judeus; africanos de Angola, Moçambique, de Cabo Verde, da Gana e da Nigéria; europeus de Portugal e dos Açores; asiáticos de Macau; dentre outros).

Conquistada, a independência política importava dar a esta diversidade de indivíduos uma nova nacionalidade, uma vez que até agora, todos eram portugueses por fazerem parte do território ultramarino português. Conforme o artigo primeiro e seguintes da Lei de Nacionalidade, diploma legislativo sem número⁹, publicado em anexo a Constituição Política de 1975, as novas autoridades do país deram a liberdade e oportunidade para que todos os indivíduos residentes ou

³ ÁVILA, Vicente Fidélis de. **A Pesquisa na Dinâmica da Vida e na Essência da Universidade**: Ensaio de curso para estudantes, professores e outros profissionais. Campo Grande, MS: Edição UFMS, 1995. p.73.

⁴ FIALHO, Francisco et al. **Trabalho de Conclusão de Cursos: Métodos e Técnicas**. Florianópolis: Visual Books, 2007. p.39.

⁵ PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica: Teoria e Prática**. 11.ª Edição Revista Atualizada. Florianópolis: Conceito Editorial; Millennium, 2008. p.25, 37 e 54.

⁶ O autor defende que em 12 de julho de 1975, São Tomé e Príncipe alcançou a independência política e não nacional. Passados cerca de 40 anos o país continua a depender economicamente das ajudas externas para sobreviver, ou seja, ainda não se conquistou independência econômica, pelo que não se pode falar da independência nacional.

⁷ SEIBERT, Gerhard. **Camaradas, Clientes e Compadres. Colonialismo, Socialismo e Democratização em São Tomé e Príncipe**. 2. Ed. Revista e atualizada. Editora Veja. 2002. p. 45

⁸ Nome dado as Ilhas de São Tomé e Príncipe por um programa da Rádio Difusão Portuguesa – África (RDPÁfrica).

⁹ SÃO TOMÉ E PRÍNCIPE, **Lei da Nacionalidade**, Diário da República n.º 39 de 15.dez. de 1975.

nascidos em de São Tomé e Príncipe até a data de independência, um período de tempo para que optassem ou não pela nacionalidade são-tomense.

Atribuía-se a nacionalidade são-tomense à todos os indivíduos nascidos em São Tomé e Príncipe antes de independência que reuniam algumas das seguintes condições: ser filhos de pai ou mãe nascidos nas ilhas, possuir domicílio nas ilhas na data da independência, e ser filhos de pais apátridas ou de nacionalidade desconhecida.

Esta última referência deveu-se ao fato de que na data da independência de São Tomé e Príncipe, muitos indivíduos originários sobretudo de Angola e Moçambique, e que viviam nas ilhas, estavam completamente indocumentados.

Com esta lei, todos os nascidos em São Tomé e Príncipe depois da independência obtinham automaticamente a nacionalidade, salvo se os pais estivessem em missão de serviço de algum Estado nas ilhas.

Notadamente a Lei de Nacionalidade definiu os parâmetros: quem e como se poderia adquirir a nacionalidade são-tomense independentemente do território que tivesse nascido ou donde viesse. Estava lançada as bases jurídicas para se ser “são-tomense”.

Não obstante, os habitantes de São Tomé e Príncipe, serem provenientes dos quatro cantos do mundo, estes indivíduos constituíram o “são-tomense” com objetivo de erguerem uma Nação São-tomense livre, “visando a edificação de uma sociedade isenta da exploração do homem pelo homem, a consolidação da unidade dos povos africanos e o fortalecimento da amizade e solidariedade com todos os povos do mundo.”¹⁰

O filósofo e sociólogo alemão Jürgen Habermas defende que “Uma nação de cidadãos é composta de pessoas que, devido a seus processos sociais, encarnam simultaneamente as formas de vida dentro das quais se desenvolveu sua identidade – e isso ocorre mesmo quando, como adultos, eles se libertaram das tradições da sua origem.”¹¹

Os indivíduos que viviam nas ilhas que a partir de 12 de julho 1975 constitui um novo Estado, o da República Democrática de São Tomé e Príncipe, “libertaram das tradições da sua origem” e “desenvolveram uma nova identidade” e nacionalidade o/a “são-tomense”. Todos

¹⁰ SÃO TOMÉ E PRÍNCIPE, **Constituição Política**, Diário da República n.º 39, de 15.dez de 1975.

¹¹HABERMAS, Jürgen. O Estado nacional tem futuro? In HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro** – estudos de teoria política. Tradução de George Sperber, Paulo AstorSoethe e Milton Camargo Mota. 2.ed. São Paulo: Loyola, 2004. Título original: Die Einbeziehung des Anderen – Studien zur politischen Theorie, p. 171.

possuíam algo em comum: vieram parar nas ilhas de São Tomé e Príncipe vítimas da colonização e vivenciaram o mesmo processo de socialização.

Entendemos que a aprovação pelo Bureau Político do MLSTP¹² e pela Assembleia Representativa do Povo em Novembro de 1975 tanto da Constituição Política como da Lei da Nacionalidade foram o marco para a formação e afirmação da Nação são-tomense. Pois, o Jürgen Habermas ainda refere que:

Quando as antigas colônias, pela desistência de suas metrópoles, foram ‘dispensadas’ para a independência, o problema consistiu em que esses territórios, na realidade surgidos artificialmente, ganharam uma soberania externa sem contar de modo imediato com um efetivo poder de Estado. Em muitos casos, os novos governos, após a retirada das administrações coloniais, só puderam afirmar sua soberania interna com muitas dificuldades.¹³

São Tomé e Príncipe não fugiu essa regra.

As autoridades portuguesas saídas do golpe de Estado militar de 25 de Abril de 1974, a Organização da Unidade Africana e a Organização das Nações Unidas reconheceram o poder instalado em São Tomé e Príncipe como novas autoridades deste território, quando estas autoridades ainda não haviam delimitado sequer o seu território geográfico nem tão pouco definido a sua nacionalidade.

Porém, o que mais importava era conquistar “a independência nacional, a autoafirmação, autoconfirmação e auto-realização de uma nação em sua peculiaridade.”¹⁴

Os são-tomenses conseguiram-na e São Tomé e Príncipe é hoje um dos mais pequeno Estado africano e do mundo, sendo o menor Estado lusófono, em dimensão geográfica¹⁵ e demográfica¹⁶.

Se os habitantes de São Tomé e Príncipe não tivessem algo que os unisse, uma identidade comum, não obstante a origem diversa, certamente, nunca chegaria a existir o Nação e o Estado

¹² Movimento de Libertação de São Tomé e Príncipe, força política fundada em 1972, derivado do Comitê de Libertação de São Tomé e Príncipe, que tinha como objetivo principal lutar pela independência de São Tomé e Príncipe do colonialismo português. Tomou o poder em 1975.

¹³ HABERMAS, Jürgen. O Estado nacional tem futuro? In HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro** – estudos de teoria política. Tradução de George Sperber, Paulo AstorSoethe e Milton Camargo Mota. 2.Ed. São Paulo: Loyola, 2004. Título original: Die Einbeziehung des Anderen – Studien zur politischen Theorie, p. 181

¹⁴ HABERMAS, Jürgen. O Estado nacional tem futuro? In HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro** – estudos de teoria política. Tradução de George Sperber, Paulo AstorSoethe e Milton Camargo Mota. 2.Ed. São Paulo: Loyola, 2004. Título original: Die Einbeziehung des Anderen – Studien zur politischen Theorie, p. 162.

¹⁵ As ilhas de São Tomé e Príncipe e seus ilhéus perfazem 1001 km²

¹⁶ Último recenseamento realizado no ano 2012, aponta uma população estimada em 186.243 habitantes.

são-tomense. O mais certo é que este território continuaria a fazer parte da antiga potência colonizadora, como os Açores e a Madeira.

São Tomé e Príncipe é um Estado africano diferente da maioria dos Estados africanos, é um povo crioulo, que não sofre clivagens étnicas, religiosas, nem linguísticas – apesar de se falar nas ilhas quatro crioulos e ter indivíduos como se referiu acima oriundos dos cinco continentes. Com um povo crioulo, a Nação são-tomense é peculiar e é *sui generis*, é um povo africano de hábitos europeus, tendo tornado membro das Nações Unidas a 16 de setembro 1975.

No caso de São Tomé e Príncipe, a matriz e a estrutura da sociedade são-tomense são europeias, conquanto os africanos tenham influenciado fortemente o seu conteúdo. Os africanos que partilhavam certos conceitos comuns conseguiram manter os seus conhecimentos, crenças e costumes, particularmente em relação à sua vida doméstica e privada. O encontro direto e prolongado entre os portugueses e as várias culturas africanas dinamizou um processo de recíproca aculturação: a europeização dos africanos, assim como a africanização dos europeus¹⁷.

Esse encontro de cultura e povos deu origem ao homem e a mulher são-tomense. Assim, quando se aprovou a Constituição Política e a Lei da Nacionalidade a 5 de novembro de 1975, São Tomé e Príncipe já tinha sido reconhecido pela comunidade internacional, mas só a partir daquela data estavam criadas as condições internas para se ter a Nação e o Estado são-tomense.

2. O CONSTITUCIONALISMO SÃO-TOMENSE

Referimos no capítulo anterior que dois instrumentos jurídicos foram determinantes para a formação da Nação e do Estado São-tomense: a Constituição Política de 1975 e a Lei de Nacionalidade.

Acontece, porém, que antes da aprovação e publicação destes institutos jurídicos, respectivamente, a 5 de novembro e a 15 de dezembro de 1975, as novas autoridades políticas haviam aprovado um outro diploma legislativo, a Lei Fundamental. Esta lei visava assegurar o período de transição até a entrada em vigor da Constituição Política.

A Lei Fundamental¹⁸ de 17 de julho de 1975 consagrou, definiu e estabeleceu as competências dos órgãos do poder político na fase transitória. Reza o parágrafo terceiro do preâmbulo que:

¹⁷ SEIBERT, Gerhard. **Camaradas, Clientes e Compadres**. Colonialismo, Socialismo e Democratização em São Tomé e Príncipe. 2. Ed. Revista e atualizada. Editora Veja. 2002. p. 45

¹⁸ SÃO TOMÉ E PRÍNCIPE, **Lei Fundamental**, Diário da República n.º 1, de 17 de jul. de 1975.

Ao nascer este novo Estado livre e independente para o mundo político internacional e demorando ainda um período máximo de três meses a elaboração da sua Constituição, torna-se necessário desde já um mínimo indispensável de normas constitucionais, instrumento legal fundamental para se assegurar a legalidade e a eficiência do funcionamento dos Órgãos do Estado e administração pública em geral durante o período provisório.

Percebe-se desde logo no preâmbulo que a Lei Fundamental tem “normas constitucionais”. Pois, apesar de conter apenas dois capítulos “Órgãos de Estado” e “Responsabilidade dos Funcionários” e 22 artigos, esta lei não se furtou as competências constitucionais ao definir os órgãos do poder artigo 1.º:

Até que iniciem o exercício das suas funções os órgãos que vierem a ser instituídos pela Constituição Política a elaborar pela Assembleia Representativa, já eleita, exercerão o poder, além da Assembleia Representativa, o Bureau Político do MLSTP, o Presidente da República, o Governo Provisório e os Tribunais.

O órgão “Assembleia Representativa” tinha as atribuições de uma assembleia constituinte conforme se vê no Artigo 2º:

Assembleia Representativa

1. À Assembleia Representativa cabe exclusivamente elaborar a Constituição do Estado de São Tomé e Príncipe.
2. A Assembleia Representativa deverá elaborar a Constituição no prazo de noventa dias a partir da data da proclamação da independência.
3. A Assembleia Representativa dissolve-se automaticamente logo que fique aprovada a Constituição.

Notadamente o artigo acima enunciando prevê que tão logo a Assembleia Representativa aprovasse a Constituição, que segundo Gilberto BERCOVICI¹⁹ é um texto jurídico que estabelece a estrutura e a conformação do Estado e da Sociedade, este órgão se extinguiria e conseqüentemente a Lei Fundamental deixava de vigorar.

Não obstante a Lei Fundamental de 17 de julho de 1975 ter “normas constitucionais”, não passava de uma mera lei constitucional por não consagrar normas que salvaguardassem os direitos fundamentais e a vivência democrática, mas nem por isso deixa de ser o marco constitucional são-tomense.

Muito recentemente, WOLKMER organizou o “Constitucionalismo Latino-Americano. Tendências Contemporâneas” em que num dos seus artigos, este autor apresenta a sua visão

¹⁹ BERCOVICI, Gilberto. **A problemática da constituição dirigente: algumas considerações sobre o caso Brasileiro.** In Revista de Informação Legislativa. Brasília a. 36 n. 142 abr./jun. 1999. p. 46

sobre a constituição nos tempos modernos:

A constituição não deve ser tão somente uma matriz geradora de processos políticos, mas uma resultante de correlações de forças e de lutas sociais em um dado momento histórico do desenvolvimento da sociedade. [...] A constituição em si não só disciplina e limita o exercício do poder institucional, como também busca compor as bases de uma dada organização social e cultural, reconhecendo e garantindo os direitos conquistados de seus cidadãos, materializando o quadro real das forças sociais hegemônicas e das forças não dominantes.²⁰

Depreende-se que para este autor, o objetivo da Constituição é muito mais que limitar o arbítrio e o abuso de poder, balizar a organização do Estado, prever o regime de governação, consagrar direitos, liberdades e garantias fundamentais, sistematizar o modo de aquisição e exercício do poder político. A Constituição é tudo isto e muito mais. Ela busca organizar social e culturalmente a sociedade, permitindo que os direitos conquistados sejam satisfeitos.

Foi necessário a Assembleia Representativa ter um tempo para trabalhar nesta matéria e poder conjugar todos esses fatores envolvidos na concepção e elaboração de uma Constituição. Assim foi concedida “um prazo de noventa dias” depois da independência para se formular a tão almejada Constituição que pudesse salvaguardar os direitos, liberdades e deveres fundamentais e a organização do poder do Estado.

A Assembleia Representativa trabalhou e cerca de quatro meses aprovava a primeira Constituição Política²¹ da República Democrática de São Tomé e Príncipe, instrumento jurídico-constitucional que vigorou até 1990, altura em que se referendou uma nova Constituição.

O texto constitucional adotado preconizava um regime democrata socialista (art.1.1), monopartidário (art.3.1) e de economia centralizada e planificada (art. 4.3,4). Deve-se frisar que até que se chegasse ao referendo de uma nova Constituição no ano de 1990, a Constituição Política de 1975 (CP75) sofreu durante 15 anos duas revisões constitucionais (1980²² e 1982²³) e uma emenda constitucional no ano de 1987²⁴.

A CP75 tinha cinco capítulos: I. Dos fundamentos e objetivos; II. Dos direitos, liberdades e deveres fundamentais do cidadão; III. Da organização do poder do Estado; IV. Da revisão

²⁰ WOLKMER, António Carlos e MELO, Milena Petters (Org.) **Constitucionalismo Latino-Americano**. Tendências Contemporâneas. Curitiba: Juruá, 2013. p. 20.

²¹ SÃO TOMÉ E PRÍNCIPE, **Constituição Política**, Diário da República n.º 39, de 15 de dez. de 1975.

²² SÃO TOMÉ E PRÍNCIPE, **Lei n.º 1/80 – Primeira Revisão Constitucional**, Diário da República n.º 7, de 7 de fev. de 1980.

²³ SÃO TOMÉ E PRÍNCIPE, **Lei n.º 2/82 – Segunda Revisão Constitucional**, Diário da República n.º 35, de 31 de dez. de 1982.

²⁴ SÃO TOMÉ E PRÍNCIPE, **Lei n.º 1/80 – Lei de Emenda Constitucional**, Diário da República n.º 13, 4.º Suplemento, de 31 de dez. de 1987.

constitucional; e V. Das Disposições gerais transitórias, ao todo 49 artigos.

Não obstante a CP75 ter estabelecido diversos órgãos de poder político: Assembleia Popular (art. 19), Comissão Permanente da Assembleia Popular (art. 29), Chefe do Estado (art. 30), Governo (art. 33 a 37) e Justiça (art. 39 a 45), o artigo 3.1 partidariza o Estado estipulando que “O MLSTP como vanguarda revolucionária é a força política do Estado.”

Numa análise ao artigo 3.1 conclui-se que quase tudo em São Tomé e Príncipe tinha de ser feito com anuência ou sob proposta do MLSTP. Até a nomeação de juízes, lê-se no artigo 41.2 “Os membros do Tribunal Supremo são nomeados pela Assembleia Popular sob proposta do MLSTP”, nem mesmo a Assembleia Popular podia tomar as suas próprias decisões sem que dependesse do MLSTP:

Artigo 25.º

1. Compete a Assembleia Popular deliberar sobre questões fundamentais da política interna e externa do Estado, e controlar a aplicação da linha política, económica, social e cultural definida pelo MLSTP.
2. Como órgão supremo do poder do Estado, a Assembleia Popular tem o poder de modificar ou anular as linhas adoptadas por outros órgãos de Estado que sejam contrárias à orientação do MLSTP. Ela pode constituir comissões de inquérito.
3. É da competência da Assembleia Popular eleger e demitir o Presidente da República sob proposta do MLSTP.²⁵

O artigo 19.1 definia que “A Assembleia Popular é o órgão supremo do Estado e o mais alto órgão legislativo dela emanando os poderes dos demais órgãos do Estado” e o 19.2. “Os cidadãos exercem o seu poder político através da Assembleia Popular”.

Na verdade a Assembleia Popular não exercia o poder nela concentrado, pelo que não passava de uma mera caixa de ressonância das decisões tomadas ao nível do Bureau Político do MLSTP.

É importante assinalar que volvidos cinco anos, em 1980, a Assembleia Popular aprovava a primeira revisão ampla da CP75, com destaque para o reforço do poder do MLSTP na orientação política do Estado:

Artigo 4.º

1. A força política dirigente da sociedade e do Estado é o MLSTP cabendo-lhe determinar a orientação política do Estado.

²⁵ SÃO TOMÉ E PRÍNCIPE, **Constituição Política**, Diário da República n.º 39, de 15 de dez. de 1975.

2. O MLSTP, fiel intérprete das legítimas aspirações do Povo, determina a perspectiva geral do desenvolvimento da sociedade, a linha política interna e externa da RDSTP e dirige a atividade criadora das massas trabalhadoras e imprime um carácter planificado à sua luta pelo progresso e justiça social.²⁶

A juntar a essa alteração, outras não menos importantes foram efetuadas, tendo saído de 22 artigos na CP75 para 70 artigos após a revisão. Convém referir que o mandato do Legislativo foi estendido de 4 para 5 anos (art. 29.2), constitucionalizou-se as Assembleias Distritais (art. 50 a 58), reforçou-se o poder do Presidente da República que passou a ser Chefe de Estado, Chefe do Governo e Comandante em Chefe das Forças Armadas (art. 41 e 46) e introduziu-se capítulo dedicado “as iniciativas legislativas”, onde os Tribunais podiam legislar nas matérias relacionadas com a administração da justiça (art. 66.7).

Se a CP75 definia o sistema de governação presidencial de forma tibia, uma vez que na prática existia a figura do Primeiro-Ministro, após a revisão de 1980, o sistema de governo passou a ser claramente presidencial, extinguiu-se a figura do Primeiro-Ministro e o Presidente da República assumiu a chefia do governo.

Em 1982, a CP75, sofre uma emenda constitucional, tendo sido acrescentados mais dois artigos e inúmeras alíneas. Foram introduzidos três novos parágrafos no preâmbulo com a seguinte redação:

9. A 30 de Janeiro de 1980, a Assembleia Popular Nacional, no uso das suas atribuições, procedeu à revisão da Constituição de 5 de Novembro de 1975 e adoptou a Constituição Política vigente;

10. Convencidos da necessidade de acelerar a construção de nova sociedade e do melhoramento do bem-estar material do Povo de São Tomé e Príncipe, sob a direcção o MLSTP;

11. Consciente de que os principais problemas do desenvolvimento económico e social encontram e devem encontrar solução, principalmente no setor da atividade estatal o que exige o aperfeiçoamento da estrutura orgânica do Estado e a ampliação da competência e funções da Assembleia Popular Nacional [...]²⁷

Percebe-se no contexto dos parágrafos 10.º e 11.º de que o Estado São-tomense atravessava por uma fase difícil da que foi projetada no momento da independência. O modelo económico centralizado e planificado (art. 4.3,4) adotado estava se revelando ineficaz e as autoridades precisavam promover mudanças que pudesse acelerar o crescimento económico e estabelecer o desenvolvimento económico e social. “Conscientes **dos**²⁸ principais problemas do

²⁶ SÃO TOMÉ E PRÍNCIPE, Lei n.º 1/80 – Primeira Revisão Constitucional, Diário da República n.º 7, de 7 de fev. de 1980.

²⁷ SÃO TOMÉ E PRÍNCIPE, Lei n.º 2 – Segunda Revisão Constitucional, Diário da República n.º 35, de 31 de dez. de 1982.

²⁸ «dos» em negrito nosso. Substitui-se «de que» por «dos», parece ser esta a intenção do legislador

desenvolvimento económico e social” a solução encontrada foi proceder o “aperfeiçoamento da estrutura do Estado” e reforço das competências da Assembleia Popular Nacional.

Mas não ficou-se por aí, elevou-se a organização da Juventude do MLSTP ao patamar constitucional (art. 5.3), criou-se a figura do Procurador-Geral da República e sua nomeação pela Assembleia Popular Nacional (art. 32.f) e por fim deu-se direito para que os deputados pudessem questionar membros do governo (art. 35).

No último trimestre do ano 1987, quando o Estado são-tomense já tinha 12 anos de existência, e que tudo politicamente parecia se consolidar porquanto “A cultura política de um país cristaliza-se em torno da Constituição em vigor”²⁹, eis que o poder apresenta desta feita, não mais uma revisão, mas sim, uma emenda constitucional com alteração profunda no que tange ao sistema de governação.

Põe-se fim ao sistema presidencial de governação e conserva-se o regime democrático socialista monopartidário. O Presidente da República deixa de ser Chefe de Governo e cria-se a figura do Primeiro-Ministro (art. 48.2) que passa a chefiar o Executivo. Todavia esta emenda deixa o Presidente da República com a responsabilidade de dirigir a política externa (art. 42.b), dirigir a política de defesa (art. 42.r) e presidir o Conselho de Ministros sempre que achar necessário (art. 42.i). Institucionaliza-se o sistema de governação semi-presidencial de pendor presidencial, em que o Presidente da República partilha a governação com um Primeiro-Ministro nomeado por ele (art. 48.2).

Entretanto, esta emenda teve o efeito de uma espada de dois gumes, deu sinais de abertura para a democracia, mas semeou a instabilidade político-institucional no Estado são-tomense.

A emenda constitucional de 1987 foi um dos primeiros sinais de abertura política. O Estado são-tomense estava trilhando um novo caminho que o conduziria ao fim do regime democrático socialista monopartidário e de economia centralizada transitando para o regime democrático liberal multipartidário de economia de mercado. Estava-se iniciando assim o período de transição democrática e “Em 1989, São Tomé e Príncipe tornou-se o primeiro país africano lusófono a

²⁹HABERMAS, Jürgen. O Estado nacional tem futuro? In HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro** – estudos de teoria política. Tradução de George Sperber, Paulo AstorSoethe e Milton Camargo Mota. 2.ed. São Paulo: Loyola, 2004. Título original: Die Einbeziehung des Anderen – Studien zur politischen Theorie, p. 141.

anunciar a abolição do regime de partido único.”³⁰ As autoridades são-tomenses estavam cientes de que “[...] não há que se pensar em processo democrático, em um agir democrático ou em um fazer democrático sem que se considere a importância da Constituição e da jurisdição constitucional. Democracia e Constituição estão conectadas.”³¹

Decorridos três anos após a emenda constitucional de 1987, a conexão entre democracia e constituição tornou realidade, com o triunfo da democracia liberal no Estado são-tomense. O cidadão eleitor foi chamado a referendar uma nova Constituição desta feita que consagrava o regime democrático liberal multipartidário e de economia de mercado. Tinha chegado o tempo dos são-tomenses terem um “Estado constitucional democrático [...] desejado”³² pelo próprio povo e legitimado pelo livre estabelecimento da vontade desse mesmo povo.”³³

A Constituição Política³⁴ de 1990³⁵ (CP90) não foi muito diferente da de 1975 depois da emenda de 1987. Tratava-se de uma Constituição muito próxima a Constituição portuguesa de 1976. Dos 22 artigos da CP75 para os 72 artigos na Constituição revista em 1987, a CP90 passou a contar com 128 artigos.

A estrutura formal da CP90 passou a ter quatro Partes: I. Fundamentos e objetivos; II. Direitos fundamentais e ordem social; III. Organização do poder político; IV. Revisão Constitucional.

Na Parte I. Fundamentos e objetivos cumpre-nos sublinhar dois artigos: o artigo 6.º - Estado de Direito Democrático:

1. A República Democrática de São Tomé e Príncipe é um Estado de Direito Democrático, baseado nos direitos fundamentais da pessoa humana.
2. O poder político pertence ao povo que o exerce através de sufrágio universal, igual, direto e secreto nos termos da Constituição.

E o artigo 9.º - Estado de Economia Mista:

³⁰ SEIBERT, Gerhard. **Camaradas, Clientes e Compadres. Colonialismo, Socialismo e Democratização em São Tomé e Príncipe**. 2. Ed. Revista e atualizada. Editora Veja. 2002. p. 192.

³¹FERRAJOLI, Luigi. **Por uma Teoria dos Direitos e dos Bens Fundamentais**. Tradução de Alexandre Salim, Alfredo Copetti Neto, Daniela Cademartori, Hermes Zaneti Júnior, Sérgio Cademartori. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 81 e 82

³² Grifado nosso (desejada e legitimada) para desejado e legitimado.

³³HABERMAS, Jürgen. O Estado nacional tem futuro? In HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro – estudos de teoria política**. Tradução de George Sperber, Paulo AstorSoethe e Milton Camargo Mota. 2.ed. São Paulo: Loyola, 2004. Título original: Die Einbeziehung des Anderen – Studien zur politischen Theorie, p. 135.

³⁴ Constituição referendada a 20 de Agosto de 1990, por isso, se entende que não se trata de uma revisão a Constituição Política de 1975, mas sim nova Constituição, uma vez que foi sufrada pelo cidadão eleitor.

³⁵ SÃO TOMÉ E PRÍNCIPE, **Constituição Política**. Diário da República n.º 13, de 20 de set. de 1990.

1. A organização econômica de São Tomé e Príncipe assenta no princípio de economia mista, tendo em vista a independência nacional, o desenvolvimento e a justiça social.
2. É garantida, nos termos da lei, a coexistência da propriedade pública, da propriedade cooperativa e da propriedade privada de meios de produção.

Como artigos que fazem toda a diferença entre um Estado de regime democrático socialista e de economia centralizada e um Estado de regime democrático e de economia de mercado. Devem-se mencionar também os artigos que estipulam a justiça e legalidade (art. 7) e a laicidade do Estado (art. 8).

A Parte II. Direitos fundamentais e ordem social é dividida em quatro títulos: I. Princípios gerais; II. Direito Pessoal; III. Direitos sociais, ordem econômica e cultural; IV. Direitos e deveres cívico-político. Ressalta-se o *Habeas Corpus* que pela primeira vez aparece numa Constituição do Estado são-tomense, o artigo 38.º:

1. Em caso de prisão ou detenção ilegal resultante de abuso do poder, o cidadão tem direito a recorrer à providência de *Habeas Corpus*.
2. A providência de *Habeas Corpus* é interposta perante o Tribunal e o seu processo é fixado pela lei.³⁶

Notadamente alguns artigos da Parte II são igualmente pertinentes no regime democrático: a igualdade de cidadão perante lei (art. 14), direito à vida (art. 22), integridade pessoal (art. 22), identidade e intimidade (art. 23), inviolabilidade do domicílio e da correspondência (art. 24), direito ao trabalho (art. 42), segurança social (art. 43), propriedade privada e intelectual (art. 46), habitação e ambiente (art. 48), participação na vida pública (art. 56), direito de sufrágio (art. 57) e a obrigatoriedade de pagar impostos (art. 64).

A Parte III. Organização do poder político mantém o sistema de governo semi-presidencial com pendor presidencial, com os seguintes órgãos: Presidente da República, Assembleia Nacional, Governo e os Tribunais. Esta Parte é dividida em sete títulos: I. Princípios gerais; II. Presidente da República; III. Assembleia Nacional; IV. Governo; V. Os Tribunais; VI. Administração Pública; e VII. Órgão do Poder Local.

Referindo aos artigos relevantes na Parte III da CP90, sublinha-se a participação política dos cidadãos (art. 65); a eleição do Presidente da República pelo cidadão eleitor (art. 74.1), competindo-lhe dirigir a política externa e defesa (art. 76.b,c) e presidir o Conselho de Ministros (art. 76.i); o Primeiro-Ministro como Chefe de Governo (art. 97.2), competindo-lhe conduzir a

³⁶ SÃO TOMÉ E PRÍNCIPE, *Constituição Política*. Diário da República n.º 13, de 20 de set. de 1990.

política geral do país (art. 96); a elevação da Ilha do Príncipe a autarquia especial (art. 116) e o poder de fiscalização legislativa dos tribunais (art. 111).

A Parte IV. Revisão Constitucional expõe os trâmites visando a revisão constitucional (art. 122 e 123) e as disposições transitórias (art. 124 e seguintes).

Quando abordávamos a emenda constitucional de 1987, frisamos que as sementes da instabilidade político-institucional foram lançadas com aquela emenda. Por quê? Porquanto a cultura política do homem são-tomense cristalizou-se de tal forma em torno da CP75, com um sistema de governo presidencial, que havia pouca possibilidade de uma coabitação saudável entre o Presidente da República e o Primeiro-Ministro.

A experiência demonstrou que é bastante difícil ser-se Primeiro-Ministro e Chefe do Governo com incumbência de conduzir a política geral do país (art. 96), dirigir e coordenar a ação do Governo e assegurar a execução das leis (art. 98.1), ter que partilhar e aceitar que a política de defesa e relações externas sejam dirigidas pelo Presidente da República (art.76.b,c), sobretudo as relações exteriores, num Estado insular como é São Tomé e Príncipe, dependente das ajudas externas, ponto chave na governação. Não se compreende como o legislador constituinte pôde prever este dispositivo constitucional, visto que o Primeiro-Ministro *“conduz a política geral do país”* e é lógico que a política de defesa e relações externas estão nelas inclusas. Ai nasce as dificuldades de coabitação.

A incongruência de competências não fica somente nestes artigos, vemo-lo a agravar-se com o artigo 76.i. em que Presidente da República passa *“Presidir o Conselho de Ministros sempre que o entenda”*, e trata-se de um Conselho de Ministros que o Presidente da República nem sequer é membro (art. 100).

Diante dos problemas jurídico-constitucionais enunciados, o Estado são-tomense passou a viver ciclos de instabilidade político-institucional permanente, com o Presidente da República a fazer uso do art. 76.g *“Nomear, empossar e exonerar o Primeiro-Ministro”* e do art. 76.o *“Dissolver a Assembleia Nacional, em caso de grande crise política, consultando os partidos políticos com assento na Assembleia Nacional”*.

Num lapso de tempo de 10 anos foram nomeados, empossados e exonerados perto de sete Primeiros-Ministros e por duas vezes foi dissolvida a Assembleia Nacional e convocada eleições legislativas antecipadas, apesar de existir no Parlamento uma maioria absoluta. SEIBERT num

artigo sobre o semipresidencialismo são-tomense enfatiza que:

A coabitação entre o governo e um Presidente com competências governamentais suplementares nas áreas da política externa e da defesa facilitou uma série de conflitos entre os órgãos de soberania, que às vezes levaram até à paralização da ação governativa. De facto, frequentemente a atuação governamental do Presidente não foi suplementar, mas competitiva.³⁷

A instabilidade político-institucional levou o legislador a propor que fosse revista a CP90 com vista a expurgar dela os pontos de conflito. Verificado o número de deputados conforme requiere o artigo 122.1 “A Constituição pode ser revista a todo o tempo, por iniciativa de três quartos dos Deputados à Assembleia Nacional em efetividade de funções”, abriu-se o processo de revisão constitucional com a Assembleia Nacional vestida a capa de assembleia constituinte.

Aprovada a lei de revisão constitucional (Constituição Política de 2003³⁸) e submetida ao Presidente da República para efeitos de promulgação, este último vetou a revisão e decretou dissolução da Assembleia Nacional, justificando que a Assembleia Nacional havia reduzido seus poderes. Esta situação gerou uma crise e instabilidade político-institucional jamais vista em São Tomé e Príncipe, tendo por fim, os quatro titulares dos órgãos de soberania reunidos e chegado a um consenso. O acordo obrigava o Presidente da República a dar sem efeitos o decreto que dissolvia a Assembleia Nacional e esta última procederia à alteração a revisão constitucional aprovada, no sentido de manter os poderes do Presidente da República até o fim do seu mandato.³⁹

Se a emenda constitucional de 1987 ocorrida 12 anos após a CP75 alterou o sistema de governo presidencial para o semipresidencial de pendor presidencial, eis que volvidos 12 anos depois do referendo da CP90, os parlamentares efetuavam a revisão desta feita alterando o sistema de governo semipresidencial de pendor presidencial para o semipresidencial de pendor parlamentar.

Nesta revisão, os legisladores constituintes apresentaram no preâmbulo as razões para a alteração: prática constitucional conturbada do sistema de governo semipresidencialista de tendência presidencialista, divergências entre órgãos de soberania na interpretação de dispositivos constitucionais, instabilidade político-institucional permanente, necessidade de se

³⁷ SEIBERT, Gerhard. **O Semipresidencialismo e o Controlo da Constitucionalidade em São Tomé e Príncipe**. Edição da Faculdade de Letras da Universidade do Porto. Africana Studia, n.º 8, 2005. p. 139.

³⁸ SÃO TOMÉ E PRÍNCIPE, **Constituição Política**. Diário da República n.º 2, de 29 de jan. de 2003.

³⁹ Presidente da República, Fradique Menezes. Eleito em jun. de 2001, seu mandato terminava em set. de 2006.

reconfigurar o sistema constitucional são-tomense, aprofundamento e consolidação do regime democrático liberal multipartidário, delimitar o poder dos órgãos de soberania, conformar a democracia são-tomense a um sistema semipresidencialista de matriz parlamentar, estabelecendo claramente os princípios da separação e interdependência de poderes.

Ficou expresso ainda no preâmbulo a concessão de um período transitório, de modo que os poderes do Presidente da República naquele momento não fossem afetados com a revisão em causa.

É importante ressaltar que o último parágrafo do preâmbulo desta lei de revisão constitucional só foi incluído depois do consenso chegado entre os titulares dos órgãos de soberania, mormente o Presidente da República e a Assembleia Nacional, tendo sido incluído o artigo 160, com epígrafe “Entrada em vigor” o seguinte:

1. A presente Constituição entra em vigor no trigésimo dia posterior ao da sua publicação no *Diário da República*, à exceção do disposto nos números seguintes.
2. As disposições constantes dos artigos 80.º, 81.º e 82.º entrarão em vigor à data do início do próximo mandato do Presidente da República.
3. Até à data da entrada em vigor dos artigos referidos no número anterior, respeitantes às competências do Presidente da República, os mesmos são substituídos por um único artigo 80.º com a seguinte redação: [...] ⁴⁰

São competências do Presidente da República na CP90 que mantém na CP03. A permanência destas atribuições garantia assim a permanência de uma governação partilhada entre o Presidente da República e o Primeiro-Ministro, mas submeteu o Estado são-tomense a instabilidade político-institucional com todas as suas consequências socioeconômicas e financeiras.

Para além desta inovação constitucional, foram introduzidas algumas alterações significativas na CP03 relativamente a CP90. Dos 122 artigos da CP90 a CP03 passou a ter 160 artigos.

A estrutura formal da CP03 ficou com as seguintes Partes: I. Fundamentos e objetivos; II. Direitos fundamentais e ordem social; III. Organização do poder político; IV. Garantia e Revisão da Constituição; V. Disposições gerais e transitórias.

Nos Fundamentos e Objetivos constitucionaliza-se o estatuto da dupla nacionalidade (art.

⁴⁰ SÃO TOMÉ E PRÍNCIPE, *Constituição Política*. Diário da República n.º 2, de 29 de jan. de 2003.

3.2) e a recepção no ordenamento jurídico são-tomense as normas do direito internacional (art.13).

No que tange ao Direitos Fundamentais e Ordem Social não se constou nenhuma alteração relativamente a CP90.

Quanto à relevância de modificações na Organização do Poder Político destaca-se o princípio de separação de poder (art. 69), o ato normativo (art.70), o referendo (art.71), e a elevação da ilha do Príncipe de Autarquia Especial para Região Autônoma. A Parte III é a que sofre mais na revisão de 2003 relativamente a CP90, teve um acréscimo de 11 artigos e foram introduzidos dois novos títulos. Dos sete títulos na CP90 a CP03 passa a contar com nove Títulos: I. Princípios gerais; II. Presidente da República; III. Conselho de Estado; IV. Assembleia Nacional; V. Governo; VI. Os Tribunais; VII. Tribunal Constitucional; VIII. Administração Pública; e IX. Órgãos do Poder Regional.

Na Parte IV. Garantia e Revisão da Constituição introduz-se dois títulos: I. Garantia da Constituição e II. Revisão da Constituição. Modifica-se os preceitos constitucionais referentes à Revisão Constitucional (art.151 e seguintes) e confere-se ao Supremo Tribunal de Justiça poderes de fiscalização constitucional enquanto não for legalmente instalado o Tribunal Constitucional (art. 156 e seguintes).

A grande novidade da Parte V. Disposições Finais e Transitórias já referimos acima, ocorreu com a inovação do artigo cuja epígrafe é entrada em vigor.

Importa frisar que as duas Constituições Políticas de São Tomé e Príncipe (CP75 e CP90) apesar das suas emendas e revisões sempre fizeram constar um artigo nas disposições transitórias com a seguinte redação: “A legislação em vigor à data da Independência Nacional mantém transitoriamente a sua vigência em tudo o que não for contrário à presente Constituição e às restantes leis da República.”

O jurista Lenio STRECK⁴¹ adverte que a Constituição deve ser a última palavra do e no direito. Ele assinala, contudo, que a última palavra tem sido o sentido que se tem atribuído a Constituição. Ou seja, aquilo que o executivo e judiciário interpretar é que acaba sendo a última palavra.

⁴¹ STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica, Estado e Política: uma visão do papel da Constituição em países periféricos. Apud CADEMARTORI, Daniela Mesquita Leutchuk e GARCIA, Marcos Leite (Org.). **Reflexões sobre Política e Direito** – Homenagem aos Professores Osvaldo Ferreira de Melo e Cesar Luiz Pasold. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008. p. 248.

Seguindo este viés, pode-se dizer sem medo de errar que as três Constituições da República Democrática de São Tomé e Príncipe, enquanto Estado independente, mormente, a referendada em 1990 e que foi revista em 2003, apesar de consagrar as competências de cada órgão de soberania a última palavra tem sido a do Presidente da República.

3. A DEMOCRACIA VERSUS INSTABILIDADE POLÍTICA

No ponto anterior foi analisado o constitucionalismo são-tomense, com particular incidência nas suas emendas e revisões e o impacto que tiveram e continua tendo no cotidiano são-tomense. Neste, procura-se discutir se a instabilidade político-institucional se deve a instalação da democracia liberal multipartidária.

Enquanto a democracia⁴² é forma de Estado e de Sociedade em que a ordem social é realizada por quem está submetido a esta ordem, o povo; a instabilidade político-institucional⁴³ é a incapacidade de governar, é a falta de rumo, os tumultos, as tensões, as mudanças sucessivas de governos, as mudanças no interior do próprio Governo ou ainda o confronto político permanente, ou seja, a instabilidade política é a propensão para uma mudança no Executivo.

A instabilidade político-institucional é ainda o conflito que ocorre no Estado democrático cuja governação é partilhada no Executivo (Presidente da República e Primeiro-Ministro), chegando a ocorrer também entre o Executivo (quando se trata de sistema de governação presidencial) e o Legislativo.

O pesquisador Gerhard SEIBERT deixa perceber na sua obra “Camaradas, Clientes e Compadres” que a instabilidade política-institucional tem estado impregnado no homem são-tomense, quando menciona que depois da chegada dos portugueses a São Tomé e Príncipe:

Os primeiros três séculos foram marcados por tensões políticas constantes. A distância do governo central em Lisboa, o frequente vácuo de poder causado pela morte prematura dos funcionários, a fragmentação do poder político local em Coroa, a Igreja e a câmara municipal, e a heterogeneidade duma Sociedade híbrida, facilitavam toda espécie de conflitos. [...] No séc. XVII o governo local mudou 46 vezes por morte, renúncia ou demissão⁴⁴.

⁴² KELSEN, Hans. **A Democracia**. Tradução Ivone Castilho Benedetti; Jefferson Luiz Camargo; Marcelo Brandão Cipolla e Vera Barbkow. 2.ed. 2000. Editora Martins Fontes. São Paulo 2000. p.35.

⁴³ ALESINA, Alberto; OZLER, Sule; ROUBINI, Nouriel; SWAGEL, Phillip; (1992); “**Political Instability and Economic Growth**”; Working Paper series Vol. Nº W4173; National Bureau of Economic Research Cambridge, Massachusetts, *apud* PACHECO, Carlos. “Avaliação das consequências da instabilidade política e económica na imagem de Portugal” – Dissertação de Mestrado, Faculdade de Ciências Sociais e Humanas, Universidade Nova de Lisboa, Março de 2012.

⁴⁴ SEIBERT, Gerhard. **Camaradas, Clientes e Compadres**. Colonialismo, Socialismo e Democratização em São Tomé e Príncipe. 2. Ed.

Isto demonstra que o povo crioulo que se formou nas duas ilhas do Golfo da Guiné que se tornou no Estado são-tomense, sempre quiseram ter um líder e um líder presente. E os legisladores constituintes talvez por desconhecer a história ou por não tomá-la em consideração, ou ainda por lapso deixaram este particular, deverás importante, fora das suas análises no momento da construção do texto jurídico-constitucional.

Esta falta de conhecimento histórico-cultural da são-tomensidade permitiu que fosse elaborada um texto constitucional, que tem conduzido o país para uma instabilidade político-institucional permanente. A situação que se tem vivido nos últimos 20 anos, deve-se ao fato da emenda constitucional de 1987, que pôs fim ao sistema de governação presidencial.

A CP75 institucionalizou, para além do regime democrático socialista e monopartidário o sistema de governação presidencial, não obstante sua tibiez, como foi frisado anteriormente. Tendo Estado são-tomense sido fruto de uma Sociedade escravagista, era preciso haver um líder, um chefe. Essa chefia ficou encarnada na figura do Presidente da República que era consecutivamente Chefe de Estado, Chefe do Governo e Comandante em Chefe das Forças Armadas.

O legislador constituinte ao consagrar um sistema de governação presidencial teve em conta esse fator e quis dotar o Estado de uma figura que realmente fosse responsável pelo país. Como defende Jürgen Habermas na «A inclusão do outro: estudos de teoria política⁴⁵» com o passar do tempo à cultura política cristaliza-se em torno da Constituição e em São Tomé e Príncipe houve uma cristalização em torno do sistema presidencial de governo.

Ora, o legislador constituinte em 1987 pôs fim ao sistema de governo presidencial, mas na CP90 mantém o espírito presidencial no texto constitucional e em CP03 reforça a separação de poderes, dotando o Estado com um sistema de governação semi-presidencial de pendor parlamentar. Porém, o que se tem verificado é que não obstante nos termos constitucionais o Primeiro-Ministro ser o mais alto responsável da administração governamental, na prática tem sido o Presidente da República. E sempre que um Primeiro-Ministro reivindica as suas competências consagradas constitucionalmente é demitido, perfazendo um total de 18 Primeiros-Ministros em 23 anos de democracia.

Revista e atualizada. Editora Veja. 2002. p. 42 e 43.

⁴⁵HABERMAS, Jürgen. O Estado nacional tem futuro? In HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro** – estudos de teoria política. Tradução de George Sperber, Paulo AstorSoethe e Milton Camargo Mota. 2.Ed. São Paulo: Loyola, 2004.Título original: Die Einbeziehung des Anderen – Studien zur politischen Theorie, p. 187.

Está provado que a estabilidade político-institucional em São Tomé e Príncipe não é alcançada apenas com a mudança dos Primeiros-Ministros, nem tão pouco a realização das eleições. É preciso ir-se um pouco mais longe. Paulo Cruz e Zenildo Bodnar defendem:

[...] que eleições e novas constituições não são suficientes sem o desenvolvimento de uma nova cultura democrática que não seja só a do procedimento. A cultura democrática atual está afetada pela pobreza do debate público. A discussão sobre os princípios dos sistemas políticos, das visões gerais da Sociedade e de soluções para poder lidar com problemas sociais é, normalmente, substituída por imagens pictóricas dos candidatos, com posições extremamente vagas e apelos aos motivos mais emotivos.⁴⁶

É esta a realidade são-tomense. Torna-se necessário promover conferências, debates, no sentido de se poder vislumbrar uma saída airosa para que a instabilidade político-institucional possa conhecer um fim. Toda a Sociedade deve estar envolvida neste processo porque:

[...] os pressupostos da democracia não se desenvolvem a partir do povo, mas da Sociedade que se quer constituir como unidade política. Afinal, a Sociedade carece de uma identidade coletiva, caso pretenda resolver seus conflitos de forma pacífica, ater-se às regras de maioria e praticar solidariedade.⁴⁷

Notadamente para que haja uma identidade coletiva, semelhante a que houve em 1975, quando estava a ser formado a Nação/Estado São-tomense é necessário que a Sociedade seja chamada a participar. Os cidadãos têm de tomar parte nas decisões, contribuir, propor e por fim referendar o sistema de governação, pois afinal numa democracia, os cidadãos não têm apenas direitos, têm também o dever de participar na governação.

A Sociedade são-tomense nestes 20 e poucos anos da democracia só tem sido chamada para eleger seus governantes, não é chamada a debater outras questões de interesse público. E esta participação é importante:

[...] para se manter o equilíbrio social, é necessário um processo integrador, entre Estado, opinião pública e Constituição. Somente quando se consegue a primazia da Sociedade, é que será possível o império pleno da Constituição, como alternativa para equilibrar a atuação dos vários atores sociais e dos vários centros de poder.⁴⁸

Enquanto não se trazer à discussão pública o sistema de governação que mais se adéqua a

⁴⁶ CRUZ, Paulo Márcio e BODNARD, Zenildo. **Globalização, Transnacionalidade e Sustentabilidade**. Itajaí: UNIVALI, 2012. p. 87 *e-book* Disponível em <http://www.univali.br> Acesso 20 maio 2014.

⁴⁷ HABERMAS, Jürgen. O Estado nacional tem futuro? In HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro** – estudos de teoria política. Tradução de George Sperber, Paulo Astor Soethe e Milton Camargo Mota. 2.ed. São Paulo: Loyola, 2004. Título original: Die Einbeziehung des Anderen – Studien zur politischen Theorie, p. 187.

⁴⁸ MORAIS, José Luis Bolzan de, e NASCIMENTO, Valéria Ribas de Moraes. **Constitucionalismo e Cidadania**. Por uma jurisdição constitucional democrática. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 28 *apud* Cf. VERDÚ, Pablo Lucas. Teoría de la Constitución como ciencia cultural. Madrid Dykson, 1998. p. 272.

Sociedade são-tomense, proporcionar uma reflexão profunda ao sistema de governação que melhor pode servir o Estado são-tomense, vai continuar a não haver estabilidade político-institucional porque tanto o Presidente da República como o Primeiro-Ministro têm um programa de governação que é sufragado pelos eleitores, tanto um como outro quererão ter protagonismo na governação.

A obra organizada por WOLKMER, referindo-se aos países latino-americanos que vivenciaram período de democratização semelhante ao que São Tomé e Príncipe vive, afirma que:

Essa instabilidade político-institucional, muito refletida nas constituições internas, tem sido criticada como se os países fossem dotados de total autonomia em seu crescimento doméstico e na consequente realização do seu direito.⁴⁹

A emenda constitucional de 1987 em que São Tomé e Príncipe adotou o sistema de governação semipresidencial, procurou aproximar o sistema de governação são-tomense ao português, sem ter conta os fatores histórico-culturais, por um lado e por outro, a cristalização que já havia em torno do sistema presidencial.

A mudança do regime democrático socialista monopartidário para o regime democrático liberal multipartidário não significa necessariamente mudar o sistema de governação.

Nas democracias liberais multipartidárias existem sistema de governo presidencial (ex. Estados Unidos da América), semipresidencial (ex. França) e parlamentar (Reino Unido da Grã Bretanha). Cada Estado de acordo a sua gênese, sua história, sua realidade social adota sistema de governação que melhor satisfaz a Sociedade.

Os consultores internacionais que assessoraram o Estado são-tomense na concepção do texto constitucional que permitiu a mudança do regime democrata socialista monopartidário, porque eram portugueses, aconselharam as autoridades a seguirem o modelo adotado em Portugal, sem ter em conta que já havia uma cristalização em torno do sistema presidencial e que na África o Primeiro-Ministro é visto pela população como chefe do gabinete do Presidente da República.

Os consultores demonstraram não conhecer a Sociedade são-tomense. Este desconhecimento mergulhou São Tomé e Príncipe numa instabilidade político-institucional de longa duração que tem atrasado o seu desenvolvimento.

⁴⁹WOLKMER, António Carlos e MELO, Milena Petters (Org.) **Constitucionalismo Latino-Americano**. Tendências Contemporâneas. Curitiba: Juruá, 2013. p. 104.

O investigador Gerhard SEIBERT enfatiza que:

Os frequentes conflitos e mudanças de governos resultaram numa instabilidade política que, por sua vez, afetou negativamente o desempenho do governo e, conseqüentemente, o desenvolvimento socioeconômico do país. Apesar de o país ter recebido largos montantes disponibilizado pela ajuda externa, entre 1990 e 2002 o crescimento anual do PIB per capita era -0,4.⁵⁰

O instituto jurídico-constitucional adotado por um Estado é determinante no processo de governação e serve para promover a estabilidade político-institucional porque:

Na verdade, a democracia, apesar de não ser definida pelo direito, é assegurada por ele e por seus operadores que, ou a efetivam através de um propósito mais racional da lei, ou a inutilizam, desmoronando com isso todo o projeto democrático.⁵¹

O projeto democrático iniciando em São Tomé e Príncipe há pouco mais de 20 anos continua sendo instável, porque os políticos ainda não lograram perceber que:

[...] o direito é um saber prático e deve servir para resolver problemas e concretizar as promessas da modernidade que ganharam espaço nos textos constitucionais, a superação dos obstáculos que impedem o acontecer do constitucionalismo de caráter transformador estabelecido pelo novo paradigma do Estado Democrático de Direito pressupõe a construção das bases possibilitando a compreensão do estado da arte do *modus* operacional do direito, levando em conta um texto constitucional de nítida feição compromissória e dirigente.⁵²

São Tomé e Príncipe como Estado existe há quase 40 anos, acredita-se ser o tempo mais do que suficiente para se ter um projeto político credível, estável, que promova o desenvolvimento.

É oportuno ter presente, portanto, o contínuo movimento de atualização ou 'aperfeiçoamento' desta(s) jovem(ns) democracia(s) constitucional(is) e a instabilidade político-institucional que tem caracterizado os processos da abertura democrática – que estão se consolidando em alguns países da região com maior sucesso que em outros.”⁵³

Outrossim, se se quer pôr fim a instabilidade político-institucional que se vive no Estado são-tomense é imperioso que a classe política entenda que o momento democrático que se vive atualmente é totalmente diferente do que se vivia 20 anos atrás.

A Democracia de hoje deve atender a um equilíbrio de poderes entre os legitimados pelos votos, os legitimados por suas iniciativas de base e os legitimados por seus conhecimentos técnico-

⁵⁰ SEIBERT, Gerhard. **O Semipresidencialismo e o Controlo da Constitucionalidade em São Tomé e Príncipe**. Africana Studia, n.º 8, 2005. Edição da Faculdade de Letras da Universidade do Porto, p. 141.

⁵¹ WOLKMER, António Carlos e MELO, Milena Petters (Org.) **Constitucionalismo Latino-Americano**. Tendências Contemporâneas. Curitiba: Juruá, 2013. p. 105.

⁵² STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica, Estado e Política: uma visão do papel da Constituição em países periféricos. In CADEMARTORI, Daniela Mesquita Leutchuk e GARCIA, Marcos Leite (Org.). **Reflexões sobre Política e Direito** – Homenagem aos Professores Osvaldo Ferreira de Melo e Cesar Luiz Pasold. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008. p. 245.

⁵³ WOLKMER, António Carlos e MELO, Milena Petters (org.) **Constitucionalismo Latino-Americano**. Tendências Contemporâneas. Curitiba: Juruá, 2013. p. 70 e 71.

profissionais. Nenhum deles, sozinho, pode pretender ter a verdade da vontade democrática. E mais: provavelmente o peso destas fontes de legitimação deva ser diferente segundo o cenário no qual devamos assegurar o respeito aos princípios democráticos.⁵⁴

Atualmente o grupo de interesse e de pressão devidamente organizados exigem da classe política respostas concretas. E uma das exigências da Sociedade são-tomense é que os políticos se entendam e deem um fim a instabilidade político-institucional.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Um ano e três meses e 17 dias depois da revolução de 25 de abril de 1974 em Portugal, os habitantes das ilhas de São Tomé e Príncipe alcançaram a independência política, organizaram uma Nação e constituíram o Estado são-tomense.

Doze anos depois, São Tomé e Príncipe liderou na África a abertura política, promovendo mudanças jurídico-constituições que permitissem a transição do regime democrático socialista monopartidário para o regime democrático liberal multipartidário.

Quinze anos após a independência, São Tomé e Príncipe tornava a mais jovem democracia na África, realizando as primeiras eleições multipartidárias legislativas e presidenciais.

Os são-tomenses que organizaram um Estado e uma Nação em tão pouco tempo, que lideraram a transição democrática na África, não têm conseguido chegar a um consenso para pôr fim a instabilidade político-institucional que reina a mais de vinte anos. Porque o multipartidarismo semeou os interesses de grupo, plantou o individualismo e o Estado perdeu a liderança política.

Já Salomão dizia há mais de quatro mil anos atrás que “Quando um povo vive em desordem, muitos são os que lutam pelo poder, mas um dirigente prudente e instruído reina com ordem.” Prov. 28:2⁵⁵.

É tempo de São Tomé e Príncipe ter “dirigente prudente e instruído”, ter uma liderança definida na figura do Presidente da República ou do Primeiro-Ministro. O certo é que não se pode continuar com os dois órgãos de soberania por muito mais tempo.

⁵⁴ CRUZ, Paulo Márcio e BODNARD, Zenildo. **Globalização, Transnacionalidade e Sustentabilidade**. Itajaí: UNIVALI, 2012. p. 88 e-book Disponível em <http://www.univali.br>. Acesso em 20 maio de 2014.

⁵⁵ **Bíblia Sagrada**, Tradução em português corrente. 1. Edição, Sociedade Bíblica de Portugal, 1993.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ÁVILA, Vicente Fidélis de. **A Pesquisa na Dinâmica da Vida e na Essência da Universidade: Ensaio de curso para estudantes, professores e outros profissionais.** Campo Grande, MS: Edição UFMS, 1995.

CRUZ, Paulo Márcio e BODNARD, Zenildo. **Globalização, Transnacionalidade e Sustentabilidade.** Itajaí: UNIVALI, 2012. *e-book* Disponível em <http://www.univali.br> Acesso 20 de maio 2014.

MORAIS, José Luís Bolzan de, e NASCIMENTO, Valéria Ribas de Moraes. **Constitucionalismo e Cidadania.** Por uma jurisdição constitucional democrática. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

FERRAJOLI, Luigi. **Por uma Teoria dos Direitos e dos Bens Fundamentais.** Tradução de Alexandre Salim, Alfredo Copetti Neto, Daniela Cademartori, Hermes Zaneti Júnior, Sérgio Cademartori. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

FIALHO, Francisco et al. **Trabalho de Conclusão de Cursos: Métodos e Técnicas.** Florianópolis: Visual Books, 2007.

HABERMAS, Jürgen. O Estado nacional tem futuro? In HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro – estudos de teoria política.** Tradução de George Sperber, Paulo Astor Soethe e Milton Camargo Mota. 2.ed. São Paulo: Loyola, 2004, especificamente p. 127 a 190. Título original: Die Einbeziehung des Anderen – Studien zur politischen Theorie.

KELSEN, Hans. **A Democracia.** Tradução dos originais em alemão Vera Bakow; dos originais em inglês: Jefferson Luiz Camargo; Marcelo Brandão Cipolla; dos originais em italiano: Ivone Castilho Beneditti. 2.ª ed. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2000 (Ensino Superior).

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica: Teoria e Prática.** 11.Ed. Florianópolis: Conceito Editorial/Milenium, 2008.

SÃO TOMÉ E PRÍNCIPE, **Constituição Política.** Diário da República n.º 2, de 29 de jan. de 2003.

_____, **Constituição Política.** Diário da República n.º 13, de 20 de set. de 1990.

_____, **Constituição Política.** Diário da República n.º 39, de 15 de dez. de 1975.

_____, **Lei Fundamental.** Diário da República n.º 1, de 7 de jul. de 1975.

_____, **Lei da Nacionalidade.** Diário da República n.º 39, de 15 de dez. de 1975.

_____, **Lei n.º 1/80 – Primeira Revisão Constitucional.** Diário da República n.º 7, de de fev. de 1980.

_____, **Lei n.º 2/82 – Segundo Revisão Constitucional.** Diário da República n.º 35, de 31 de Dezembro de 1982.

_____, **Lei n.º 1/87 - Lei de Emenda Constitucional.** Diário da República n.º 13, 4.º Suplemento de 31 de dez. de 1987.

SEIBERT, Gerhard. **Camaradas, Clientes e Compadres. Colonialismo, Socialismo e Democratização em São Tomé e Príncipe.** Tradução: Ferreira Marques e Ana Mafalda Dourado (Introdução, cap. 1-3), Maria da Conceição Deus Lima (cap. 4-9, Conclusões); revisão de Ana Mafalda Dourado. Título original: Comrades, Clients and Cousins. Colonialism, Socialism and Democratization in São Tomé and Príncipe. Coleção: Documenta Histórica. Vega e Autor, 2.ª edição 2002.

_____, **O Semipresidencialismo e o Controlo da Constitucionalidade em São Tomé e Príncipe.** Africana Studia, n.º 8, 2005. Edição da Faculdade de Letras da Universidade do Porto.

STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica, Estado e Política: uma visão do papel da Constituição em países periféricos. In CADEMARTORI, Daniela Mesquita Leutchuk e GARCIA, Marcos Leite (Org.). **Reflexões sobre Política e Direito** – Homenagem aos Professores Osvaldo Ferreira de Melo e Cesar Luiz Pasold. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008.

BÍBLIA SAGRADA, **Provérbios.** Português corrente. 1.º Edição, Sociedade Bíblica de Portugal, 1993.

WOLKMER, António Carlos e MELO, Milena Petters (org.) **Constitucionalismo Latino-Americano.** Tendências Contemporâneas. Curitiba: Juruá, 2013.

O AVANÇO DA TECNOLOGIA E A CIVILIZAÇÃO TECNOLÓGICA

Emanuela Cristina Andrade Lacerda¹

INTRODUÇÃO

Fator de incansáveis mudanças no seio da Sociedade e dos Estados Nacionais² é o avanço da tecnologia tema que suscita o novo, em que pese ser tão antigo quanto o é a humanidade³.

Nesse aspecto importante pesquisar em que consiste a tecnologia, seu esboço histórico, conceito, objeto e objetivos. Não se pretende alongar na visão histórica, entretanto imprescindível destacar os aspectos importantes que impulsionaram os debates da tecnologia para compreender porque é um elemento de tanta importância e participação na evolução e desenvolvimento das Sociedades⁴.

O tema em destaque transcende os debates meramente filosóficos ou políticos, posto que, com o avanço da tecnologia muitas evoluções no uso dos recursos naturais foram possíveis, a

¹ Doutoranda do Programa de Doutorado da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI.

² O avanço da tecnologia é estudado por diversos autores que tratam da crise do Estado, dentre os quais pode-se citar: Anthony Giddens; Ulrich Beck; Habermas; Herman Heller; Peter Häberle, Paulo Márcio Cruz, entre outros.

³ A respeito da origem cronológica do termo “tecnologia”, ver Kevin Kelly, um dos fundadores da revista Wired, autor de diversos livros que tratam da tecnologia. Na obra “Para onde nos leva a tecnologia” ele aborda desde a origem da tecnologia, que remonta a antiguidade, quiçá a origem da humanidade; o que é a tecnologia e seus sinônimos, até o que esperar do futuro em relação a tecnologia. Cria o termo “*técnico*” para indicar um sistema global interconectado de tecnologia que gira ao redor dos seres humanos. Segundo Kevin Kelly, embora destaque que não lhe agrada inventar termos, o faz, por entender que nenhum demonstra a grandiosidade necessária para representar esse sistema e assim afirma: “Odeio inventar palavras que ninguém mais usa, mas nesse caso nenhuma das alternativas conhecidas consegue comunicar todo o escopo necessário. Assim, com muita relutância, cunhei um termo para designar o sistema maior, global, massivamente interconectado de tecnologia que gira ao nosso redor. Eu chamo esse sistema de *técnico*. O técnico vai além dos objetos de metal e silício e inclui a cultura, a arte, as instituições sociais e as criações intelectuais de todos os tipos. Ele inclui objetos intangíveis, como *software*, legislações e conceitos filosóficos. Acima de tudo, ele inclui os impulsos geradores das nossas invenções que encorajam a produção de mais ferramentas, a invenção de mais tecnologias e a produção de mais conexões que aprimoram esse todo”. KELLY, Kevin. **Para onde nos leva a tecnologia**. Tradução de Francisco Araújo Costa. Porto Alegre: Bookman. 2012. Título Original: *What Technology Wants*, p. 19.

⁴ A sociedade que é tratada no presente estudo é a Sociedade capitalista, que pode ser concebida como organização social e política civilizada que se verificou após o Estado Moderno. Embora o termo capitalismo seja de difícil definição, conforme observa Norberto Bobbio em seu dicionário de Política, pode-se concebê-lo de maneira generalista como o modo de ser da sociedade civil após a revolução industrial, a partir da qual, os indivíduos integrantes da Sociedade Civil, passam a se organizar e lutar pelo seu desenvolvimento econômico, que passa a integrar suas concepções de poder. O Estado deixa de ser o senhor absoluto onipotente, e cada indivíduo visa conquistar seu espaço no mercado, antes dominado exclusivamente pelo Estado. Sendo assim, Sociedade Capitalista é a organização social e política dos indivíduos que tem por objetivo a aquisição de bens, visando a consolidação e continuidade de seu desenvolvimento econômico. Conceito este composto por composição com base em: BOBBIO, Norberto. **Dicionário de Política**. Vol. 1. 12 ed. Tradução Carmen C. Varriale; Gaetano Lo Mônaco; João Ferreira; Luis Guerreiro Pinto Cascais e Renzo Dini.. 2004, p. 141/148. Título Original: *Dizionario di politica*.

troca de informações através do uso da internet vem causando uma crise sem precedentes nas próprias bases estatais.

Muitos autores impingem ao avanço da tecnologia os males que assolam a humanidade nos dias atuais, em especial no que diz respeito ao meio ambiente, às catástrofes sociais, dentre elas a miséria e a fome, e que, inclusive, serão agravadas a medida que continuam tais avanços.

A busca incessante por novos produtos, por novas fontes de riqueza é o objetivo da atual sociedade capitalista, e o que move a continuidade dos avanços e pesquisas na área da tecnologia. Aparelhos telefônicos, computadores, alimentos industrializados, carros tecnológicos, entre outros, incorporaram de tal maneira a vida das pessoas que até parece impossível viver sem eles.

Essa tecnologia, que nos é apresentada cotidianamente, facilita tarefas, resolve problemas, permite ainda satisfazer sonhos e necessidades, entre outras tarefas que nos dão muito prazer. Entretanto, essa mesma tecnologia, é por vezes responsável pelo desemprego, pela dependência econômica, pela poluição, degradação ambiental, esmaecimento dos recursos naturais, etc.

Diante disso, a tarefa que ora se lança visa compreender a tecnologia, diferenciando-a de outros termos e institutos como primeiro passo para poder identificar como utilizá-la em prol da humanidade na busca por uma sociedade mais justa e igualitária, bem como socorrer o planeta das ações desenfreadas do próprio ser humano.

1. TÉCNICA E TECNOLOGIA: LIMITES E SIMILITUDES

A discussão envolvendo técnica e tecnologia não é tema atual, senão muito mais remoto do que supõem a maioria⁵.

Aristóteles, em “Metafísica”⁶, já tratava do termo técnica, e a entendia como o conceito de trabalho sem a matéria, considerava “a técnica um modo de ser específico do homem e a compreendia como um conceito, uma razão, um logos, que precede a realização da ação”, Aristóteles distinguiu a técnica da matéria, sendo a técnica compreendida como conceito humano

⁵ Observação traçada na obra: “Para uma filosofia da Tecnologia” de Milton Vargas, na qual adverte e estrutura seu estudo fundamentando que a técnica, juntamente com a linguagem são partes integrantes do homem. Um não poderia existir sem o outro. O autor traça um paralelo entre a história do homem, desde as épocas mais remotas até a época atual relacionando-o com a técnica e o surgimento de utensílios fabricados pelo mesmo, a fim de comprovar a ligação entre ambos. VARGAS, Milton. **Para uma Filosofia da Tecnologia**. São Paulo: Alfa Omega. 1994, p. 171-186.

⁶ ARISTÓTELES, **Metafísica**. Livro I. Tradução portuguesa de Vincenzo Cocco. São Paulo: Abril Cultural, 1979, p. 981-985.

de trabalho, e a matéria sobre a qual ele opera.

Afirmou Aristóteles⁷ que “a técnica surge quando, a partir de muitas noções experimentais, se depreende um único juízo universal, aplicável a todos os casos semelhantes”. Diferentemente da experiência humana pura e simples, que permite apenas o conhecimento do objeto como ele é, a arte ou a técnica, tratadas como sinônimos pelo filósofo grego, superam aquela, por permitir o conhecimento do porquê e da causa, pois segundo ele, é a ciência de certas causas e princípios”.

É portanto, a técnica, para Aristóteles, produto humano, fruto do seu raciocínio, superando as simples sensações, e as percepções físicas, produtos da experiência humana. A técnica em sua forma mais perfeita, afirma, seria a filosofia.

Na mesma esteira, porém num estudo mais aprofundado, Immanuel Kant⁸, entende que a técnica está relacionada com a natureza numa relação de causalidade ou não, e assim leciona:

O procedimento (a causalidade) da natureza, em vista da semelhança de finalidade que encontramos em seus produtos, dividimo-la em intencional (*technica intentionalis*) e não intencional (*technica naturalis*). A primeira significaria que a capacidade produtiva da natureza segundo causas finais tem de ser considerada uma espécie particular de causalidade; a segunda, que no fundo é idêntica ao mecanismo da natureza.

Essas duas correntes de ideias são referenciadas por Álvaro Vieira Pinto para definir a técnica como produto do conteúdo que a consciência afirma: “o homem, porque tem de operar tecnicamente sobre a natureza, termina por exteriorizar de si aquilo que é um aspecto da sua realidade e a defrontar-se com ela como algo que lhe fosse estranho”⁹.

Contemporaneamente as concepções da técnica tem sido alvo de inúmeros debates entre diferentes autores, em que pese, muitas vezes a técnica apresentar caracterizações e interpretações confusas e contraditórias, numa inexata interpretação do pensamento dos clássicos, o que se observa em comum é que a evolução da humanidade está atrelada à técnica.

Nesse sentido destacam-se as palavras de Álvaro Vieira Pinto:

A técnica, uma forma assumida pelo exercício da existência em sua função criadora, resultante da capacidade consciente de apreensão das propriedades objetivas das coisas, participa do processo histórico geral, desenrolando-se a princípio no plano biológico, natural, e depois, com o surgimento da consciência, passa a ser social e ditado por finalidades. Consequentemente, a técnica acompanha,

⁷ ARISTÓTELES, **Metafísica**. Livro I. Tradução portuguesa de Vincenzo Cocco. São Paulo: Abril Cultural, 1979, p. 982.

⁸ KANT, Immanuel. **Crítica da Faculdade do Juízo**. Trad. Valerio Rohden e António Marques. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2012, p. 254.

⁹ PINTO, Álvaro Vieira. **O conceito de tecnologia**. Volume I. Rio de Janeiro: Contraponto. 2005, p. 141.

enquanto índice, o progresso histórico de conquista da natureza pelo homem, mede o grau e a extensão de sua capacidade de resolver as contradições com que se defronta, mas não é de modo algum o fundamento, e muito menos o motor, do processo produtivo¹⁰.

Não se pode confundir técnica com tecnologia, embora também entendam a tecnologia como uma evolução do conceito da técnica. Contemporânea do processo de formação do homem como espécie autônoma, encontra-se presente em todas as fases de sua evolução natural, a partir da produção material dos bens para sua existência, organização e desenvolvimento social¹¹.

Jacques Ellul prefere o termo técnica a tecnologia, e entende que a civilização é dominada pela técnica:

Technique has progressively mastered *all* the elements of civilization. We have already pointed this out with regard to man's economic and intellectual activities. But man himself is overpowered by technique and becomes its object. The technique which takes man for its object thus becomes the center of society; this extraordinary event (which seems to surprise no one) is often designated as *technical civilization*. The terminology is exact and we must fully grasp importance. *Technical civilization* means that our civilization is constructed *by* technique (makes a part of civilization only what belongs to technique), *for* technique (in that everything in this civilization must serve a technical end), and *is* exclusively technique (in that it excludes whatever is not technique or reduces it to technical form)¹².

Para Jacques Ellul, portanto, a tecnologia independe da vontade humana e dificilmente as pessoas que se entendem detentoras ou controladoras da técnica o são. Para ele, a técnica possui uma lógica própria, independente e a conceitua como conjunto de relações de meios/fins e regras para conseguir a máxima eficiência no ajuste dos meios aos fins (sem que os fins últimos sejam examinados)¹³.

A tecnologia, de acordo com Álvaro Vieira Pinto, é uma ciência, que tem por objeto a técnica. Para sustentar sua tese, a partir de uma discussão dialética, analisa as diferentes concepções de tecnologia desde o pensamento de filósofos, jornalistas, sociólogos e ensaístas.

¹⁰ PINTO, Álvaro Vieira. **O Conceito de Tecnologia**. Volume I. Rio de Janeiro: Contraponto. 2005, p. 156.

¹¹ PINTO, Álvaro Vieira. **O Conceito de Tecnologia**. Volume I. Rio de Janeiro: Contraponto. 2005, p. 215-217.

¹² A técnica dominou progressivamente todos os elementos de civilização. Nós já apontamos isso no que diz respeito às atividades econômicas e intelectuais do homem. Mas o próprio homem é dominado pela técnica e se torna seu objeto. A técnica que leva o homem para o seu objeto torna-se assim o centro da sociedade; este evento extraordinário (que parece não surpreender ninguém) é muitas vezes designado como civilização técnica. A terminologia é exata, e temos de compreender plenamente sua importância. Civilização técnica, significa que a nossa civilização é construída pela técnica (faz parte da civilização apenas o que pertence a técnica), para a técnica (em que tudo nesta civilização deve servir a um fim, no caso a técnica), e é exclusivamente técnica (na medida em que exclui tudo o que não é técnica ou reduz a forma técnica). Tradução livre da autora. ELLUL, Jacques. **The Technological Society**. With an introduction by Robert K. Merton. A penetrating analysis of four technical civilization and of the effect of an increasingly standardized culture in the future of man. New York: Vintage. 1964, p. 127-128.

¹³ ELLUL, Jacques. **The Technological Society**. With an introduction by Robert K. Merton. A penetrating analysis of four technical civilization and of the effect of an increasingly standardized culture in the future of man. New York: Vintage. 1964.

Num retorno histórico aborda as diversas acepções da ideia de técnica, propedêutico para a construção do conceito que propõem ao final.

Alberto Cupani, em “Filosofia da tecnologia: um convite” traz, além de diferentes pensamentos acerca da compreensão da tecnologia e suas definições, a visão segundo a ótica do historiador, e nessa perspectiva procura identificar progressivamente como a tecnologia surgiu e participou da evolução do planeta¹⁴.

Além de identificar as origens históricas da tecnologia¹⁵, Alberto Cupani, identifica o papel da técnica na civilização ocidental¹⁶ e as etapas do desenvolvimento tecnológico¹⁷ até a atual realidade social, a qual atribui a nomenclatura de civilização da máquina, caracterizada pela “automação crescente, a regularização do tempo, a velocidade, a multiplicação de bens, a padronização de desempenhos e de produtos e o aumento da interdependência coletiva”¹⁸.

Val Dusek, em “Filosofia da Tecnologia” também aborda as diferentes concepções ou definições¹⁹ de tecnologia em especial o tratamento dado pelos filósofos desde o início da filosofia

¹⁴ CUPANI, Alberto. **Filosofia da Tecnologia**: um convite. 2 ed. Florianópolis: Ed. UFSC. 2013, p. 73-91.

¹⁵ Para essa abordagem, Alberto Cupani, fundamenta-se no historiador norte-americano Lewis Mumford, o qual segundo ele, é conhecido “por uma sugestiva história da tecnologia”. Leciona ainda que “com base nessa tese, Mumford esboça uma história do progressivo desenvolvimento tecnológico da espécie humana. Nessa história, ele reserva a palavra “técnica” para designar não os procedimentos específicos para obter fins práticos (isto é para ele, a “tecnologia), mas a inter-relação do meio social e as inovações tecnológicas. Sempre na sua terminologia, “máquinas” são dispositivos (como a imprensa ou o tear mecânico) que tendem a operar automaticamente, à diferença dos instrumentos ou ferramentas que se prestam à manipulação dos aparelhos (como um forno de fazer pão ou de fazer tijolos) e das “utilidades” (como estradas e pontes). Já quando se refere a “a máquina”, está aludindo ao “inteiro processo tecnológico”, que abrange conhecimento, habilidades e artes, bem como instrumentos, aparelhos, utilidades e máquinas.” CUPANI, Alberto. **Filosofia da Tecnologia**: um convite. 2 ed. Florianópolis: Ed. UFSC. 2013, p. 73-74.

¹⁶ Neste item destaca-se a abordagem trazida pelo autor, ainda fundamentado em Mumford, de que a grande invenção que revolucionou a vida da civilização foi a invenção do relógio, e assim descreve: “Conforme uma lenda, recorda Mumford, o relógio mecânico teria sido inventado por um monge, a serviço da observância das horas canônicas. Dessa maneira, o convento deu à vida “o ritmo da máquina”, um ritmo que passou no século XIV para as cidades. “Os sinos da torre do relógio quase definiram a existência urbana”. E a marcação regular do tempo suscitou o hábito de obedecer ao tempo, aproveitar o tempo, administrar o tempo. Para Mumford, o relógio (e não a máquina a vapor) é a máquina-chave da era industrial. A “produção de horas iguais (depois minutos e segundos) faz do relógio o pioneiro e o Protótipo da máquina de produção regular, padronizada, fonte de inspiração para outras máquinas.” CUPANI, Alberto. **Filosofia da Tecnologia**: um convite. 2 ed. Florianópolis: Ed. UFSC. 2013, p. 75.

¹⁷ De acordo com Alberto Cupani, “Mumford distingue três períodos na evolução da “técnica” e da civilização da máquina: uma primeira etapa “eotécnica”, entre os anos 1000 e 1750 d. C.; uma etapa “paleotécnica”, de 1750 ao final do século XIX, e a terceira etapa, “neotécnica”, que chega até a época de publicação do livro de Mumford (1934). Trata-se, aclara o autor, de etapas “que se superpõem e interpenetram” parcialmente, a primeira caracterizada pelo uso da água e da madeira (e dos ventos), a segunda pela utilização do carvão e do ferro, e a terceira pelo domínio da eletricidade e das ligas metálicas. CUPANI, Alberto. **Filosofia da Tecnologia**: um convite. 2 ed. Florianópolis: Ed. UFSC. 2013, p. 77.

¹⁸ CUPANI, Alberto. **Filosofia da Tecnologia**: um convite. 2 ed. Florianópolis: Ed. UFSC. 2013, p. 77-91.

¹⁹ A obra Filosofia da Tecnologia traz um debate entre as correntes doutrinárias sobre a categoria “definições”, as quais procuram realizar a atividade de definir determinados institutos, e, analisando a fenomenologia da definição, diferencia os seguintes tipos: “definição real”, “definição estipulante”, “definição relatante” e “definição sumarizante”. Ao finalizar tal abordagem afirma que “os principais teóricos da tecnologia dos primeiros dois terços do século XX acreditavam que era possível oferecer uma definição universal, essencial de tecnologia. Alguns teóricos recentes, como Don Ihde, Andrew Feenberg e outros, em contraste, acreditam

moderna, apresentando diferentes correntes que procuram explicar e justificar a tecnologia, por vezes a confundindo com a ciência, outras diferenciando e ainda, entrelaçando-as, e destaca que:

Como ciência contemporânea está tão envolvida e dependente de instrumentação tecnológica refinada, na medida em que a descoberta científica tem como base a observação, a tecnologia é anterior à ciência, além de ser sua propulsora. É o contrário da descrição de tecnologia como “ciência aplicada”, na qual a ciência é anterior à tecnologia e a impele²⁰.

A importância da tecnologia para a humanidade é destacada por Martin Heidegger²¹, considerado um dos filósofos mais influentes do século XX, o qual afirmava que a tecnologia moderna define a época presente da humanidade exatamente como a religião definia a orientação para o mundo na Idade Média. Heidegger defendia que a tecnologia não está sob controle humano e é tão definitiva nesta era que exclui qualquer tentativa de recuo a uma sociedade ou cultura pré-tecnológica.

De acordo com Val Dusek, Heidegger usando de comparativos com as antigas estruturas e ferramentas tradicionais contrastando-as com as modernas, procurava identificar como compreender e entender a tecnologia e assim a humanidade manter uma “relação livre com a tecnologia”²².

E Val Dusek descreve:

Em boa parte de seu trabalho, Heidegger contrasta os ofícios tradicionais e a maneira camponesa de vida com o trabalho e a vida na moderna sociedade tecnológica, em boa parte em detrimento desta última. Ele usa exemplos de um templo grego, um cálice de prata e uma ponte de madeira tradicional, contrastando-os com uma usina de força moderna ou super-rodovia. A preferência e o elogio da vida camponesa por Heidegger e seu desgosto pelas cidades sugerem que ele é um romântico antitecnológico. Parece que, em ambientes rurais e não tecnológicos, captamos o significado genuíno das coisas. Mas isto é enganoso, dado que ele afirma que a tecnologia caracteriza o nosso tempo e não podemos retornar a maneiras pré-tecnológicas. Em algumas passagens, Heidegger afirma que os próprios artefatos tecnológicos podem ser ocasiões para entendermos o ser. Heidegger usa um cântaro e uma ponte velha como exemplos de nexos de unificação de terra e céu, humanos e deuses em sua feitura e em seu uso. Contudo, em um ponto,

que não há uma essência ou característica definidora individual da tecnologia, e que buscar por uma definição essencial é improdutivo”. DUSEK, Val. **Filosofia da Tecnologia**. Tradução Luis Carlos Borges. São Paulo: Loyola. 2009, p. 42-46. Título Original: *Philosophy of Technology – an introduction*.

²⁰ DUSEK, Val. **Filosofia da Tecnologia**. Tradução Luis Carlos Borges. São Paulo: Loyola. 2009. p. 105. Título Original: *Philosophy of Technology – an introduction*; Val Dusek cita a obra de HEIDEGGER, Martin. **The question concerning technology**. Em *The question concerning technology and other essays* (Tradução: W. Lovitt). New York, Harper & Row. 1977, p. 36.

²¹ HEIDEGGER, Martin. **The question concerning technology**. Em *The question concerning technology and other essays*. Tradução W. Lovitt. Nova York, Harper & Row. 1977.

²² DUSEK, Val. **Filosofia da Tecnologia**. Tradução Luis Carlos Borges. São Paulo: Loyola. 2009. p. 105. Título Original: *Philosophy of Technology – an introduction*; Val Dusek cita a obra: HEIDEGGER, Martin. **The question concerning technology**. Em *The question concerning technology and other essays* (Tradução: W. Lovitt). New York, Harper & Row. 1977.

contrário ao seu uso habitual de exemplos arcaicos e rurais, ele afirma que um moderno anel viário também pode funcionar dessa maneira, como um foco de aspectos do ser²³.

Para Dusek, ao definir ou caracterizar tecnologia pode-se utilizar de três vieses diferentes: “(a) a tecnologia como instrumental; (b) a tecnologia como regras e (c) a tecnologia como sistema”²⁴.

Alberto Cupani²⁵ na mesma linha de pesquisa, traz ainda um resumo do pensamento de diferentes autores que procuraram definir a tecnologia, destacando a complexidade da tarefa:

A complexidade antes mencionada do que a palavra tecnologia denota reflete-se na diversidade das definições propostas pelos filósofos que dela trataram. “Fabricação e uso de artefatos” (MITCHAM, 1994); “um forma de conhecimento humano” endereçada a “criar uma realidade conforme nossos propósitos” (SKOLIMOWSKI, 1983); “conhecimento que funciona, *know-how*” (JARVIE, 1983); “implementações práticas da inteligência” (FERRÉ, 1985); “a humanidade trabalhando [*at work*]” (PITT, 2000); colocação da Natureza à disposição do homem como recurso (HEIDEGGER, 1997); “o campo de conhecimento relativo ao projeto de artefatos e à planificação da sua realização, operação, ajustamento, manutenção e monitoramento, à luz de conhecimento científico” (BUNGE, 1985c); o modo de vida próprio da Modernidade (BORGMANN, 1984); “a totalidade dos métodos a que se chega racionalmente e que tem eficiência *absoluta* (para um dado estágio do desenvolvimento) em *todo* campo de atividade humana” (ELLUL, 1964, grifo do autor); “a estrutura material da Modernidade (FEENBERG, 2002).

Considerando as diferentes definições acima, Val Dusek assegura que no início do século XX, em especial nos primeiros dois terços, os principais teóricos da tecnologia acreditavam que era possível oferecer uma definição universal e essencial da tecnologia. Entretanto, os teóricos mais recentes, dentre os quais cita, Don Ihde, Andrew Feember, entre outros, contrastando com aquele pensamento do início do século, acreditam que não há uma essência ou característica definidora individual do que é a tecnologia, e que essa busca seria improdutiva²⁶.

Por outro lado, Álvaro Vieira Pinto defende e define a tecnologia como ciência. Justifica esse entendimento desconstruindo e construindo o pensamento de diferentes autores. Apresenta, nesse sentido, “as diversas acepções do termo “tecnologia””, que segundo ele podem ser vistas sob diferentes significados. O primeiro seria o significado etimológico²⁷, o segundo seria

²³ DUSEK, Val. **Filosofia da Tecnologia**. Tradução Luis Carlos Borges. São Paulo: Loyola. 2009, p. 105-107. Título Original: Philosophy of Technology – an introduction.

²⁴ DUSEK, Val. **Filosofia da Tecnologia**. Tradução Luis Carlos Borges. São Paulo: Loyola. 2009, p. 47. Título Original: Philosophy of Technology – an introduction.

²⁵ CUPANI, Alberto. **Filosofia da Tecnologia**: um convite. 2 ed. Florianópolis: Ed. UFSC. 2013, p. 15-16.

²⁶ DUSEK, Val. **Filosofia da Tecnologia**. Tradução Luis Carlos Borges. São Paulo: Loyola. 2009, p. 46. Título Original: Philosophy of Technology – an introduction.

²⁷ De acordo com Álvaro Vieira Pinto, “o primeiro significado etimológico, a “tecnologia” tem de ser a teoria, a ciência, o estudo, a

equivalente a técnica, ou seja, a tecnologia “pura e simplesmente seria o mesmo que técnica”²⁸, como terceiro, mas ligado ao segundo, a tecnologia seria entendida como “conjunto de todas as técnicas de que dispõe uma determinada sociedade, em qualquer fase histórica de seu desenvolvimento”²⁹, e por fim, o último significado, adotado como o mais importante e ao qual se dedica com mais afinco em sua obra, que a “tecnologia” é a “ideologização da técnica”³⁰, ou seja, é uma ciência.

Em que pese a divergência de entendimento ou de conceituação da tecnologia, identifica-se como ponto comum entre os autores, que a tecnologia, seja enquanto técnica, como fenômeno, como ferramenta ou como ciência, influencia sobremaneira na sociedade e em sua evolução.

Não se pode afirmar que seria o fator preponderante, mas ousa-se a afirmar que a tecnologia contribui sobremaneira para que a Sociedade evoluísse da forma que evoluiu e transformasse-se em níveis planetários.

Nesse aspecto cita-se o pensamento de Pierre Levy³¹, um dos pioneiros a tratar das abordagens tecnológicas³², que também alerta sobre a correta compreensão da tecnologia:

discussão da técnica, abrangidas nesta última noção as artes, as habilidades do fazer, as profissões e, generalizadamente, os modos de produzir alguma coisa. Este é necessariamente o sentido primordial, cuja interpretação nos abrirá a compreensão dos demais. A “tecnologia” aparece aqui com o valor fundamental e exato de “logos da técnica”. PINTO, Álvaro Vieira. **O Conceito de Tecnologia**. Volume I. Rio de Janeiro: Contraponto. 2005, p. 219.

²⁸ No que tange ao segundo significado, defende Álvaro Vieira Pinto que, “indiscutivelmente constitui este o sentido mais frequente e popular da palavra, o usado na linguagem corrente, quando não se exige precisão maior. As duas palavras mostram-se, assim, intercambiáveis no discurso habitual, coloquial e sem rigor. Como sinônimo, aparece ainda a variante americana, de curso geral entre nós, o chamado *know how*,” em relação a este último aspecto, destaca que por inúmeras oportunidades essa equivalência de conceitos leva a equivocadas interpretações no julgamento de problemas. PINTO, Álvaro Vieira. **O Conceito de Tecnologia**. Volume I. Rio de Janeiro: Contraponto. 2005, p. 219-220.

²⁹ A importância dessa acepção, também proposta por Álvaro Vieira Pinto, reside “em ser ela que se costuma fazer menção quando se procura referir ou medir o grau de avanço do processo das forças produtivas de uma sociedade. A “tecnologia”, compreendida assim em sentido genérico e global, adquire conotações especiais, ligadas em particular ao quanto significado, a seguir definido, mas ao mesmo tempo perde em nitidez de representação de seu conteúdo lógico aquilo que ganha em generalidade formal”. PINTO, Álvaro Vieira. **O Conceito de Tecnologia**. Volume I. Rio de Janeiro: Contraponto. 2005, p. 220.

³⁰ Como ideologização da técnica, a “tecnologia” é para Álvaro Vieira Pinto, a correta definição, ou o conceito mais acertado para “tecnologia”. Segundo esse significado a tecnologia é uma ciência. Para ser fiel ao pensamento do autor, extrai-se de sua obra: “Se a técnica configura um dado da realidade objetiva, um produto da percepção humana que retorna ao mundo em forma de ação, materializado em instrumentos e máquinas, e entregue à transmissão cultural, compreende-se tenha obrigatoriamente de haver ciência que o abrange e explora, dando em resultado um conjunto de formulações teóricas, recheadas de complexo e rico conteúdo epistemológico. Tal ciência deve ser chamada “tecnologia”. PINTO, Álvaro Vieira. **O Conceito de Tecnologia**. Volume I. Rio de Janeiro: Contraponto. 2005, p. 220.

³¹ LEVY, Pierre. **Cibercultura**. Tradução: Carlos Irineu da Costa. São Paulo: Ed. 34. 1999, p. 25. Título Original: *Cyberculture*. Publicado em 1997.

³² Ver também. LEVY, Pierre. **As Tecnologias da Inteligência: o futuro do pensamento na era da informática**. Tradução: Carlos Irineu da Costa. São Paulo: Ed. 34. 1993. Título Original: *Les Technologies de l'intelligence*. O autor também é conhecido por tratar do conceito de virtual. Pierre Levy, não foi o pioneiro a tratar do tema, entretanto, foi o pioneiro a tratar o virtual sob diferentes transformações em relação ao real. Nesse sentido destaca-se as palavras do autor: “Muitos filósofos – e não dos menores – já

As técnicas *determinam* a sociedade ou a cultura? Se aceitarmos a ficção de uma relação, ele é muito mais complexa do que uma relação de determinação. A emergência do ciberespaço acompanha, traduz e favorece uma evolução geral da civilização. Uma técnica é produzida dentro de uma cultura, e uma sociedade encontra-se condicionada por suas técnicas. E digo *condicionada*, não *determinada*. Essa diferença é fundamental.

Esse pensamento é acompanhado por outros autores da área que visualizam a tecnologia como inseparável da sociedade seja no presente, ou no futuro. Veem-na como um processo irreversível.

Há algumas décadas atrás Alvin Toffler identificou que a sociedade do futuro agrega mais tecnologia e conhecimento e que estes são os bens mais valiosos dessa sociedade, os bens intangíveis correspondem ao futuro. Em sua obra “A Terceira Onda”, destacou as mudanças que as empresas e sociedade precisavam não só passar, mas identificar e se adequar às transformações, sob pena de se tornarem obsoletas e/ou inviáveis³³.

John Naisbitt estudioso e pesquisador norte-americano, também desenvolveu estudos das tendências sociais, em especial da sociedade norte-americanas e a partir de suas pesquisas sob a metodologia da análise de conteúdo, identificou e avaliou novos padrões emergentes, e passou a divulgar os resultados e comercializar esses dados informativos às grandes empresas. Em suas análises identificou as tendências do mercado e publicou suas previsões o que o tornou reconhecido mundialmente como analista de mercado que previu as grandes transformações sociais³⁴.

trabalharam sobre a noção de virtual, inclusive alguns pensadores franceses contemporâneos como Gilles Deleuze ou Michel Serres. Qual é, portanto, a ambição da presente obra? É muito simples: não me contentei em definir o virtual como um modo de ser particular, quis também analisar e ilustrar *um processo de transformação de um modo de ser num outro*. De fato, este livro estuda a virtualização que retorna do real ou do atual em direção ao virtual. A tradição filosófica, até os trabalhos mais recentes analisa a passagem do possível ao real ou do virtual ao atual. Nenhum estudo ainda, ao que eu saiba, analisou a *transformação inversa*, em direção ao virtual. Ora, é precisamente esse retorno à montante que me parece característico tanto do movimento de autocriação que fez surgir a espécie humana quanto da transição cultural acelerada que vivemos hoje. O desafio deste livro é portanto triplo: filosófico (9º conceito de virtualização), antropológico (a relação entre o processo de homonização e a virtualização) e o sociopolítico (compreender a mutação contemporânea para poder atuar nela). LEVY, Pierre. **O que é virtual**. Tradução: Paulo Neves. São Paulo: Ed. 34. 1996, p. 12 Título Original: *Qu'est-ce que le virtuel?*

³³ Nesse sentido ver: TOFFLER, Alvin. **O Choque do Futuro**. Tradução: Marco Aurélio de Moura Bastos. Rio de Janeiro: Artenova. 1973. Título original: *Future Shock*; TOFFLER, Alvin. **A Terceira Onda**. Tradução João Távora. Rio de Janeiro: Record. 11 ed. 1980. Título Original: *The Third Wave*.; TOFFLER, Alvin. **Previsões e Premissas**: uma entrevista com o Autor de Choque do Futuro e A terceira onda. Tradução: Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Record. 1983. Título Original: *Previews & Premises*.

³⁴ NAISBITT, John. **High tech – High touch**: a tecnologia e a nossa busca por significado. Tradução: Newton Roberval Eichemberg. São Paulo: Cultrix. 2005; Ainda, ver do mesmo autor: NAISBITT, John; ABURDENE, Patrícia. **Megatrends 2000**: Dez novas tendências de transformação da sociedade nos anos 90. São Paulo: Amana-Key, 1990. Título Original: *Megatrends 2000*; NAISBITT, John. **Paradoxo Global**: quanto maior a economia mundial, mais poderosos são os seus protagonistas menores: nações, empresas e indivíduos. Tradução Ivo Korytovski. Rio de Janeiro: Campus.1994; Título Original: *Original Paradox*; NAISBITT, John. **Megatendências, Asia**: oito megatendências asiáticas que estão transformando o mundo. Tradução: Ivo Korytovski. Rio de Janeiro: Campus. 1997.

Essas novas miradas da Sociedade desenvolvida e absorvida pela tecnologia são alvos de análises, em especial no campo do desenvolvimento econômico³⁵, e muitos autores alertam para essa nova realidade, mas, conforme expressão de Edgar Morin deve-se olhar o futuro mantendo sempre a mirada no antigo.

O avanço da tecnologia seja entendido como ciência ou a partir da técnica, é um mal necessário. José Ortega Y Gasset a define como a produção do supérfluo, pois a tecnologia produz aquilo que teremos que encontrar utilidade e não a desenvolvemos para solucionar nossos problemas³⁶.

De qualquer modo, as novas tecnologias podem servir de caminho na busca do equilíbrio para as discussões que visam uma solução equânime para todos os ramos e esferas da Sociedade. A relação jurídica, sujeito-objeto, para existir em harmonia, necessita de um terceiro que a reconheça como tal. Essa ação, até então exercida pelo Estado, no âmbito global encontra-se desamparada.

Na busca por esse norte comum, Álvaro Vieira Pinto leciona: “O processo da invenção tecnológica, em particular o desenvolvimento da cibernética e da automação, aproxima-se da posição em que somente pode continuar a se expandir tornando-se propriedade da humanidade

³⁵ Kevin Kelly, tecendo uma análise do futuro da economia, utiliza-se de uma comparação entre o surgimento da vida na terra através da evolução celular e o surgimento do silício na origem da nossa cultura atual, e nesse sentido alerta que: “Vários bilhões de anos se passaram na Terra até surgir a vida unicelular. E mais um bilhão de anos se passou até essa vida na forma de uma única célula desenvolver configurações pluricelulares – até cada célula tocar algumas células vizinhas e formar um organismo esférico vivo. A princípio, a esfera era a única forma que a vida pluricelular podia tomar, porque suas células tinham de estar próximas uma das outras para poder coordenar suas funções. Passado outro bilhão de anos, a vida acabou desenvolvendo o primeiro neurônio celular – um finíssimo fio de tecido – que possibilitou que duas células se comunicassem à distancia. Com essa única inovação habilitadora, explodiu a variedade de vida. Com os neurônios, a vida não precisava mais ficar restrita a um glóbulo. Era possível dispor as células em praticamente qualquer forma, tamanho e função. Borboletas, orquídeas, cangurus, tudo se tornou possível. A vida explodiu rapidamente num milhão de diferentes e inesperadas formas, em fantásticas e espantosas variedades, até que a maravilhosa vida estivesse presente em toda parte. *Chips* de silício interligados em canais de faixa alta são os neurônios da nossa cultura. Até o momento, nossa economia esteve na fase pluricelular. Nossa era industrial exigiu que todos os clientes ou empresas quase se tocassem fisicamente entre si. Nossas empresas e organizações assemelham-se a glóbulos. Agora, por meio da invenção habilitadora do silício e dos neurônios de vidro, um milhão de novas formas tornou-se possível. Bum! Uma infinita variedade de novos formatos e tamanhos de organizações sociais são subitamente possíveis. Formas inimagináveis de comercio podem agora coalescer nesta nova economia. Estamos prestes a testemunhar uma explosão de entidades erguidas sobre um alicerce de relacionamentos e tecnologia que, em sua variedade, emulará os primórdios da vida sobre a Terra. No futuro, pouquíssimas empresas serão parecidas com a Microsoft ou mesmo com a *Wired*. Até mesmo formas muito antigas acabarão sendo transformadas. Agricultura, transportadoras, serviços de encanador e outras ocupações tradicionais permanecerão, da mesma forma que permanece a vida unicelular. Mas a economia em si de agricultores e congêneres obedecerá à lógica das redes, à semelhança daquilo que a Microsoft faz hoje. KELLY, Kevin. **Novas Regras para um Nova Economia: 10 estratégias radicais para um mundo interconectado**. Tradução: Lenke Peres. Rio de Janeiro: Objetiva. 1999. Título original: *New Rules for the New Economy*.

³⁶ ORTEGA Y GASSET, José. **Man the technician**. In: *History as a system*. New York. 1961; e ainda: ORTEGA Y GASSET, José. **Ensimismamiento y Alteración: meditación de la técnica**. Buenos Aires: Espasa Calpe. Original publicado em 1939.

inteira, deixando de ser atributo de centros econômicos e políticos hegemônicos”³⁷.

A tecnologia pode e deve ser utilizada em prol da humanidade. Cumprindo o papel de aproximação entre diferentes nações e proporcionando a troca de informações e experiências que venham a contribuir para um futuro mais equânime a todos. Identificar corretamente esses institutos premeditadamente é a tarefa inicial para posteriormente apontar o rumo a ser seguido.

2. A CIBERNÉTICA: UM CONCEITO POSSÍVEL

Outro termo corrente e frequentemente utilizado atualmente é a cibernética, a qual não raras oportunidades (erroneamente) é utilizada como sinônimo da tecnologia, assim como o fazem com a técnica e tantos outros termos ligados a essa ‘nova’ área de estudos³⁸.

O vocábulo remonta a Platão, pois etimologicamente a palavra tem origem na língua grega e Platão o definia como a arte do piloto de um navio, ou seja, a função de conduzir ou pilotar um navio foi a primeira concepção dada a cibernética por Platão³⁹. O significado e seu uso moderno surgiram e disseminaram-se entre 1932 a 1950, e, hodiernamente o termo já faz parte do vocabulário mundial⁴⁰.

Antes de propor um conceito de cibernética, Álvaro Vieira Pinto ressalva que ela, “não cria nenhuma força nova na natureza, não representa, por conseguinte, nenhum passo adiante no processo objetivo natural espontâneo”, identificando que ela se destina ao processo representado pela ação humana, no “segmento cultural”⁴¹.

Observa que é uma “nova ciência, nascida com a finalidade de englobar num procedimento metodológico unitário, os dispositivos autorreguladores encontrados nos seres vivos e nas

³⁷ PINTO, Álvaro Vieira. **O Conceito de Tecnologia**. Volume II. Rio de Janeiro: Contraponto. 2005, p. 793.

³⁸ Considerando o objeto do presente estudo, não será tratado de alguns termos que com frequência emergem nos discursos e discussões que envolvem as conjecturas sociais decorrentes da tecnologia, dentre os quais pode-se citar: telemática, robótica, virtual, automação, etc.

³⁹ Sobre esse levantamento histórico do termo ver: FRANK, Helmar G. **Cibernética e Filosofia**. Tradução de Celeste Aida Galeão. Rio de Janeiro: Editora Tempo Brasileiro, 1970, p. 24. Título original: *Kybernetik und Philosophie*; LOSANO, Mario Giuseppe. **Informática Jurídica**. Tradução Giacomina Faldini. São Paulo: Saraiva e Editora da Universidade de São Paulo, 1976;

⁴⁰ Sobre a origem e disseminação do termo Cibernética ver: DECHERT, Charles R. **O impacto Social da Cibernética**. Rio de Janeiro: Bloch. 1970; WIENER, Norbert. **Cibernética ou controle e comunicação no animal e na máquina**. Tradução de Gita K. Ghinzberg. São Paulo: Editora Polígono e Universidade de São Paulo, 1970. Título Original: *Cybernetics: or the Control and Communication in the Animal and the Machine*. Publicado em 1948; e ainda, BENNATON, Jocelyn. **O que é cibernética**. São Paulo: Editora Nova Cultural e Editora Brasiliense, 1986.

⁴¹ PINTO, Álvaro Vieira. **O conceito de Tecnologia**. Vol. II. Rio de Janeiro: Contraponto. 2005, p. 157.

máquinas”⁴².

Além dessa proposição inicial, Álvaro Vieira Pinto traz ainda diferentes definições que foram sendo construídas a partir das novas reflexões que passaram a distinguir a cibernética do maquinismo puro e simples conforme se observa nessa citação:

A evolução da cibernética, e primordialmente sua constituição em ciência teórica definida, indica um processo cultural, cuja base se encontra nas necessidades da produção humana. Não deve ser confundida com o simples incremento e a normal expansão do conhecimento nem com a melhora da técnica de construção autômatos artificiais, de remota memória, tornados agora objeto do setor “automática”⁴³.

Para Norbert Wiener, um dos principais teóricos da matéria, a definição da cibernética supera a primitiva concepção de automática, a partir da sua finalidade intrínseca do estudo do controle e da comunicação nas máquinas e nos seres vivos, resumindo-se na expressão: “a arte do comando” e ilustra⁴⁴:

A enciclopédia filosófica do Instituto de Filosofia da Academia de Ciências da URSS dá a seguinte definição, mais detalhada, porém de todo concorde com a precipitada: “Ciência relativa aos processos de direção nos sistemas dinâmicos complexos, baseada em fundamentos teóricos de matemática e lógica e também no emprego dos meios da automática, especialmente as máquinas eletrônicas calculadoras, as máquinas de controle e de informação lógica”⁴⁵.

Atualmente está ligada ao estudo da comunicação – tanto dos seres vivos como das máquinas⁴⁶ - e, considerando que não é novidade que o mundo atualmente vive uma era em que a comunicação em massa pode ser considerada a maior das armas disponíveis⁴⁷, o estudo e a

⁴² PINTO, Álvaro Vieira. **O conceito de Tecnologia**. Vol. II. Rio de Janeiro: Contraponto. 2005, p. 158.

⁴³ PINTO, Álvaro Vieira. **O conceito de Tecnologia**. Vol. II. Rio de Janeiro: Contraponto. 2005, p. 164.

⁴⁴ WIERNER, Norbert. **God e Golem Inc. a comment on certain points where cybernetics impinges on religion**. Cambridge: M.I.T. 1964, p. 08.

⁴⁵ PINTO, Álvaro Vieira. **O Conceito de tecnologia**. Vol. II. Rio de Janeiro: Contraponto. 2005, p. 164.

⁴⁶ No que tange a relação homem máquina, cabem diferenciar os termos automação e automatização, que com frequência são utilizados ao se falar em cibernética. Nesse sentido, Rose Marie Muraro alerta: “Muitos confundem automação com automatização. Mas a diferença entre ambos os conceitos é radical. A automatização é composta por conjuntos abertos de máquinas mecânicas, trabalhando baixas velocidades. A automação compõe-se de sistemas fechados de máquinas eletrônicas operando a velocidade instantâneas. O sistema fechado age com pouca ou nenhuma participação do homem. MURARO, Rose Marie. **A automação e o Futuro do Homem**. Rio de Janeiro: Vozes. 1968, p. 67.

⁴⁷ A esse respeito transcreve-se o pensamento de Gionanni Sartori que em sua obra “A Política” escrita em 1924, já previa: “A tecnologia da comunicação de massa implica “a vitória do canhão”. Durante toda a história houve uma luta entre arma e armadura, projétil e couraça, tanque e Linha Maginot. Durante milênios assistimos a uma alternância, ora prevalecendo o instrumento ofensivo, ora o defensivo. Hoje, parece claro que o canhão venceu, tanto na guerra (com a bomba atômica e as armas bacteriológicas) como na paz: a ofensiva das mensagens ultrapassa nossa capacidade de defesa. O homem nunca esteve tão exposto, tão vulnerável como atualmente, na sua condição de “animal mental”. Se usado até o fundo, o potencial da tecnologia de comunicação de massa é suficiente para esmagar nossos mecanismos de defesa mental. Quem sustenta o contrário não está vendo muito longe; sofre de miopia, de “visão paroquial”. Em todo o mundo “os consumidores” de mensagens podem defender-se com o desinteresse, “retroagindo” sobre o emissor; analogamente, o “mundo livre” estabelece um parâmetro, um ponto de referência para o mundo que não é livre. Nada disso impede, porém, que o potencial da tecnologia

compreensão desses mecanismos se mostra propedêutico para fomentar uma discussão do que é necessário para restabelecer e garantir direitos conquistados e assegurados pela humanidade e, que vem sendo solapados com as transformações atuais.

A cibernética, de acordo com Nicola Abbagnano⁴⁸, pode ser definida como “o estudo de “todas as máquinas possíveis”, independentemente do fato de que algumas delas tenham ou não sido produzidas pelo homem ou pela natureza”. Não só a forma da comunicação é tratada ou estudada pela cibernética, mas o fato de a máquina ou o ser, efetuar uma correção na comunicação, o chamado *feedback*⁴⁹ e explica:

[...] o esquema desse funcionamento pode ser percebido nas operações mais simples feitas por um ser humano. Se, ao ver um objeto em certa direção (ou seja, ao receber dele uma mensagem visual), eu estendo o braço para pegá-lo e erro a direção ou a distância, logo a informação desse erro retifica o movimento de meu braço e permite que eu o dirija exatamente para o objeto: tanto a operação quanto a correção da operação, neste caso, são guiadas por *mensagens*, ou seja, por informações recebidas ou transmitidas pelo sistema nervoso que dirige o movimento do braço⁵⁰.

É dessa ideia de transformar a informação em dados que possam atingir o objetivo corretamente que trata a Cibernética, ou seja, a teoria da informação é parte integrante ou está estreitamente a ela ligada.

Pierre de Latil, ao se referir a esse ramo, entende que nenhuma ciência se desenvolveu tão rápido quanto a cibernética. Em sua obra “O pensamento artificial: introdução à Cibernética”, publicado em 1953, ao dar uma ideia do que era a cibernética, do terreno que ela compreende, já antevia muitas das conquistas que ela proporcionaria ao homem⁵¹.

Embora possibilitasse muitas evoluções e conquista ao homem, o “Império Cibernético”,

da comunicação de massa sancione a vitória definitiva do canhão sobre a couraça”. SARTORI, Giovanni. **A Política: lógica e método nas ciências sociais**. Tradução de Sergio Bath. Brasília: Editora Universidade de Brasília. 2 ed. 1997, p. 250. Título original: La politica: logica e método in scienze social. Original escrito em 1924.

⁴⁸ ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. Tradução da primeira edição brasileira coordenada e revisada por Alfredo Bosi. Revisão da tradução e tradução dos novos textos Ivone Castilho Benedeti. 4 ed. São Paulo: Martins Fontes. 2000, p. 133. Título Original: Dizionario di filosofia.

⁴⁹ Conforme Rose Marie Muraro, “o princípio do *feedback* é o princípio de autocorreção nas máquinas, que lhes permite adaptarem-se continuamente a novos dados e a novas situações. Por ele, as máquinas são capazes de controlar as próprias operações, permitindo-lhes tomar muitas decisões sem a participação do homem. Grosseiramente, o *feedback* consiste em a máquina aproveitar um dado do elemento de saída e armazená-lo, com isto rearranjando os elementos anteriores em função do novo dado, tal como no ser humano. MURARO, Rose Marie. **A automação e o Futuro do Homem**. Rio de Janeiro: Vozes. 1968, p. 67-68.

⁵⁰ ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. Tradução da primeira edição brasileira coordenada e revisada por Alfredo Bosi. Revisão da tradução e tradução dos novos textos Ivone Castilho Benedeti. 4 ed. São Paulo: Martins Fontes. 2000, p. 133. Título Original: Dizionario di filosofia.

⁵¹ LATIL, Pierre de. **O pensamento artificial: Introdução a Cibernética**. Tradução de Jerônimo Monteiro. 2 ed. São Paulo: Ibrasa. 1968. Título Original: *Introduction à la Cybernétique. La Pensée Artificielle*. Original publicado em 1953.

como denomina Céline Lafontaine, identifica os alicerces desta ciência que foi considerada revolucionária em sua época nascedoura.

É, portanto a ciência da organização e auto-organização dos sistemas, que visa comparar os mecanismos de controle e regulação dos movimentos de informações utilizados pelos sistemas, a fim de verificar seus níveis entrópicos, evitando a desorganização entre os mesmos.

Está direcionada aos processos de controle de comunicação de animais, homens e máquinas, procurando identificar não só como as informações são processadas, mas em especial como podem ser controladas em diferentes sistemas, sejam eles vivos ou artificiais⁵².

A cibernética integralizou ainda alguns elementos característicos do behaviorismo⁵³, como monismo, positivismo e pragmatismo, ainda que e alguns de seus autores não reivindiquem ou se reportem a essa integração, algumas obras evidenciam a interrelação. Entretanto, posteriormente a noção de comportamento, própria do behaviorismo, tenha sido substituída pela da informação, aumentando o alcance em níveis universais, conforme observa Phillippe Breton⁵⁴.

Entendida como “verdadeira matriz da tecnociência”, a cibernética representa o início de uma nova era, ou como refere Céline Lafontaine, “o início de uma revolução epistemológica”, que

⁵² WIENER, Norbert. **Cibernética ou controle e comunicação no animal e na máquina**. Tradução de Gita K. Ghinzberg. São Paulo: Editora Polígono e Universidade de São Paulo, 1970. Título Original: *Cybernetics: or the Control and Communication in the Animal and the Machine*. Publicado em 1948.

⁵³ Behaviorismo, segundo definição encontrada no Dicionário de Filosofia de Nicola Abbagnano é a “corrente da psicologia contemporânea que tende a restringir a psicologia ao estudo do *comportamento* (v.), eliminando qualquer referência à “consciência”, ao “espírito” e, em geral, ao que não pode ser observado e descrito em termos objetivos. Pavlov pode ser considerado seu fundador, pois foi o autor da teoria dos reflexos condicionados e o primeiro a fazer pesquisas psicológicas que prescindam de qualquer referência ao “estados subjetivos” ou “estados interiores”. Em 1903, Pavlov perguntava: “para compreender os novos fenômenos, por acaso deveremos penetrar no *ser interior* do animal, imaginar ao nosso modo as sensações, os sentimentos e os desejos deles? Para o experimentador científico, parece-me que a resposta a essa última pergunta só pode ser um *não* categórico” (*Reflexos condicionados, 1950, p. 17*). No laboratório de Pavlov (como ele mesmo conta [...] foi proibido, até sob pena de multa, o uso de expressões psicológicas como “o cão adivinhava, queria, desejava, etc.”; e Pavlov não hesitava em definir como “desesperada”, do ponto de vista científico, a situação da psicologia como ciência dos estados subjetivos [...]. Todavia, o primeiro a enunciar claramente o programa do B. foi J. B. Watson em um livro intitulado *O comportamento*, [...]. foi Watson quem deu o nome de B. a essa escola e sua pretensão fundamental era limitar a pesquisa psicológica às reações objetivamente observáveis. A força do B. consiste precisamente na exigência metodológica que impôs: não é possível falar cientificamente daquilo que escapa a qualquer possibilidade de observação objetiva e de controle. O B. foi muitas vezes interpretado, pelos que o questionam, como a negação da “consciência”, do “espírito” ou dos “estados interiores”, etc. Na realidade ele é simplesmente a negação da *introspecção* como instrumento legítimo de investigação: negação que já fora feita por Comte [...]. Além disso, é o reconhecimento deliberado do comportamento como objeto próprio da indagação psicológica. Nas suas primeiras manifestações, o B. estava ligado à corrente mecanicista, para a qual o estímulo externo é a *causa* do comportamento, no sentido de torná-lo infalivelmente previsível; o próprio Pavlov ressaltava essa infalibilidade [...]. Mas esse pressuposto, de natureza ideológica, hoje foi abandonado pelo B. que permeou profundamente a indagação antropológica moderna”. ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. Tradução da primeira edição brasileira coordenada e revisada por Alfredo Bosi. Revisão da tradução e tradução dos novos textos Ivone Castilho Benedeti. 4 ed. São Paulo: Martins Fontes. 2000, p. 105. Título Original: *Dizionario di filosofia*.

⁵⁴ BRETON, Phillippe. **L’utopie de la communication**. Paris: La Découverte. 1995.

somente na atualidade se começa a perceber⁵⁵. Palavras que hoje tomam conta da linguagem corrente como *ciberespaço*, *ciberdemocracia*, *ciborgues*, entre tantos outros, tiveram sua origem nesta ciência, em que pese alguns a conceberem como um “excêntrico projeto de unificação dos conhecimentos em torno de alguns conceitos-chave: entropia, informação e retroação” ela representou e ainda representa uma nova fase de transformações que avançam em diferentes áreas da Sociedade⁵⁶.

Um processo irreversível e sem precedentes é o que se apresentou com o avanço das ciências e em especial o que veio com a cibernética. A compreensão do homem enquanto ser humano, que difere e muito da máquina – artificial –, é a tarefa que requer mais acuidade na busca da manutenção da vida no planeta e, sobretudo da recuperação dos recursos naturais para garantir essa sobrevivência de forma saudável e igualitária.

O uso da ciência, da tecnologia, da técnica, do conhecimento de modo geral, em prol de uma evolução sustentável, é o mote principal necessário e primordial que deveria guiar todos os vieses da evolução da humanidade. A cibernética enquanto ciência dedicada ao estudo e controle das comunicações e informações não só pode como deve auxiliar a humanidade na busca do equilíbrio necessário a manutenção da vida no planeta.

Enveredar por outros caminhos em nome, tão somente da continuidade da evolução tecnológica, adverte Céline Lafontaine, pode levar a completa destruição da espécie humana, relegando os limites e sua enorme fragilidade em nome do império. E finaliza sua obra convocando a todos para velar os valores, a herança da civilização que se precedeu, conservando “antes as bases fundamentais da mesma, para que possamos, ainda e sempre, continuar a ser humanos”⁵⁷.

3. A CIVILIZAÇÃO TECNOLÓGICA: UMA REALIDADE COMPLEXA

O desenvolvimento da técnica e por consequência o avanço da tecnologia⁵⁸, são

⁵⁵ LAFONTAINE, Céline. **O Império Cibernético**: Das Máquinas de Pensar ao Pensamento da Máquina. Tradução: Pedro Filipe Henriques. Lisboa: Piaget. 2007. Título Original: *L`empire cybernétique*. Original publicado em 2004, p. 21-26.

⁵⁶ LAFONTAINE, Céline. **O Império Cibernético**: Das Máquinas de Pensar ao Pensamento da Máquina. Tradução: Pedro Filipe Henriques. Lisboa: Piaget. 2007. Título Original: *L`empire cybernétique*. Original publicado em 2004.

⁵⁷ LAFONTAINE, Céline. **O Império Cibernético**: Das Máquinas de Pensar ao Pensamento da Máquina. Tradução: Pedro Filipe Henriques. Lisboa: Piaget. 2007. Título Original: *L`empire cybernétique*. Original publicado em 2004, p. 202.

⁵⁸ Avanço da tecnologia pode ser identificado como sinônimo de evolução da tecnologia. Nesse sentido a obra de George Basalla

características de uma era, a chamada civilização técnica ou também civilização tecnológica, ou ainda sociedade tecno-comunicacional, ou sociedade informacional⁵⁹, dentre outras nomenclaturas, que a atual sociedade integrada na comunicação em rede vem adquirindo^{60, 61}.

No mundo contemporâneo está intrínseca a tecnológica de modo incontestável. Sua importância, ou o fato de que ela nos importa de forma inevitável, afirma Alberto Cupani, “implica que todos somos levados a pensar, de modo mais ou menos sistemático e duradouro, sobre sua presença na nossa vida”⁶².

Para Albert Borgmann a tecnologia é um modo de vida próprio da Modernidade, este é o paradigma da modernidade, sendo o “evento de maiores consequências do período moderno”⁶³.

Longe de ser compreendida apenas como sinônimo da técnica, a tecnologia pressupõe conhecimento, poder, e especialmente um modo de pensar e agir.

Atualmente os avanços da tecnologia têm permitido a troca e a manipulação de informações que interferem de maneira geral todas as sociedades. De acordo com Alberto Cupani

“A Evolução da Tecnologia” que após traçar um paralelo entre a teoria darwiniana da origem das espécies e a teoria Marxista da origem da tecnologia, pondera acerca da necessidade e evolução dos artefatos que culminaram com a crescente e contínua evolução da tecnologia, identificando a diversidade dos artefatos como “uma manifestação material dos vários modos que os homens e as mulheres, através da história, escolheram definir e viver a sua existência” e pondera que “o conceito popular mas ilusório de progresso tecnológico deve ser abandonado. Em seu lugar, devíamos cultivar um gosto pela diversidade do mundo construído, pela fertilidade da imaginação tecnológica e pela grandeza e antiguidade da rede de artefactos relacionados.” BASALLA, George. **A Evolução da Tecnologia**. Tradução Sérgio Duarte da Silva. Porto Portugal: Porto Editora. 2001, p. 230. Título original: *The Evolution of Technology*. Original publicado em 1988.

⁵⁹ Esse termo é o utilizado por Willis Santiago Guerra Filho para definir a sociedade pós revolução industrial: “a sociedade pós-industrial, típica da pós-modernidade, seria então, denominada com maior propriedade, ‘sociedade informacional’”. GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Autopoiese do Direito na Sociedade Pós-moderna**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 1997, p. 22.

⁶⁰ Victor Drummond a esse respeito descreve: “A nova sociedade da informação seria uma congregação de tecnologias de tal modo relacionadas entre si que o mundo contemporâneo teria acesso a quantidades de informação sequer imaginado em outras épocas. É verdade. Nunca se viu um acesso tão grande, tão facilitado à informação como podemos observar na atualidade. Mas o que nos vai importar é que por si só este fato não é suficiente para nomear o novo paradigma das comunicações pelo epíteto de nova sociedade da informação e, sim, no máximo, de nova sociedade da comunicação.[...] preferimos denomina-la de sociedade tecno-comunicacional.” DRUMMOND, Victor. **Internet, Privacidade e dados pessoais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2003, p. 1.

⁶¹ Ainda sobre as novas gerações que surgiram, fruto da tecnologia destaca-se a divisão proposta por Don Tapscott que segundo ele, desde 1946 até o presente tem-se quatro diferentes gerações desde o final da segunda guerra (em especial nos Estados Unidos) e que vem direcionando até mesmo o número de habitantes do planeta. Para tanto apresenta dados estatísticos pertinentes a cada uma dessas gerações considerando a época em que viveram: “1. Geração Baby Boom. Janeiro de 1946 a dezembro de 1964 – 19 anos, produzindo 77,2 milhões de crianças ou 23% da população dos Estados Unidos. 2. Geração X. Janeiro de 1965 a dezembro de 1976 – 12 anos, produzindo 44,9 milhões de crianças ou 15% da população dos Estados Unidos. Também chamada de *Baby Bust*. 3. Geração Internet. Janeiro de 1977 a dezembro de 1997 – 21 anos, produzindo aproximadamente 81,1 milhões de crianças ou 27% da população dos Estados Unidos. Também chamada de Geração do Milênio ou Geração Y. 4. Geração Next. Janeiro de 1998 até o presente – dez anos, produzindo aproximadamente 40,1 milhões de crianças ou 13,4% da população dos Estados Unidos. Também chamada de Geração Z.” TAPSCOTT, Don. **A hora da geração digital: como jovens que cresceram usando a internet estão mudando tudo, das empresas aos governos**. Tradução Marcello Lino. Rio de Janeiro: Agis Negócios. 2010, p. 27. Título Original: *Grown Up Digital*.

⁶² CUPANI, Alberto. **Filosofia da Tecnologia**: um convite. 2 ed. Florianópolis: Ed. UFSC. 2013, p. 11.

⁶³ BORGMANN, Albert. **Technology and the character of contemporary life: a philosophical inquiry**. Chicago: The University of Chicago Press. 1984.

“a compreensão do mundo e dos seus aspectos, uma necessidade humana fundamental, transforma-se cada vez mais na busca de dados”, a citada busca de informações. Destaca ainda que o constante e vertiginoso desenvolvimento dos computadores é prova dessa maneira de entender “o que significa conhecer”⁶⁴.

Até mesmo a personalidade das pessoas está sofrendo a metamorfose da tecnologia, uma vez que o ser humano vive em um meio altamente tecnológico. O homem vem gradativamente se desvinculando do seu meio tradicional, estreitando os laços com o caráter abstrato e sistêmico da tecnologia, ainda que sequer perceba suas dependências e quais esses artefatos⁶⁵.

O impacto da tecnologia abrange as mais diferentes culturas, pois, “a tecnologia não se reduz a um produto do conhecimento científico (não é mera ciência aplicada), mas constitui um campo de saber específico”, afirma como frisa Alberto Cupani.

A máxima universal se tornou a eficiência, há uma clara valoração do artificial, além disso, a velocidade com que as informações transitam e se comunicam, a moral tradicional é substituída, tabus são destruídos, é a primazia da razão, daquilo que se pode explicar cientificamente sobrepondo a moral tradicional.

Na busca por uma preservação da vida no planeta, e utilizando-se da tecnologia em prol do bem estar da humanidade Regis de Moraes⁶⁶ propõem a luta pela “Civilização Promocional”, aquela em que “os notáveis poderes novos do *pensamento artificial* sejam devidamente valorizados sem que se perca a real consciência do valor e da dignidade da *inteligência natural criativa*”.

A tecnologia, antes pensada como pesadelo da modernidade, e não raras vezes retratada como um mal que colocaria toda humanidade a mercê dos poderosos, tem se mostrado mais acessível a todos e à disposição para a luta por um mundo melhor. Ao contrário do que escreveu George Orwell em seu “1984”⁶⁷, a tecnologia possibilitou que o “Big Brother” seja a própria população que tem a sua disposição meios para deflagrar os abusos dos poderosos e quiçá

⁶⁴ CUPANI, Alberto. **Filosofia da Tecnologia**: um convite. 2 ed. Florianópolis: Ed. UFSC. 2013, p. 192-193.

⁶⁵ LADRIÈRE, J. **Os desafios da racionalidade**: o desafio da ciência e da tecnologia às culturas. Petrópolis: Vozes. Tradução de Les Enjeux de la Racionalité. 1979, p. 41.

⁶⁶ MORAIS, João Francisco Regis de. **Filosofia da ciência e da tecnologia**: introdução metodológica e crítica. 5 ed. Campinas: Papirus. 1988, p. 153.

⁶⁷ ORWELL, George. **1984**. 1949. Título Original: Nineteen Eighty-Four.

desmantelar a teia da conspiração e corrupção⁶⁸.

René Armand Dreifuss⁶⁹ já em 1996 descrevia essas novas nuances da Sociedade Pós-Moderna, destacando as questões que passaram a interferir diretamente, desde a formação das nações, sua administração, espaço físico até mesmo na concepção e compreensão dos limites do Estado e relata:

ao mesmo tempo se concretizam novas tecnologias de infocomunicação, que viabilizam poderes imateriais e desterritorializados – estruturando-se em torno de uma “net-polis”, que comporta “ciber-organizações” e “cibercratas” – e dimensionam novas referências e formas do que seja “particular” e “geral” na era digital.

Tudo indica que tem início um constante enfrentamento entre a *desconstrução* e reconstrução de estruturas e práticas políticas, de instituições e sistemas, na procura de novas referências. O debate passa a girar em torno da validade das próprias estruturas societárias, políticas e institucionais, incluindo princípios de legitimação (tanto gerados pelas ordens internas quanto os de mudança social e política) e princípios de existência, que contra eles se rebelam em nome da liberdade e da realização humana, a serem discernidos, definidos e implementados⁷⁰.

A civilização tecnológica que emergiu a partir do século XX cresce vertiginosamente e se constitui numa nova estrutura social, definida por Manuel Castells⁷¹ como “a nova sociedade em rede”⁷², sociedade em que não se veem limites nas fronteiras estatais, compondo um sistema global, renunciando uma nova forma de globalização⁷³.

⁶⁸ A esse propósito ver a obra de ROSA, Mario. **A reputação na velocidade do pensamento**. São Paulo: Geração Editorial. 2006.

⁶⁹ DREIFUSS, René Armand. **A época das perplexidades: mundialização, globalização e planetarização: novos desafios**. Petrópolis/RJ: Vozes. 1996, p. 321-340.

⁷⁰ DREIFUSS, René Armand. **A época das perplexidades: mundialização, globalização e planetarização: novos desafios**. Petrópolis/RJ: Vozes. 1996, p. 331/337.

⁷¹ CASTELLS, Manuel. **A Era da Informação: Economia, Sociedade e Cultura**. Vol. I. **Sociedade em Rede**. 15ª impressão. 6 ed. Tradução Roneide Venancio Majer. São Paulo: Paz e Terra. 2012. Título Original: Rise of the Network Society: The Information Age. Original escrito em 1942.

⁷² Manuel Castells, define rede como forma de organização e prática social compartilhada entre as pessoas. Essas novas organizações sociais são compartilhadas pelas pessoas que de identificam muitas vezes por pontos incomuns ou controvertidos, deturpando e colocando em risco os benefícios que a tecnologia poderia redundar. Nesse sentido observa Manuela Castells: “Simultaneamente, as atividades criminosas ao estilo da máfia de todo o mundo também se tornaram globais e informacionais, propiciando os meios para o encorajamento de hiperatividade mental e desejo proibido, juntamente com toda e qualquer forma de negócio ilícito procurado por nossas sociedades, de armas sofisticadas à carne humana. Além disso, um novo sistema de comunicação que fala cada vez mais uma língua universal digital tanto está promovendo a integração global da produção e distribuição de palavras, sons e imagens de nossa cultura como personalizando-os ao gosto das identidades e humores dos indivíduos. As redes interativas de computadores estão crescendo exponencialmente, criando novas formas e canais de comunicação, moldando a vida e, ao mesmo tempo, sendo moldadas por ela.” CASTELLS, Manuel. **A Era da Informação: Economia, Sociedade e Cultura**. Vol. I. **Sociedade em Rede**. 15ª impressão. 6 ed. Tradução Roneide Venancio Majer. São Paulo: Paz e Terra. 2012, p. 40. Título Original: Rise of the Network Society: The Information Age. Original escrito em 1942.

⁷³ A esse propósito ver a obra de ROSA, Mario. **A reputação na velocidade do pensamento**. São Paulo: Geração Editorial. 2006.

As redes constituem “a nova morfologia social de nossas sociedades e a difusão da lógica de redes modifica de forma substancial a operação e os resultados dos processos produtivos e de experiência, poder e cultura”, em suma pode-se afirmar, segundo Manuel Castells, que a presença ou não das redes na sociedade é fonte crucial de dominação e transformação⁷⁴.

A economia da atual sociedade tecnológica está organizada em torno de redes, afirma o autor, “redes globais de capital, gerenciamento e informação cujo acesso a know-how tecnológico é importantíssimo para a produtividade e competitividade”. Não há mais como conceber uma sociedade alheia a essa nova realidade, além disso, esses novos ambientes de redes globais, não comprometem o capitalismo, pelo contrário, proporcionam um desenvolvimento e crescimento do capitalismo, em que pese sob nova roupagem, o que Manuel Castells define como capitalismo informacional^{75, 76}.

Essa nova realidade social, promulgada pelo avanço da tecnologia, o crescimento e controle das informações, a conectividade social, por meio das redes, passa a determinar uma nova era, uma transformação qualitativa da experiência humana que passa a ter papel preponderante nas formas de organização dos Estados/Nação.

Manuel Castells⁷⁷ afirma:

A construção social das novas formas dominantes de espaço e tempo desenvolve uma meta-rede que ignora as funções não essenciais os grupos sociais subordinados e os territórios desvalorizados. Com isso, gera-se uma distancia social infinita entre essa metarrede e a maioria das pessoas,

⁷⁴ CASTELLS, Manuel. **A Era da Informação: Economia, Sociedade e Cultura**. Vol. I. **Sociedade em Rede**. 15ª impressão. 6 ed. Tradução Roneide Venancio Majer. São Paulo: Paz e Terra. 2012, p, 565. Título Original: Rise of the Network Society: The Information Age. Original escrito em 1942.

⁷⁵ CASTELLS, Manuel. **A Era da Informação: Economia, Sociedade e Cultura**. Vol. I. **Sociedade em Rede**. 15ª impressão. 6 ed. Tradução Roneide Venancio Majer. São Paulo: Paz e Terra. 2012. Título Original: Rise of the Network Society: The Information Age. Original escrito em 1942.

⁷⁶ Capitalismo Informacional é entendido como uma interação dialética entre tecnologia e sociedade, a partir da qual a sociedade necessita da tecnologia e vice versa, em que pese uma não ser determinante da outra. O Estado, por sua vez, é preponderante na tarefa de promulgar ou estancar a evolução tecnológica, ainda que igualmente não possa determiná-la. Sugere uma reestruturação do capitalismo a partir de suas bases epistemológicas (modos de produção e de desenvolvimento) nestes compreendidos, capitalismo e estado de um lado e de outro, as formas de desenvolvimento, industrial, agrário e informacional. Propõem um rejuvenescimento do capitalismo tendo como premissa lógica o informacionalismo, que, segundo o autor é diferente de informação, a qual compreende uma necessidade das sociedades, enquanto que informacional é um atributo de uma organização social. Assim afirma o autor: “Na essência, o capital é global. Via de regra, o trabalho é local. O informacionalismo, em sua realidade histórica, leva à concentração e globalização do capital exatamente pelo emprego do poder descentralizador das redes. [...] Nas condições da sociedade em rede, o capital é coordenado globalmente o trabalho é individualizado.” CASTELLS, Manuel. **A Era da Informação: Economia, Sociedade e Cultura**. Vol. I. **Sociedade em Rede**. 15ª impressão. 6 ed. Tradução Roneide Venancio Majer. São Paulo: Paz e Terra. 2012, p. 565-572. Título Original: Rise of the Network Society: The Information Age.

⁷⁷ CASTELLS, Manuel. **A Era da Informação: Economia, Sociedade e Cultura**. Vol. I. **Sociedade em Rede**. 15ª impressão. 6 ed. Tradução Roneide Venancio Majer. São Paulo: Paz e Terra. 2012, p. 573. Título Original: Rise of the Network Society: The Information Age.

atividades e locais do mundo. Não que as pessoas, locais e atividades desapareçam. Mas seu sentido estrutural deixa de existir, incluído na lógica invisível da metarrede em que se produz valor, criam-se códigos culturais e decide-se o poder. Cada vez mais, a nova ordem social, a sociedade em rede, parece uma meta-desordem social para a maior parte das pessoas. Ou seja, uma sequência automática e aleatória de eventos, derivada da lógica incontrolável dos mercados, tecnologia, ordem geográfica ou determinação biológica.

[...]

É o começo de uma nova existência e, sem dúvida, o início de uma nova era, a era da informação, marcada pela autonomia da cultura vis a vis as bases materiais de nossa existência .

E o autor ainda finaliza seu pensamento alertando que, embora os prognósticos sejam otimistas, não necessariamente a realidade seja de fato animadora, pois “finalmente sozinhos em nosso mundo de humanos, teremos de olhar-nos no espelho da realidade histórica. E talvez não gostemos da imagem refletida”⁷⁸.

O avanço da tecnologia fez emergir essa nova sociedade. Sem limites territoriais de fronteiras estatais, sem limites políticos, ideológicos, religiosos, de raças, idade⁷⁹ ou sexo, ou seja, a civilização tecnológica se mostra como uma organização em que as palavras são expressadas e replicadas numa velocidade extraordinária a todos os recantos do planeta, sem que a visão do emissor possa causar qualquer ruído e/ou transmudar o sentido que se propunha atingir no receptor da mensagem.

Identificados apenas por pensamentos comuns, estruturados em uma posição “*bipolar entre a Rede e o Ser*” numa patente condição de “*esquizofrenia estrutural*” (expressões retiradas da obra de Manuel Castells⁸⁰), a sociedade tecnológica está crescendo a olhos vistos, tomando conta dos recantos mais distantes do planeta.

Conscientizar ou reverter o uso das redes em prol de uma sociedade mais justa, igualitária social e economicamente, preservando e recuperando os recursos naturais do planeta é o objetivo que permeia todos os estudos e discursos modernos e pós-modernos, a exemplo de Arnold

⁷⁸ CASTELLS, Manuel. **A Era da Informação: Economia, Sociedade e Cultura**. Vol. I. **Sociedade em Rede**. 15ª impressão. 6 ed. Tradução Roneide Venancio Majer. São Paulo: Paz e Terra. 2012, p. 574. Título Original: Rise of the Network Society: The Information Age.

⁷⁹ Conforme a obra de Don Tapscott, a nova geração de jovens, a chamada geração digital está mais engajada na política e na comunidade graças a internet. Cada vez mais se verifica a participação de jovens em discussões políticas. Isso ocorreu graças aos avanços da tecnologia. TAPSCOTT, Don. **A hora da geração digital: como jovens que cresceram usando a internet estão mudando tudo, das empresas aos governos**. Tradução Marcello Lino. Rio de Janeiro: Agis Negócios. 2010. Título Original: Grown Up Digital.

⁸⁰ CASTELLS, Manuel. **A Era da Informação: Economia, Sociedade e Cultura**. Vol. I. **Sociedade em Rede**. 15ª impressão. 6 ed. Tradução Roneide Venancio Majer. São Paulo: Paz e Terra. 2012. Título Original: Rise of the Network Society: The Information Age.

Toinbee⁸¹ ainda no ano de 1966 e 1971 já antevia os malefícios do avanço da tecnologia⁸², até os mais recentes com Manuel Castells, que entendem a tecnologia como solução para o planeta desde que canalizada para este fim.

A emergência de soluções por um planeta mais saudável e mais justo já contaminou a todos indistintamente e é nesse norte que necessitam-se discussões e pesquisas para contribuir com o debate.

O avanço da tecnologia que propiciou o surgimento e desenvolvimento dessa nova civilização, também contribuiu para o esmaecimento do Estado, da soberania, e dos paradigmas modernos. A partir dessa crise, após a identificação não só dos fatores que convergiram para esse resultado, mas também dos novos paradigmas que surgem, quiçá será possível discutir as mudanças necessárias para a reconstrução e reorganização da Sociedade em níveis mundiais.

As atuais formações estatais passam por crises, a soberania está esmaecida, a democracia não atende mais aos anseios de representatividade. O capitalismo cresce a olhos vistos, assim como as desigualdades sociais. A fome e a miséria se tornam cada vez maiores, e maiores são as áreas de degradação ambiental. Numa sociedade criativa e tecnologicamente evoluída, não se pode admitir não encontrar meios para equilibrar tantos desequilíbrios. As ferramentas estão disponíveis, entretanto a força estatal não está conseguindo encontrar o mote necessário para alavancar esse processo.

A sociedade atual vive múltiplas realidades interconectadas, e repensar antigas e consagradas instituições é propedêutico para garantir a sobrevivência no planeta, pois a evolução e crescimento são inevitáveis⁸³.

⁸¹ Arnold Toinbee em 1971 assim já lecionava em relação a sociedade tecnológica e o futuro da humanidade: “O próximo século terá a mão os instrumentos de sua salvação integral ou de sua perdição irremissível: no entanto, há sinais de que, nessa encruzilhada vital, uma civilização integrada (não uniforme) construa o seu caminho de paz, o caminho de uma civilização mundial pacífica, com a superação da destruição e da morte como seu sistema de afirmação.” TOINBEE, Arnold. **A Sociedade do Futuro**. Tradução de Celina Whately. 3 ed. Rio de Janeiro: Zahar Editores. 1976. Título original: *Surviving the Future*. Original publicado em 1971; TOINBEE, Arnold. **O desafio do Nosso Tempo**. 2 ed. Tradução de Edmond Jorge. Rio de Janeiro: Zahar Editores. 1975. Título Original: *Change and Habit – The Challenge of Our Time*. Original publicado em 1966.

⁸² Sobre o pensamento radicalmente contra a tecnologia dentre outros ver: MARCUSE, Herbert. **A ideologia da sociedade industrial: o homem unidimensional**. Tradução Giasone Rebuá. 5 ed. Rio de Janeiro: Zahar. 1979; MARCUSE, Herbert. **Razão e revolução**. Tradução Marília Barroso. Rio de Janeiro: Paz e Terra. 2 ed. 1978.

⁸³ LASZLO, Ervin. **Um salto quântico no cérebro global: como o novo paradigma científico pode mudar a nós e o nosso mundo**. Tradução de: Newton Roberval Eicheberg. São Paulo: Cultrix, 2012. p. 11.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A evolução da Sociedade como um todo é um processo sem volta, assim como a continuidade e necessidade de evolução tecnológicos também o são.

Atualmente não há como exterminar a tecnologia da vida das pessoas, entretanto, caminhos para encontrar a recuperação do planeta e que possibilitem um desenvolvimento e crescimento igualitários entre as diferentes nações do mundo, deveria ser a premissa de todos. É através da tecnologia que poderemos reverter injustiças e desenvolver técnicas que possibilitem a recuperação dos recursos naturais e que permitam facilitar o acesso de todos aos mais diferentes recursos e produtos diminuindo assim, cada vez mais, as diferenças sociais existentes.

A nova civilização tecnológica constantemente conectada dispõe das ferramentas necessárias para unir as pessoas em prol do bem comum. Somente através de ações conjuntas e interligadas poderá se atingir esses objetivos e proporcionar as mudanças positivas emergentes na atual conjectura que se vive.

De conseguinte, a reflexão proposta no presente trabalho, tem por objetivo evidenciar a necessidade de repensar na produção do direito, especialmente no que tange a tecnologia no sentido de assegurar e proporcionar a sobrevivência de todos no planeta, diminuindo as desigualdades e permitindo o crescimento e evolução de todos indiscriminadamente, e, que garanta às presentes e futuras gerações a existência de um planeta seguro, cujo bem-estar depende do equilíbrio do ecossistema que o acolhe.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. Tradução da primeira edição brasileira coordenada e revisada por Alfredo Bosi. Revisão da tradução e tradução dos novos textos Ivone Castilho Benedeti. 4 ed. São Paulo: Martins Fontes. 2000. Título Original: Dizionario di filosofia.

ARISTÓTELES, **Metafísica**. Livro I. Tradução portuguesa de Vincenzo Cocco. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

BASALLA, George. **A Evolução da Tecnologia**. Tradução Sérgio Duarte da Silva. Porto Portugal: Porto Editora. 2001. Titulo original: The Evolution of Tecnology. Original publicado em 1988.

BENNATON, Jocelyn. **O que é cibernética**. São Paulo: Editora Nova Cultural e Editora Brasiliense,

1986.

BOBBIO, Norberto. **Dicionário de Política**. Vol. 1. 12 ed. Tradução Carmen C. Varriale; Gaetano Lo Mònaco; João Ferreira; Luis Guerreiro Pinto Cascais e Renzo Dini. 2004. Título Original: Dizionario di politica.

BORGMANN, Albert. **Technology and the character of contemporary life: a philosophical inquiry**. Chicago: The University of Chicago Press. 1984.

BRETON, Phillipe. **L'utopie de la communication**. Paris: La Découverte. 1995.

CASTELLS, Manuel. **A Era da Informação: Economia, Sociedade e Cultura**. Vol. I. **Sociedade em Rede**. 15ª impressão. 6 ed. Tradução Roneide Venancio Majer. São Paulo: Paz e Terra. 2012. Título Original: Rise of the Network Society: The Information Age. Original escrito em 1942.

CUPANI, Alberto. **Filosofia da Tecnologia: um convite**. 2 ed. Florianópolis: Ed. UFSC. 2013.

DECHERT, Charles R. **O impacto Social da Cibernética**. Rio de Janeiro: Bloch. 1970.

DREIFUSS, René Armand. **A época das perplexidades: mundialização, globalização e planetarização: novos desafios**. Petrópolis/RJ: Vozes. 1996.

DRUMMOND, Víctor. **Internet, Privacidade e dados pessoais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2003.

DUSEK, Val. **Filosofia da Tecnologia**. Tradução Luis Carlos Borges. São Paulo: Loyola. 2009. Título Original: Philosophy of Technology – an introduction.

ELLUL, Jacques. **The Technological Society**. With an introduction by Robert K. Merton. A penetrating analysis of four technical civilization and of the effect of an increasingly standardized culture in the future of man. New York: Vintage. 1964.

FRANK, Helmar G. **Cibernética e Filosofia**. Tradução de Celeste Aida Galeão. Rio de Janeiro: Editora Tempo Brasileiro, 1970, p. 24. Título original: Kybernetik und Philosophie.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Autopoiese do Direito na Sociedade Pós-moderna**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 1997.

HEIDEGGER, Martin. **The question concerning technology**. Em The question concerning technology and other essays. Tradução W. Lovitt. Nova York, Harper & Row. 1977.

KANT, Immanuel. **Crítica da Faculdade do Juízo**. Trad. Valerio Rohden e António Marques. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2012.

KELLY, Kevin. **Novas Regras para um Nova Economia:** 10 estratégias radicais para um mundo interconectado. Tradução: Lenke Peres. Rio de Janeiro: Objetiva. 1999. Título original: *New Rules for the New Economy*.

KELLY, Kevin. **Para onde nos leva a tecnologia.** Tradução de Francisco Araújo Costa. Porto Alegre: Bookman. 2012. Título Original: *What Technology Wants*.

LADRIÈRE, J. **Os desafios da racionalidade:** o desafio da ciência e da tecnologia às culturas. Petrópolis: Vozes. Tradução de Les Enjeux de la Racionalité. 1979.

LAFONTAINE, Céline. **O Império Cibernético:** Das Máquinas de Pensar ao Pensamento da Máquina. Tradução: Pedro Filipe Henriques. Lisboa: Piaget. 2007. Título Original: *L'empire cybernétique*. Original publicado em 2004.

LASZLO, Ervin. **Um salto quântico no cérebro global:** como o novo paradigma científico pode mudar a nós e o nosso mundo. Tradução de: Newton Roberval Eichenberg. São Paulo: Cultrix, 2012.

LATIL, Pierre de. **O pensamento artificial: Introdução a Cibernética.** Tradução de Jerônimo Monteiro. 2 ed. São Paulo: Ibrasa. 1968. Título Original: *Introduction à la Cybernétique. La Pensée Artificielle*. Original publicado em 1953.

LEVY, Pierre. **As Tecnologias da Inteligência:** o futuro do pensamento na era da informática. Tradução: Carlos Irineu da Costa. São Paulo: Ed. 34. 1993. Título Original: *Les Technologies de l'intelligence*.

LEVY, Pierre. **Cibercultura.** Tradução: Carlos Irineu da Costa. São Paulo: Ed. 34. 1999. Título Original: *Cyberculture*. Publicado em 1997.

LEVY, Pierre. **O que é virtual.** Tradução: Paulo Neves. São Paulo: Ed. 34. 1996. Título Original: *Qu'est-ce que le virtuel?*

LOSANO, Mario Giuseppe. **Informática Jurídica.** Tradução Giacomina Faldini. São Paulo: Saraiva e Editora da Universidade de São Paulo, 1976.

MARCUSE, Herbert. **A ideologia da sociedade industrial:** o homem unidimensional. Tradução Giasone Rebuá. 5 ed. Rio de Janeiro: Zahar. 1979; MARCUSE, Herbert. **Razão e revolução.** Tradução Marília Barroso. Rio de Janeiro: Paz e Terra. 2 ed. 1978.

MORAIS, João Francisco Regis de. **Filosofia da ciência e da tecnologia**: introdução metodológica e crítica. 5 ed. Campinas: Papirus. 1988.

MURARO, Rose Marie. **A automação e o Futuro do Homem**. Rio de Janeiro: Vozes. 1968.

NAISBITT, John; ABURDENE, Patrícia. **Megatrends 2000**: Dez novas tendências de transformação da sociedade nos anos 90. São Paulo: Amana-Key, 1990. Título Original: Megatrends 2000.

_____, John. **High tech – High touch**: a tecnologia e a nossa busca por significado. Tradução: Newton Roberval Eichemberg. São Paulo: Cultrix. 2005.

_____, John. **Megatendências, Asia**: oito megatendências asiáticas que estão transformando o mundo. Tradução: Ivo Korytowski. Rio de Janeiro: Campus. 1997.

_____, John. **Paradoxo Global**: quanto maior a economia mundial, mais poderosos são os seus protagonistas menores: nações, empresas e indivíduos. Tradução Ivo Korytowski. Rio de Janeiro: Campus. 1994; Título Original: Original Paradox.

ORTEGA Y GASSET, José. **Ensimismamiento y Alteración: meditación de la técnica**. Buenos Aires: Espasa Calpe. Original publicado em 1939.

_____, José. **Man the technician**. In: History as a system. New York. 1961.

ORWELL, George. **1984**. 1949. Título Original: Nineteen Eighty-Four.

PINTO, Álvaro Vieira. **O conceito de tecnologia**. Volume I. Rio de Janeiro: Contraponto. 2005.

PINTO, Álvaro Vieira. **O Conceito de Tecnologia**. Volume II. Rio de Janeiro: Contraponto. 2005.

ROSA, Mario. **A reputação na velocidade do pensamento**. São Paulo: Geração Editorial. 2006.

SARTORI, Giovanni. **A Política: lógica e método nas ciências sociais**. Tradução de Sergio Bath. Brasília: Editora Universidade de Brasília. 2 ed. 1997. Título original: La politica: logica e método in scienze social. Original escrito em 1924.

TAPSCOTT, Don. **A hora da geração digital**: como jovens que cresceram usando a internet estão mudando tudo, das empresas aos governos. Tradução Marcello Lino. Rio de Janeiro: Agis Negócios. 2010. Título Original: Grown Up Digital.

TOFFLER, Alvin. **A Terceira Onda**. Tradução João Távora. Rio de Janeiro: Record. 11 ed. 1980. Título Original: *The Third Wave*.

_____, Alvin. **O Choque do Futuro**. Tradução: Marco Aurélio de Moura Bastos. Rio de Janeiro: Artenova. 1973. Título original: Future Shock.

_____, Alvin. **Previsões e Premissas**: uma entrevista com o Autor de Choque do Futuro e A terceira onda. Tradução: Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Record. 1983. Título Original: *Previews & Premises*.

TOINBEE, Arnold. **A Sociedade do Futuro**. Tradução de Celina Whately. 3 ed. Rio de Janeiro: Zahar Editores. 1976. Título original: Surviving the Future. Original publicado em 1971.

_____, Arnold. **O desafio do Nosso Tempo**. 2 ed. Tradução de Edmond Jorge. Rio de Janeiro: Zahar Editores. 1975. Titulo Original: Change and Habit – The Challenge of Our Time. Original publicado em 1966.

VARGAS, Milton. **Para uma Filosofia da Tecnologia**. São Paulo: Alfa Omega. 1994

WIENER, Norbert. **Cibernética ou controle e comunicação no animal e na máquina**. Tradução de Gita K. Ghinzberg. São Paulo: Editora Polígono e Universidade de São Paulo, 1970. Titulo Original: *Cybernetics: or the Control and Communication in the Animal and the Machine*. Publicado em 1948.

WIERNER, Norbert. **God e Golem Inc. a comment on certain points where cybernetics impinges on religion**. Cambridge: M.I.T. 1964.

CAPITALISMO E A CRÍTICA DE NOAM CHOMSKY

Jaqueline Moretti Quintero¹

INTRODUÇÃO

A política econômica atual, seguidora das regras impositivas americanas, vem atingindo, cada vez mais, no modo e qualidade de vida do homem, seja pela mudança no modelo de consumo que se desenvolveu ou pelas interferências diretas na intervenção, através de seu poderio militar, para justificar interesses de grupos econômicos.

As guerras observadas no oriente e o aumento crescente da moeda americana, são sinais da necessidade de criação de novas medidas e regras políticas e econômicas que possam efetivamente garantir e manter as liberdades individuais, aprofundando o direito do homem às suas necessidades mais prementes. Torna-se importante uma nova discussão sobre a forma de criação de regras, para que os Organismos Internacionais adquiram legitimidade para interferir nas comunidades mundiais, com o intuito de proteger as nações e seus povos das contendas econômicas que manipulam a forma de vida e de consumo de seus povos.

1. BREVES APONTAMOS HISTÓRICOS SOBRE O CAPITALISMO

O império do capital e o capitalismo de forma geral utilizam sua força de dominação através de seus modos econômicos de articulação, seja através da manipulação de dívidas comerciais, seja através da política econômica exercida pelo Estado condutor do processo de negociação entre Estados.

Alguns problemas associados à globalização como a injustiça social e a degradação ecológica, estão diretamente ligados ao capitalismo porque, independentemente de sua amplitude, este movido pela concorrência, pela maximização dos lucros e pela acumulação². Mesmo sem a identificação precisa da procedência do capital, pois na atualidade ele pode estar

¹ Aluna do Curso de Doutorado em Ciência Jurídica – CDCJ/PPCJ da UNIVALI; Linha de Pesquisa: Estado, Transnacionalidade e Sustentabilidade. E-mail: jaquemoretti@hotmail.com.

² WOOD, Ellen Meiksins. **O Império do Capital**. Tradução: Paulo Cezar Castanheira. São Paulo:Boitempo, 2014. p. 15.

concentrado em qualquer parte do planeta, estando além das fronteiras nacionais, o Estado nação está se afastando paulatinamente de seu poder de dominação político sobre o comércio internacional, permitindo que o poder econômico estabeleça suas próprias regras e atravesse as fronteiras territoriais sem problemas jurídico-políticos de maior magnitude.

A propriedade privada talvez tenha sido a primeira forma de vinculação do poder econômico fora do domínio Estatal, como observa Ellen Meiksins Wood: “Ao contrário de outros estados imperiais, cujo poder tendia a impedir o desenvolvimento da propriedade privada, o Império romano consolidou a regra da propriedade como local alternativo de poder que não o Estado.”³

O desenvolvimento do império, nos primeiros séculos, já utilizava do poderio militar para a obtenção de terra e para a delimitação das rotas conquistadas, determinando a formação dos espaços territoriais conquistados e que serviriam de base para seu comércio e exploração de recursos.

A partir dessa delimitação de base territorial, poderiam ser traçadas novas rotas, utilizando-se do poderio e instrumentos de navegação, para atingir e explorar espaços, fossem por terra ou mar, que não estavam sendo explorados por outros Estados, permitindo assim um crescimento desmedido e sem regras específicas para cada Estado, impulsionando à determinação da delimitação dos Espaços territoriais e de suas funções para seu Império e seus cidadãos. Deve-se observar ainda, que a geração de riquezas estava ainda atrelada a obtenção de impostos com a criação dos lotes e a utilização da locação de terras para outrem, como forma de ganhos tanto pelo privado quanto pelo público. Como bem classifica Emery Kay Hunt⁴ “Diferente do que acontece com alguns animais que vivem em um meio natural facilmente adaptável às suas necessidades de sobrevivência, os seres humanos, em geral, não conseguem sobreviver sem se esforçar para transformar o ambiente natural de uma forma que lhes seja mais conveniente.”

Tantos ganhos de terras e utilização de recursos naturais movimentou o comércio internacional e a força extra econômica dos Estados, como aponta Ellen Meiksins Wood: “Ainda assim, durante muito tempo existiram impérios cujo objetivo principal era não a apropriação de

³ WOOD, Ellen Meiksins. **O Império do Capital**. p. 23.

⁴ HUNT, Emery Kay. **História do pensamento econômico: uma perspectiva crítica**. Tradução de José Ricardo Brandão Azevedo e Maria José Cyhlar Monteiro. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 46.

território, a colonização ou a extração de recursos, mas a dominação do comércio internacional.”⁵

O domínio das cidades-Estados não estava diretamente ligado as suas redes comerciais mas, da qualidade dos produtos que desenvolviam como também as vantagens econômicas atribuídas a esses produtos, permitindo uma margem de negociação mais ampla e eficaz com relação a seus concorrentes. Além disso, contavam com sua força militar para ampliar sua capacidade de distribuição de mercadorias e conquistas de terras possuidoras de recursos para exploração e fabricação de bens.

Conforme observou Adam Smith⁶: “O trabalho era o primeiro preço, o dinheiro da compra inicial que era pago por todas as coisas. Não foi com o ouro nem com a prata, mas com o trabalho, que toda a riqueza do mundo foi inicialmente comprada.”

Numa época em que o comércio se desenvolvia e avançava nos países e entre eles, e o uso da moeda se crescia, promovido pela descoberta de ouro nas Américas, surge a ideia de que a riqueza de uma nação estava diretamente ligada à quantidade de ouro e prata de que fosse possuidor. Conseguindo realizar mais exportação do que importação, seu saldo seria positivo de metais preciosos e, assim, haveria mais disponibilidade de dinheiro. O comércio era considerado como a fonte do aumento da riqueza.⁷

Conforme os estudos desenvolvidos por Emery Kay Hunt⁸ a filosofia do individualismo, que alicerçava as ideias dos capitalistas sobre a natureza humana e sua busca pela libertação das grandes restrições econômicas, serviu como base do liberalismo clássico. Os novos capitalistas da classe média queriam libertar-se não somente das restrições econômicas, que travancavam o desenvolvimento da produção e de seu comércio, mas a objeção e conseqüente submissão, advindos dos preceitos da Igreja Católica com relação às motivações dessa classe em ascensão na Idade Média.

No século XVII, Hugo Grócio⁹ na Holanda, constrói uma teoria política sobre o princípio de

⁵ WOOD, Ellen Meiksins. **O Império do Capital**. p. 34.

⁶ SMITH, Adam. **A riqueza das nações** – investigação sobre sua natureza e suas causas. São Paulo: Abril Cultural, 1996. p. 30.

⁷ CECHIN, Andrei. **A natureza como limite da economia**: a contribuição de Nicholas Georgescu-Roegen. São Paulo: Editora Senac Sao Paulo/Edusp, 2010. p. 27.

⁸ HUNT, Emery Kay. **História do pensamento econômico**: uma perspectiva crítica. p. 27.

⁹⁹ Hugo Grócio (1583-1645 – Países Baixos). Foi jurista e conselheiro real na República dos Países Baixos, no início do século XVII. Contribuiu para os fundamentos do Direito Internacional e para a Teoria do Direito Natural.

que a autopreservação é a primeira e mais fundamental lei da natureza¹⁰, definindo que indivíduos e Estado têm permissão para adquirir para si as coisas que consideram úteis para a vida. “A noção de algum tipo de sociedade internacional unida por certas regras comuns é vista como uma de suas maiores contribuições para o direito internacional.”¹¹

O desenvolvimento do império e sua forma de dominação fosse pelo poderio militar, econômico ou político, através da colonização e exploração de recursos, permitiu a construção do capitalismo e seu desenvolvimento da forma como o conhecemos hoje:

O atual poder hegemônico pôde crescentemente desde o final da Segunda Guerra Mundial e sem dúvida a partir do colapso do comunismo, ditar suas condições ao mundo, não sem coerção militar, mas certamente sem controle colonial direto. E descobriu várias maneiras de impor seus imperativos econômicos a Estados claramente independentes.¹²

O objetivo principal do capitalismo foi e é a obtenção do lucro através da expansão de riquezas e desenvolvimento de atividades além de um único território de exploração, permitindo alcançar novos meios de exploração e impeditivos para que outros concorrentes pudessem crescer e desenvolver em seu meio de comercialização de produtos e serviços. Diversas técnicas de publicidade e divulgação de suas mercadorias, puderam levar de maneira mais rápida e eficaz a distribuição de seus produtos e conhecimento e de sua marca para estabelecer novos impérios já não mais de poderio político na forma do Estado-nação, mas, econômico através de nome próprio e sem delimitações de territórios e fronteiras.

2. A GLOBALIZAÇÃO E O DOMÍNIO CAPITALISTA

A presença do Estado potente e onipresente não é a pior condição para conduzir uma economia de mercado¹³, ao contrário, pois, o capitalismo no estilo Chinês tem a garantia do um Estado forte, que pode proporcionar uma estabilidade de negociação de regras claras, capazes de fortalecer sua iniciativa comercial, protegendo sua população através de estratégias fortes de condução econômica perante outros poderes industriais e econômicos.

Mesmo havendo muitas mudanças no mundo através da informação e da globalização, Will

¹⁰ WOOD, Ellen Meiksins. **O Império do Capital**. pgs. 51-52.

¹¹ WOOD, Ellen Meiksins. **O Império do Capital**. p. 53.

¹² WOOD, Ellen Meiksins. **O Império do Capital**. p. 101.

¹³ MANDELBAUM, Jean; HABER, Daniel. **CHINA la trampa de la globalización**. p. 84.

Hutton destaca que algumas estruturas políticas continuam inalteradas, como acontece com a monarquia inglesa, que mantém uma distancia irrefutável de sua sociedade que, mesmo assim, continua a respeitar esse modelo considerado ultrapassado para as estruturas globais mais avançadas.

De tal modo, os autores de *No Limite da Racionalidade* entendem que “O capitalismo sempre teve três propriedades fundamentais. Primeiro, é um sistema de propriedade privada dos bens. Segundo, a atividade econômica é guiada pelos sinais dos preços determinados em mercados. E terceiro, espera que a motivação para agir seja a busca do lucro, e depende disso. É a combinação entre propriedade privada, lucro como motivo e mercadorização de todos os insumos dos processos econômicos do mercado que define o capitalismo.”¹⁴

Mesmo aceitando a queda do comunismo como vitória importante para o desenvolvimento econômico mundial, há a percepção de que se torna necessário criar regras de ordem mundial para sanar esse espaço vazio deixado pelo Comunismo. Anthony Giddens e Will Hutton fazem uma análise final sobre suas pesquisas conjuntas sugerindo que o que pode ser feito é nada mais nada menos, que a criação de uma sociedade civil global na qual a regulamentação e o governo globais possam se basear.¹⁵ A preocupação com essa regulamentação em ordem mundial é de como conseguir organizar e controlar, já que são diversas culturas e muitos interesses distintos que estão sendo discutidos. Um tema premente é a exploração dos recursos naturais e a falta de regras protetoras a esses recursos e seus países de origem.

Sobre a economia da tecnologia da informação e seus impasses, temos o exemplo da Monsanto que expõe a questão da transgenia como uma tecnologia que vem revolucionar a pesquisa de modificações genéticas nos alimentos e, também, algo que já estava sendo estudado há muito pelos estudiosos da biopirataria, fazendo alterações na sua apresentação comercial para atender aos pedidos de seus consumidores, para manter-se na disputa comercial: “E acho que estivemos assistindo a uma nova evolução na última década: os consumidores usando seu poder coletivo para obrigar as empresas a se comportarem com mais responsabilidade. O exemplo da Monsanto mostra isso e há um número crescente de ocasiões em que as empresas mudaram sua política em resposta a campanhas de grupos de consumidores. Observa-se que a novidade

¹⁴ GIDDENS, Anthony e HUTTON, Will (Organizadores). **No limite da racionalidade** – convivendo com o capitalismo global. Rio de Janeiro: Editora Record, 2004. pgs. 27-28.

¹⁵ GIDDENS, Anthony e HUTTON, Will (Organizadores). **No limite da racionalidade** – convivendo com o capitalismo global. p. 11.

consiste num controle cada vez mais das ideias e opiniões públicas e na produção voltada a esse público e na forma de distribuição de toda essa informação através dos diversos canais de comunicação disponíveis.”¹⁶

Apresenta-se ainda a confusão de identidade que o indivíduo utiliza com relação as suas origens e ao espaço que está ocupando, principalmente com relação a sua atividade profissional e aos seus hábitos de consumo que, por vezes, se distanciam de sua verdadeira identidade, sua criação cultural originárias, para dar espaço a um modelo de identidade construído pelo mercado e por necessidades inspiradas na formação de uma vida sem correlação com seus verdadeiros anseios e propósitos.

Esta sociedade criada pelo mercado global, pressiona cada vez mais o homem pela busca de valores padronizados por uma sociedade meramente comercial, ofuscando aqueles valores de ordem familiar e com criação educacional simbólica.

Os consumidores não têm voz sistemática no processo democrático ou no modo como as empresas tomam decisões, embora, como já discutimos, ambos gostaríamos de ver uma rede mais robusta de regulamentos nacionais e internacionais para impor o comportamento empresarial responsável. O poder do consumidor também é fácil de manipular e às vezes os manipuladores não prestam contas a ninguém e tratam os fatos de maneira livre e fácil demais [...]”¹⁷.

As bruscas e constantes mudanças que ocorrem no capital global na atualidade atingem rapidamente diversos setores da indústria e vários países, demonstrando a interligação desses mercados. Percebe-se assim, a forte influência da rede mundial, através da comunicação e do constante repasse de informações assim como da tecnologia na interferência da produção mundial e na vida cotidiana do cidadão.

3. CHOMSKY E SUA CRÍTICA AO CAPITALISMO

O americano Noam Chomsky¹⁸ apresenta em suas obras uma crítica ao domínio americano econômico e, conseqüentemente político, desde a primeira guerra mundial até os dias atuais, interferindo diretamente na história de alguns países do globo. Chomsky com sua tendência de esquerda e análise crítica à política externa dos Estados Unidos, que impõe seu domínio pela força

¹⁶ GIDDENS, Anthony e HUTTON, Will (Organizadores). **No limite da racionalidade** – convivendo com o capitalismo global. p. 39.

¹⁷ GIDDENS, Anthony e HUTTON, Will (Organizadores). **No limite da racionalidade** – convivendo com o capitalismo global. p. 72.

¹⁸ Avram Noam Chomsky (Filadélfia, 7 de dezembro de 1928) é um linguista, filósofo e ativista político americano.

militar sem assumir as consequências sociais advindas das guerras por ele organizadas. Expõe ainda a indiferença que o povo americano apresenta em questões internacionais por desconhecer e não se interessar por assuntos que não sejam de seu interesse, preocupados simplesmente, com seu modo de vida e sua preservação.

Ele nos apresenta no início de sua obra *El Beneficio es lo que cuenta*, que “O consenso neoliberal de Washington é um conjunto de princípios favoráveis ao mercado projetado pelo governo dos Estados Unidos e as instituições financeiras que este domina fortemente, [...]”¹⁹, lembrando que o estabelecimento da política neoliberal de hoje é imposta por grandes corporações americanas que interferem diretamente no repasse de informações via rede mundial e na formulação de opiniões que direcionam alguns grupos. O autor destaca ainda nessa mesma obra que o Estados Unidos era a maior economia antes da segunda guerra mundial e que durante essa guerra, prosperou enquanto seus rivais decaíam, sendo que em função de seu poderio bélico e militar, ao final da guerra, estava com mais da metade da riqueza do mundo, incumbindo-lhe o domínio de um verdadeiro império, permitindo assim conceber uma nova estrutura política para beneficiar-se e alcançar seus principais objetivos e interesses.

Identifica ainda, que fora da Europa Ocidental²⁰, apenas se desenvolveram mais duas grandes zonas, Estados Unidos e Japão, ou seja, as duas regiões que não estiveram sob a colonização Europeia. Os países que se desenvolveram, não estavam sob o domínio de experiências industriais e de mercado americanas, submetendo-se ao que fora ditado pela política norte americana, fechando as possibilidades de desenvolvimento social e melhoria da qualidade de vida da população, numa exploração velada pelos interesses de alguns grupos industriais e comerciais, que sugerindo o que consideravam boas ideias de crescimento, fragilizavam a população dos países subdesenvolvidos e mantendo a população na pobreza e sob o domínio de lideranças ditatoriais.

Um exemplo citado é o Brasil sob a lente investigativa de Gerald Haines²¹, como apresenta Chomsky, relatando que o Brasil é utilizado como laboratório dos métodos científicos de desenvolvimento industrial desde 1945, justificando que o país também obteria benefícios, que

¹⁹ CHOMSKY, Noam. **El beneficio es lo que cuenta**. Neoliberalismo y orden global. Traducción: Antonio Desmonts. Baecelona: Editorial Planeta S.A., 2013.p. 20. Texto original: El consenso neoliberal de Washington es un conjunto de principios favorables al mercado diseñados por el gobierno de Estados Unidos y las instituciones financieras que éste domina en buena medida, [...]”. Livre tradução da autora.

²⁰ CHOMSKY, Noam. **El beneficio es lo que cuenta**. Neoliberalismo y orden global. Traducción:Antonio Desmonts. p. 31.

²¹ Gerald Haines, Doutor em História pela Universidade da Wisconsin (EUA).

puderam ser notados por sua população através da extrema pobreza e refém da política econômica estabelecida pelo Fundo Monetário Internacional – FMI e inalcançável (ao menos a época é o que parecia) pagamento total da dívida externa brasileira. Como expõe o próprio autor “a disciplina do mercado livre é boa para vocês, mas não para mim [...]”²², ou seja, o que é determinado pelos órgãos dominadores de mercado é de interesse somente dessas grandes corporações para ampliação do poderio capitalista americano.

Como apresenta Chomsky “O principal interesse (nas intervenções dos Estados Unidos frente a países do Terceiro Mundo) consiste em evitar a independência, à margem das ideologias [...] O compromisso principal dos Estados Unidos, em nível internacional, no Terceiro Mundo, deve ser evitar o auge dos regimes nacionalistas que respondem às pressões das massas da população para melhora das más condições de vida e a diversificação da produção; e isso pela razão de que temos que manter um clima favorável ao investimento e garantir condições que permitam a repatriação dos benefícios ao Ocidente”²³.

O autor em suas obras examina detidamente todo o aparato para a realização da política externa americana com fundamentos no uso da violência e na manipulação da imprensa para a formação de julgadores para fazerem frente à oposição aos Estados Unidos. Assim, dessa forma, nos apresenta “Um exemplo revelador é a atual interpretação standard da campanha de assassinatos, tortura e destruição que os Estados Unidos organizaram e dirigiram na América Central durante os anos oitenta [...]”²⁴.

Para Chomsky ainda em sua obra *A nova Ordem Mundial*²⁵, faz referência a atitude dos Estados Unidos em criar um discurso em plena guerra com o Iraque de que, na realidade, estavam liderando uma nova ordem mundial na qual diversas nações se uniram por uma causa comum para alcançar aspirações universais da humanidade: paz e segurança, liberdade e império da lei. Esse discurso persuasivo para justificar as guerras orquestradas pelo Estado Americano para a manutenção da corrida bélica, parecia ser justificado ante o povo americano, toda empreitada

²² CHOMSKY, Noam. **El beneficio es lo que cuenta**. Neoliberalismo y orden global. Traducción:Antonio Desmonts.p. 37. Texto original: “la disciplina del mercado libre es buena para usted, pero no para mí [...]”. Livre tradução da autora.

²³ CHOMSKY, Avram Noam. **Chomsky esencial**. Tradução de Jorge Vigil.Título Original: Understanding Power.The Indispensable Chomsky. Barcelona: Austral, 2012. p. 85.

²⁴ CHOMSKY, Avram Noam. **El nuevo orden mundial (y el viejo)**. Tradução de Carmen Castells.Título Original: World Orders: Old and New,. Crítica:Barcelona, 1994. p. 12. Texto original: “Un ejemplo revelador es la actual interpretación estándar de la campaña de asesinatos, tortura y destrucción que los Estados Unidos organizaron y dirigieron en América Central durante los años ochenta [...]”. Livre tradução da autora.

²⁵ CHOMSKY, Avram Noam. **El nuevo orden mundial (y el viejo)**. p. 17.

para enfrentar o inimigo e sua necessidade de defender o seu país e o mundo, por consequência. O mesmo discurso levava para conquistar outros países do mundo e organizações políticas e econômicas internacionais, mas sem o mesmo sucesso poder de convencimento utilizado internamente.

No entanto, mesmo sabendo que os Estados Unidos da América estava infringindo regras internacionais e não possuía justificativas com embasamentos convincentes, nenhum Estado foi capaz de se opor fortemente contra as guerras anunciadas pelos americanos e, nem mesmo a Organização das Nações Unidas conseguiu utilizar de sua competência política internacional para combater a organização americana para a guerra. “Por um momento se admitiu a possibilidade das diplomáticas, mas logo foram terminantemente rejeitadas já que eram inaceitáveis para o estado que monopoliza os recursos violento e procura reafirmar com contundência seu papel dominante”.²⁶

No Conselho de Segurança dos Estados Unidos, a embaixadora Madeleine Albright²⁷²⁸ apoiou o recurso da força mencionando o artigo 51 da Carta das Nações Unidas, o qual autoriza o uso da força em legítima defesa no caso de ataque armado. Assim, segundo esse preceito do direito internacional, a legítima defesa estaria autorizada quando sua necessidade fosse imediata, inquestionável e não houvessem opções nem tempo para deliberações. O que não foi o caso, pois, passaram-se dois meses do ataque terrorista para que Bagda fosse bombardeada. Utilizava-se essa premissa como um desejo do povo americano de respeitar o direito internacional. Se assim fossem regidos os Estados em suas decisões de políticas externas, utilizando o paradigma de Washington para suas ações internacionais, seria uma ditadura para a qual, cada um estabeleceria regras próprias para disputas internacionais a seu bel prazer, sem ter que prestar contas à sociedade mundial.

Os Estados Unidos criaram um método de domínio e de justificção de suas atitudes perante outros países do mundo, na busca de impedir o crescimento de possíveis ameaças econômicas ao seu Estado. De tal forma, sintetiza Chomsky o conjunto de regras estabelecidos pelo governo americano, para manter-se a frente dos demais Estados, através de seu

²⁶ CHOMSKY, Avram Noam. **El nuevo orden mundial (y el viejo)**. p. 20. Texto original: En un principio se admitió la posibilidad de las vías diplomáticas, pero pronto fueron terminantemente rechazadas ya que eran inaceptables para el estado que monopoliza los recursos violento y procura reafirmar con contundencia su papel dominante”. Livre tradução da autora.

²⁷ CHOMSKY, Avram Noam. **El nuevo orden mundial (y el viejo)**. p. 29-30.

²⁸ Madeleine Albright foi a primeira mulher Secretária de Estado dos Estados Unidos, no período de 1997 a 2001, no governo Bill Clinton.

neoliberalismo: “[...] liberalizar o comércio e as finanças, deixar que os mercados criem os preços (conseguir preços corretos), acabar com a inflação (estabilidade macro-econômica) e privatizar.”²⁹

O objetivo principal dos Estados Unidos era fortalecer-se sempre mais economicamente falando e, através de suas corporações privadas, poder controlar a economia internacional, direcionando para si o retorno financeiro do mercado mundial em vários setores. “De fato, o que acontece na época contemporânea é algo realmente novo na História. Significa que nos últimos anos se há cultivado uma forma de governo completamente nova, destinada a satisfazer as incipientes necessidades dessa nova classe dirigente empresarial internacional, algo que em determinadas ocasiões tem sido denominado “governo mundial emergente”.”³⁰

O crescimento do mercado mundial e suas conjecturas para a manutenção desse domínio econômico passam longe de objetivos relacionados com o bem estar da população mundial, principalmente as mais afetadas pelas guerras e governos ditatórios que impediram e impedem ainda (em algumas partes) seu desenvolvimento e o mínimo existencial para sua qualidade de vida.

De todo modo, a informação, principalmente através da rede mundial de computadores, tem iniciado uma importante e necessária discussão sobre as diferenças entre os povos e o domínio de alguns grupos de mercado e Estados fortalecidos por anos de dominação política. Esta forma de manifestação e organização na busca de informações e na luta por mais direitos a todos está crescendo a ponto de terem surgido novas guerras. O que não sabemos ainda é até quando todas essas disputas prosseguirão e os benefícios à grande massa populacional, principalmente dos povos com menos condições de acesso aos direitos fundamentais, poderão trazer e fazer melhorias em países menos desenvolvidos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No desenvolvimento e crescimento das nações e concomitantemente de seus mercados, no transcorrer da história pôde-se observar o poder político sendo dividido entre governo (reinados e impérios) e mercado (comerciantes e especuladores) para sustentação e domínio, fosse através

²⁹ CHOMSKY, Noam. **El beneficio es lo que cuenta. Neoliberalismo y orden global**. Traducción: Antonio Desmonts.p. 20. Texto original: “[...] liberalizar el comercio y las finanzas, dejar que los mercados creen los precios (conseguir precios correctos), acabar con la inflación (estabilidad macro-económica) y privatizar.” Livre tradução da autora.

³⁰ CHOMSKY, Avram Noam. **Chomsky esencial**. Tradução de Jorge Vigil. p. 454.

das propriedades, conquistadas pelas guerras e amparadas no poder militar, fosse pelo estabelecimento de regras e normas que garantiriam a propriedade e o comércio aos que mais tivessem poder de investimento e, conseqüentemente, de exploração.

A roupagem mudou mas as intenções permanecem iguais. O interesse de garantir o poderio econômico e político, permitiu que os governos em geral, gerissem seus intentos para salvaguardar suas conquistas e também ampliá-las, criando regramentos que pudessem ampará-los nas suas expansões.

O filósofo Noam Chomsky faz uma abordagem crítica à política externa dos Estados Unidos, condenando o uso excessivo de seu poder bélico e a invasão e exploração de países que não tem a mesma capacidade de defender-se ou resguardar-se de sua exploração. Mesmo não havendo guerras militares, o poder americano alcança muitos outros países através de sua política econômica e de seus vetos a políticas estrangeiras, criando a dependência dos mercados internacionais à sua moeda forte e uma imagem de vida ideal a ser copiada, fazendo crescer enormemente o hábito de consumo desenfreado a ser imitado por muitos.

Os modelos econômicos conhecidos e usados na atualidade fazem questionar se as normas existentes para a política econômica internacional estão sendo suficientemente eficazes para garantir a preservação dos Estados e de seus bens e recursos naturais, bem como o bem estar de seu povo. Percebe-se que não há essa garantia igualitária para todos os Estados, o que nos faz ponderar sobre a necessidade urgente da organização e instituição de regras que sejam normalizadoras para um assegurar um crescimento econômico equilibrado entre os mercados e nações envolvidas nas negociações internacionais.

Tais regramentos devem ser pensados não somente para a preservação de seus mercados internos, mas, principalmente, para garantir a qualidade de vida de suas populações, abastecendo-as com o mínimo existencial e leis que preservem sua liberdade e igualdade. É dessa forma utópica de refletir que a política econômica poderá ser mais igualitária para todos os povos. Mas sem tentar a utopia, não teremos como descobrir até onde poderemos chegar com nosso conhecimento e nossas habilidades. As normas jurídicas hoje existentes surgiram de tentativas que pareciam inviáveis no passado e, o Direito deve servir para acompanhar a evolução das necessidades do homem, trazendo-lhes garantia e segurança ao seu patrimônio e bem estar.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

CECHIN, Andrei. **A natureza como limite da economia:** a contribuição de Nicholas Georgescu-Roegen. São Paulo: Editora Senac Sao Paulo/Edusp, 2010.

CHOMSKY, Avram Noam. **Chomsky Esencial.** Tradução de Jorge Vigil. Barcelona: Austral, 2012.

CHOMSKY, Noam. **El beneficio es lo que cuenta.** Neoliberalismo y orden global. Traducción: Antonio Desmonts. Baecelona: Editorial Planeta S.A., 2013.

CHOMSKY, Noam. **El nuevo orden Mundial (y el viejo).** Traducción: Carme Castells. Barcelona: Editorial Planeta S.A., 2013.

GIDDENS, Anthony e HUTTON, Will (Organizadores). **No limite da racionalidade** – convivendo com o capitalismo global. Rio de Janeiro: Editora Record, 2004.

HUNT, Emery Kay. **História do pensamento econômico:** uma perspectiva crítica. Tradução de José Ricardo Brandão Azevedo e Maria José Cyhlar Monteiro. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

MANDELBAUM, Jean; HABER, Daniel. **CHINA la trampa de la globalización.** Traducción: José Antonio Bravo Alfonso. Barcelona: Urano Tendencias, 2005.

SMITH, Adam. **A riqueza das nações** – investigação sobre sua natureza e suas causas. São Paulo: Abril Cultural, 1996.

WOOD, Ellen Meiksins. **O Império do Capital.** Tradução: Paulo Cezar Castanheira. São Paulo:Boitempo, 2014.

JURISDIÇÃO E ECONOMIA: UMA CONTRIBUIÇÃO DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO APLICADA AO DIVÓRCIO

Dóris Ghilardi¹

INTRODUÇÃO

As questões econômicas ganham relevo cada vez maior no cenário não mais local, mas agora eminentemente global. Com a queda das fronteiras, o enfraquecimento das soberanias, o território parece não mais dividido, seccionado, mas único. A aproximação entre as diversas culturas, povos, línguas, costumes e tradições, torna mais homogêneo o rol de distintos interesses da população, atingindo todos os setores, inclusive o direito.

É nessa linha que se passa a investigar a influência da economia na construção do direito de família contemporâneo, com recorte específico ao divórcio. Com este objetivo, o artigo foi dividido em três itens, o primeiro intitulado como direito e economia, o segundo e o terceiro com foco específico no divórcio. A primeira parte tem como objetivo a imbricação do direito e da economia, buscando observar os instrumentais da análise econômica e aplicar seus preceitos ao direito de família brasileiro, de acordo com o nível descritivo.

Em seguida, passa-se a descrever a teoria comportamental aplicável ao divórcio, segundo os posicionamentos de Gary Becker e Richard Posner. Em razão de suas teorias terem sido formuladas na década de 70, nos Estados Unidos, transportar-se-á, na sequência, o mesmo conhecimento para a realidade brasileira, tentando observar se as conclusões correspondentes podem aqui ser aplicadas.

Por fim, observando as alterações legislativas mais recentes, com o auxílio das lentes da análise econômica, na vertente efficientista, tentar desnudar o fundamento de construção das leis e aplicação do direito divorcista brasileiro, a fim de verificar se está coerente com ditames que atendem ao bem-estar dos sujeitos e das relações ou se buscam apenas o binômio custo/benefício.

¹ Doutora em Ciência Jurídica pela Univali. Professora de graduação e pós graduação, com ênfase ao direito de família. Advogada. e-mail: dorisghilardi@gmail.com.

1. DIREITO E ECONOMIA

O discurso hegemônico do capital invade todos os setores sociais, impondo seus ditames, suas regras. O Direito não saiu ileso, até porque se trata do principal mecanismo de controle formal e de pacificação social.

De início, como um campo autônomo, dialogava com outras áreas, como a Economia, porém, de uns tempos para cá, essa relação acabou se estreitando de modo significativo, ainda que por muitos ignorado, apesar das premissas diversas existentes entre as duas áreas: enquanto o Direito, na concepção convencional se propõe a regular a vida em sociedade, segundo critérios de justiça previamente adotados, a Economia, segundo estreita definição, se preocupa com questões de produção, repartição, circulação e consumo da riqueza, objetivando a eficiência. Enquanto o Direito, em geral, é repressivo, preocupando-se em restabelecer o *status quo ante*, a Economia dirige-se para o futuro.

Ocorre que nem o Direito está restrito somente às concepções tradicionais, como também a Economia não se propõe apenas ao estudo da atividade humana a que costumeiramente se chama de Economia.²

De acordo com Ivo Gico Júnior “a abordagem econômica serve para compreender toda e qualquer decisão individual ou coletiva que verse sobre recursos escassos, seja ela tomada no âmbito do mercado ou não.”³

Portanto, não só o dinheiro, lucro e mercado são objetos de estudo da abordagem econômica, mas toda e qualquer questão que envolva escolhas humanas. Não só questões do tipo: “qual o efeito da taxa de juros sobre o nível de emprego”? interessam à Economia, mas também perguntas como: “por que está cada vez mais difícil convencer os tribunais superiores de que determinada questão foi efetivamente prequestionada?” ou “por que o número de divórcios aumentou substancialmente nas últimas décadas?”⁴

A aproximação entre as duas áreas, sob diversas perspectivas, não é novidade, pelo contrário, há muito foram exploradas, inclusive, por economistas clássicos⁵. Todavia, ganharam

² RODRIGUES, Filipe Azevedo. **Análise Econômica da Expansão do Direito Penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2014, p. 54.

³ GICO JÚNIOR, Ivo. Introdução à Análise Econômica do Direito. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinícius. **O que é Análise Econômica do Direito: uma introdução**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 20.

⁴ GICO JÚNIOR, Ivo. Introdução à Análise Econômica do Direito. p. 19.

⁵ Caso de Adam Smith, tanto em *Lectures on Jurisprudence* (1762) como em *The Wealth of Nations* (1776).

relevo com o movimento da análise econômica. Não há dúvidas de que esta imbricação não é tarefa simples, conquanto ambas possuem métodos e parâmetros distintos, conforme visto, o que torna o diálogo por vezes bastante turbulento, mas cada vez mais fértil e explorado, alastrando-se pelo mundo afora, em que pesem grandes contradições.⁶

Com efeito, para a Economia, o Direito pode ser demasiado relevante e servir como baliza a pautar a atividade econômica. Nesse sentido Fábio Nusdeo expõe que “quanto mais escassos os bens e aguçados os interesses sobre eles, maior a quantidade e diversidade de normas se fazem necessárias para o equilíbrio de tais interesses.”⁷

Destarte, também para o Direito, a Economia pode oferecer importantes fundamentos de compreensão das regras e instituições jurídicas, modificando a própria forma de se pensar questões jurídicas.

Por essa razão, a imbricação entre Direito e Economia não pode ser ignorada, pelo contrário, deve ser estudada e entendida, afastando o que contraria os direitos fundamentais e aproveitando o que se mostra relevante e pertinente a obtenção de normas jurídicas adequadas aos anseios sociais.⁸

Dentro desta perspectiva, o movimento metodológico designado de *Law and Economics*, de grande impacto na academia jurídica, conhecido no Brasil ora como Direito e Economia, ora como Análise Econômica do Direito⁹, que teve início na década de 60 (sessenta) nos Estados Unidos, nas Universidades de Chicago e Yale, tendo como expoentes da primeira, Richard Posner, Ronald Coase e Gary Becker e da segunda, Guido Calabresi, aparece como uma importante ferramenta aos objetivos aqui pretendidos de se fazer uma leitura economicista da jurisdição no que toca

⁶ “Enquanto o direito é exclusivamente verbal, a Economia é também matemática, enquanto o Direito é marcadamente hermenêutico, a Economia é marcadamente empírica; enquanto o Direito aspira ser justo, a Economia aspira ser científica; enquanto a crítica econômica se dá pelo custo, a crítica jurídica se dá pela legalidade.” (SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é Direito e Economia? In: TIMM, Luciano Benetti. **Direito e Economia**, 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, p. 49).

⁷ NUSDEO, Fábio. **Curso de Economia: introdução ao Direito Econômico**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 30.

⁸ Everton das Neves Gonçalves e Joana Stelzer propõe uma revisão da teoria tradicional da Análise Econômica do Direito tradicional, nos moldes posnerianos, com a aplicação do defendido Princípio da Eficiência Econômico Social - PEES. “Trata-se da análise do problema jurídico segundo o método próprio ao exercício da vontade; seja normativista, quando da elaboração da norma e funcionalização do Direito, seja positivista, quando da verificação real do fenômeno social e prospecção de futuras possibilidades fenomenológicas. Permite-se, assim, a escolha dentre as opções de política jurídica, apresentada aos legisladores e aos juízes, de forma a, eficientemente, ser obtido o melhor emprego dos escassos recursos e o bem-estar social.” (GONÇALVES, Everton das Neves; STELZER, Joana. Eficácia e Direito: pecado ou virtude; uma incursão pela Análise Econômica do Direito. **Revista Jurídica**. Curitiba: Unicuritiba. 2012. v. 1, n. 28, 2012. Disponível em: <<http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/412>>. Acesso em: maio 2014, p. 79).

⁹ Neste trabalho utiliza-se a expressão Análise Econômica do Direito.

especificamente ao divórcio.

Entre os seguidores do movimento há diferentes abordagens e orientações, mas todas elas unidas por um fator comum que “[...] é o da implementação de um ponto de vista econômico no trato das questões que eram eminentemente jurídicas”¹⁰. Ou para ser mais específico, todas as correntes são concordantes acerca do instrumental analisado, mas discordam em relação a aplicação desses instrumentos.

A principal proposta da AED implica em rejeição da autonomia da ciência jurídica consoante os ditames do formalismo. Deste modo, resgata a possibilidade do estudo científico da realidade jurídica desde o âmbito das ciências sociais, mormente por meio da aplicação da teoria econômica à análise e evolução da realidade legal. Dito de outra maneira, o movimento possibilita a criação de novos paradigmas e metodologias, contribuindo de forma original para a cientificidade do Direito a partir dos ditames da ciência econômica.

Com efeito, um dos axiomas tradicionais da Análise Econômica do Direito “é precisamente o de que as pessoas reagem a incentivos, e de que as normas fornecem às pessoas um quadro de incentivos inteiramente similar àquele que é veiculado pelos preços nos mercados tradicionais”¹¹, colocando em evidência o valor eficiência, revelando, por conseguinte, uma teoria comportamentalista. Isto é, a Economia empresta ao Direito uma teoria do comportamento que auxilia prever como as pessoas reagem às leis, contribuindo, outrossim, na verificação da eficiência das normas.

Na visão dos economistas, as sanções se aproximam dos preços, conduzindo à presunção de que as pessoas reagem às sanções, de modo parecido de como reagem aos preços. Ou seja, de modo geral, as pessoas consomem menos os produtos com preços mais altos e mais os produtos com preços mais acessíveis. Destarte, traçando um paralelo, provavelmente, as pessoas cometem menos ações ilícitas ou praticam determinados comportamentos, quanto maior for a sanção prevista.

Essa teoria comportamental pressupõe uma escolha racional, com atitudes prevalecentes, partindo da convicção de que a conduta dos homens tende para a maximização racional, em busca da decisão mais eficiente, isto é, os homens econômicos assumiriam posturas em busca de seu

¹⁰ ROSA, Alexandre Morais; LINHARES, José Manuel Aroso. **Diálogos com a Law and Economics**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2011. p. 59.

¹¹ ARAÚJO, Fernando. **Análise Económica do Direito**: programa e guia de estudo. Coimbra: Edições Almedina, 2008, p. 22.

próprio bem-estar, implicando na capacidade de eleição dentro de sua escala de valores, do meio mais apto para atingir suas finalidades.¹²

Traduzindo em outras palavras, a racionalidade que permeia a Análise Econômica do Direito, pressupõe que os indivíduos se comportem segundo os incentivos a que são submetidos, ou seja, a capacidade de manter uma determinada ordem de preferências individuais, preferências essas que maximizam a satisfação, a felicidade.¹³

Todo esse pensamento pode ser condensado através dos ensinamentos de Armando Castelar Pinheiro e Jairo Saddi que resumindo em três as premissas da AED, concluem: a) os agentes econômicos agem racionalmente buscando maximizar a sua utilidade; b) nesse processo de maximização os indivíduos reagem a incentivos recebidos do ambiente em que convivem; c) o Direito molda os incentivos a que as pessoas se sujeitam e influencia suas decisões.¹⁴

A primeira premissa coincide com a teoria da escolha racional¹⁵, no sentido de que os indivíduos escolhem aquilo que mais lhes interessa. O agente racional corresponde, portanto, ao que adota um comportamento maximizador em várias áreas de sua vida, como quando decidem se casar ou se divorciar, cometer ou se abster de cometer delitos, discutir ou colocar fim a um litígio¹⁶.

¹² Ver POSNER, Richard. **El Análisis Económico del Derecho**. 2. ed. Traducción Eduardo L. Suaréz. México: Fondo de la Cultura, 2007, p. 25-26. "El hombre procura en forma racional aumentar al máximo sus fines en la vida, sus satisfacciones: lo que llamaremos su "interés propio". [...] El comportamiento es racional cuando se conforma al modelo de la elección racional, cualquiera que sea el estado mental de quien escoge. [...] Y el interés propio no debe confundirse con el egoísmo; la felicidad (o la miseria) de otra persona puede formar parte de nuestras satisfacciones. A fin de evitar esta confusión, los economistas prefieren hablar de "utilidad"".

¹³ Amartya Sen, em *Sobre Ética e Economia* tece suas críticas sobre a questão da racionalidade na teoria econômica. Para o autor existem dois métodos de definir racionalidade de comportamento: um deles concebe a racionalidade como uma consistência interna de escolha e o outro identifica a racionalidade como maximização de auto-interesse. Critica o primeiro, por não ser convincente acreditar que as escolhas não passam primeiro por uma interpretação e, portanto, permeadas por algumas características externas à escolha. Defende ser insuficiente esse método para garantir a racionalidade de alguém. Em relação ao segundo, fundamentando em uma interligação externa entre as escolhas de alguém e seu auto-interesse, critica a razão de uma pessoa racional se empenhar exclusivamente por seu auto-interesse. Aponta ter a economia se distanciado da ética, sendo uma das principais deficiências da teoria econômica contemporânea, somada ao fato da diminuição da economia de bem-estar. (SEN, Amartya. **Em sobre Ética e Economia**. Tradução Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 1999. p. 26-44. Título original: On ethic & economics).

¹⁴ PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Direito, Economia e Mercados**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 89.

¹⁵ "A Teoria da Escolha Racional parte da premissa de que o comportamento humano tem fins instrumentais. Ao se deparar com um conjunto de opções (chamado conjunto de oportunidade), cada indivíduo (chamado de agente representativo) toma as decisões que lhe pareçam mais adequadas para atingir seus objetivos. [...] A Teoria da Escolha Racional constitui uma das fundações da ciência econômica moderna, e ao longo das últimas décadas vem se tornando cada vez mais influente nas demais ciências sociais. (SALAMA, Bruno Meyerhof. **O que é "Direito e Economia"**. p. 54).

¹⁶ Robert Cooter e Thomas Ulen lembram de que as preferências do consumidor são subjetivas. "Pessoas diferentes têm gostos diferentes, e estes se refletirão no fato de que elas poderão ter ordenações de preferências muito distintas em relação aos mesmos bens e serviços. Os economistas deixam para as outras disciplinas, como a psicologia e a sociologia, o estudo da fonte dessas preferências. Assumimos os gostos ou preferências do consumidor como dados." (COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito & Economia**. 5. ed. Tradução Luis Marcos Sander, Francisco Araújo da Costa. Porto Alegre: Bookman, 2010, p. 43).

O entrave da escolha, contudo, surge da divergência entre as preferências e obstáculos para atingir a sua satisfação, incluindo conhecimento, tempo, dinheiro, entre outras. Entretanto, quando confrontado com a necessidade de escolha, decide pela opção que aumenta seus benefícios e diminui eventuais prejuízos. Atinge, então, o ótimo se a escolha proporciona a esse consumidor a maior utilidade, ou seja, o maior nível de satisfação dentro das possibilidades disponíveis e restrições presentes.¹⁷ Ou, em termos econômicos, “o ótimo para quase todas as decisões ocorre no ponto em que o benefício marginal é igual ao custo marginal”.¹⁸ Aplicado ao universo do Direito, pressupõe-se que o indivíduo agirá segundo um levantamento racional dos custos e benefícios de cada ação. Por exemplo, ao dar causa a uma rescisão contratual, provavelmente o fará porque a rescisão lhe é mais vantajosa do que o cumprimento. A crítica a essa teoria é que ela desconsidera fatores de ordem histórica e cultural, permitindo apenas uma percepção parcial de escolhas realizadas.

A segunda diz respeito às influências sofridas pelas tomadas de decisões. Na Economia, fala-se em sistema de preços, no Direito, a norma prevê sanções e benefícios, tais como, multas, penas, expropriação, indenizações, entre outras. Traduzindo em outros termos, o agente racional reage a certos tipos de incentivos: provavelmente ao se aumentar os benefícios derivados da escolha de uma certa conduta, é possível prever que o indivíduo facilmente a adotaria. Por outro lado, se o que for aumentado forem as sanções, os custos, a previsão é no sentido de que o agente deixe de agir de determinado modo.¹⁹

Para Cooter e Ulen “as leis não são apenas argumentos arcanos, técnicos; elas são instrumentos para atingir objetivos sociais importantes”. Por isso os juízes, legisladores e operadores jurídicos em geral, precisam criar um método para avaliar os efeitos das normas e decisões sobre determinados valores e questões socialmente importantes.²⁰

A terceira e última premissa que alude à eficiência é utilizada como um importante critério pelos seguidores da AED para avaliar as normas e sua aplicação, segundo critérios racional-normativos de eficiência econômica.

¹⁷ Ver POSNER, Richard. *El Análisis Económico del Derecho*. p. 25.

¹⁸ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito & Economia*, p. 48.

¹⁹ COULON, Fabiano Koff. Critérios de quantificação dos danos extrapatrimoniais dotados pelos Tribunais brasileiros e análise econômica do Direito. In: TIMM, Luciano Benetti. *Direito & Economia*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 184-185. Ver ainda COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito & Economia*. 5. ed. Tradução Luis Marcos Sander, Francisco Araújo da Costa. Porto Alegre: Bookman, 2010, p. 25-27.

²⁰ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito & Economia*. 26.

Acerca da eficiência²¹ importa registrar que não há consenso na doutrina, encontrando-se várias definições distintas entre os economistas. Para Friedrich Hayek, ação eficiente é a ação humana mais exitosa, que ocorre independentemente de qualquer imposição ou planejamento, importando os meios utilizados. Paul e Ronald Wonnacott definem eficiência, como eficiência produtiva, significando “meta de obter o resultado máximo do esforço produtivo.”²² Outros conceitos difundidos são a eficiência de Pareto²³ e eficiência de Kaldor-Hicks²⁴. A eficiência de Pareto refere-se à satisfação das utilidades pessoais, isto é, uma situação é considerada ótima se nenhuma outra for superior a ela. Em outras palavras, “determinada situação é Pareto eficiente ou alocativamente eficiente se é impossível mudá-la de modo a deixar pelo menos uma pessoa em situação melhor (na opinião dela própria) sem deixar outra pessoa em situação pior.”²⁵ Já a Eficiência de Kaldor-Hicks pressupõe que o produto da vitória de um excede os prejuízos da derrota do outro, aumentando o excedente total.²⁶

Richard Posner criticando o ponto de vista de Pareto e Kaldor-Hicks, tratou a eficiência apenas como critério apto a atingir a racionalidade econômica, leia-se, a maximização da riqueza²⁷, porém, em decorrência de severas críticas sofridas, revisou seu conceito, e sob um ponto de vista mais pragmático, conjugou a eficiência com outros valores considerados importantes para a sociedade, como o bem-estar. Do exposto, pode ser afirmado que a categoria eficiência foi e ainda pode ser considerada o elemento tônico principal da AED, em que pese a renovação de seu conteúdo, que se modifica conforme as necessidades.

Diante de tantas controvérsias, para o presente artigo, eficiência será trabalhada apenas como meta a obter resultado vantajoso ou máximo nas ações realizadas, com o menor custo possível, ou como “critério básico para analisar a qualidade das normas legais e sua aplicação”²⁸. O

²¹ Não confundir eficiência com eficácia e efetividade. Enquanto a eficiência se preocupa com a relação de custos e benefícios para o atingimento do resultado almejado, a eficácia almeja o resultado e a efetividade limita-se à repercussão da tomada de decisão.

²² WONNACOTT, Paul; WONNACOTT, Ronald. **Economia**. Tradução e revisão Celso Seiji Gondo et al. 2. ed. São Paulo: Makron Books, 1994, p. 15.

²³ A teoria remonta ao seu criador Vilfredo Pareto, economista e sociólogo italiano, consistente no equilíbrio de agentes em um nível ótimo.

²⁴ Recebeu esse nome em razão de Nicholas Kaldor e John Hicks, que não concordando com a teoria de Pareto, desenvolveram essa ideia de compensação potencial para resolver o problema de Pareto, uma vez que na realidade sempre há perdedores e vencedores. Ver KALDOR, Nicholas. Welfare propositions in economics. **Economic Journal**, v. 49, 1939. E HIKS, John. **Value and Capital**. Oxford: Clarendon Press, 1939.

²⁵ COOTER, Robert; ULLEN, Thomas. **Direito & Economia**. p. 38.

²⁶ PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Direito, Economia e Mercados**, p. 88.

²⁷ POSNER, Richard. **El Análisis Económico del Derecho**. pp. 36-45.

²⁸ PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Direito, Economia e Mercados**, p. 91.

objetivo final a ser alcançado por ela, se maximização econômica apenas ou se bem-estar social, será analisado quando aplicado diretamente ao direito de família, razão pela qual as alterações legais sobre o divórcio serão observadas pelo viés da eficiência sobre três pontos de vistas distintos: o Estado, o mercado e sujeitos.

A AED em razão de propor uma leitura distinta do Direito por meio de uma abordagem baseada em instrumentos econômicos, exerce a sua influência de modo cada vez mais ampliado em diversos institutos jurídicos. Além disso, não se presta a dar respostas definitivas, nem se limita ao papel da eficiência apenas, em que pese a relevância de sua análise, tendo em vista que a produção e aplicação normativa não pode estar isolada das consequências práticas. Por isso, se utilizada de modo consciente pode iluminar diversos problemas jurídicos,²⁹ inclusive na área do direito de família.

Além disso, possibilita uma investigação a partir de dois níveis diferentes e independentes: o nível positivo ou descritivo e o nível normativo ou prescritivo. O primeiro, busca investigar como o Direito repercute sobre o campo fático, isto é, como o comportamento dos agentes é influenciado pelas normas jurídicas, descrevendo e observando o Direito posto, o Direito que é. O segundo busca estudar se é possível e se há aproximação entre as duas áreas, entre as noções de justiça e eficiência, maximização de riqueza e bem-estar. É uma análise de vantagens e consequências, o Direito como deveria ser.³⁰

O presente artigo limita-se a uma análise a partir do nível positivo, com intenção apenas de observar o direito que é. Diante do exposto, embora não se acolham os pressupostos da AED em sua totalidade neste trabalho, a maneira como se apresentam as normas e seus efeitos a partir da noção de eficiência não pode ser desconsiderada no contexto atual do direito de família. Daí que é importante seu desvelar e ao mesmo tempo opor barreira ao que reduz a eficácia dos direitos fundamentais, inexistentes na lógica do custo/benefício.

2. A TEORIA COMPORTAMENTAL APLICADA AO DIVÓRCIO

Este tópico tem como objetivo observar e descrever as influências que a Análise Econômica

²⁹ SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é Direito e Economia?

³⁰ POSNER, Richard. *El Análisis Económico del Derecho*. ROSA; Alexandre; José Manuel Aroso; LINHARES, José Manuel Aroso. *Diálogos com a Law and Economics*, p. 61; SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é Direito e Economia? p. 52.

pode tecer sobre o direito de família, mais especificamente sobre o casamento e o divórcio, o que será feito com base nas obras Gary Becker, em *Treatise on the Family*³¹ e subsidiariamente, na obra de Richard Posner, *Economic Analysis of Law*,³² que com base na teoria comportamental, descrevem reações e comportamentos observados na década de 60 e 70, nos Estados Unidos da América.

É preciso registrar que as premissas adotadas pela AED, não explicam de modo absoluto a adoção de comportamentos, porquanto ignoram, na maior parte, a realidade subjacente, como fatores culturais e históricos envolvidos. Nem por isso deixa de ser curioso, já que a lógica utilizada é apta a revelar os motivos, segundo o entendimento dos autores, de determinadas leis ou de determinados comportamentos. O que não significa que se concorde com os posicionamentos enunciados, pelo contrário, razão pela qual as colocações a seguir são tecidas baseadas exclusivamente nos posicionamentos dos autores americanos.

O objetivo da descrição é permitir, na sequência, uma transposição dos resultados alcançados para a realidade brasileira, com a intenção de verificar se: a) de fato pode haver uma teoria científica do comportamento no que tange à formação e dissolução dos núcleos familiares; b) buscar identificar como a lei exerce possíveis influências e incentivos às condutas de seus membros; c) examinar se as constatações feitas pelos autores norte-americanos nas décadas de 60 e 70, podem ser aplicadas ao Direito de Família brasileiro contemporâneo.

2.1. A teoria econômica do divórcio na visão de Becker e Posner

A Análise Econômica atrelada ao divórcio, segundo os dois autores destacados, parte da premissa de que o instituto decorre de decisão racional, tomada por indivíduos que buscam maximizar seus interesses, isto é, o homem racional procura aumentar suas satisfações na busca por bens escassos, esforçando-se ao máximo para agregar utilidade em todas as áreas de sua vida.³³

Gary Becker pondera que uma família bem estruturada deve se preocupar em planejar

³¹ BECKER, Gary. **Tratado sobre la familia**. Tradução de Carlos Pereita de Grado. Madrid: Alianza Editorial, 1987. Título original *Treatise on the Family*.

³² POSNER, Richard. **El Análisis Económico del Derecho**. 2007.

³³ Sobre análise econômica do casamento e do divórcio vide FERREIRA, Cristiana Sanchez Gomes. Análise Econômica dos Institutos do Casamento e do Divórcio. In: CONGRESSO ANUAL DA ASSOCIAÇÃO MINEIRA DE DIREITO E ECONOMIA, 4., **Anais...**, Belo Horizonte: 2012.

estratégias para atingir as metas que desejam, o que certamente é obtido com maior facilidade nos ambientes em que há cooperação, por outro lado, quando não houver, a probabilidade de não dar certo é muito grande. Cooperação que é mais facilmente alcançada na presença de afeto, de amor.³⁴

Todavia se o amor potencializa a cooperação e as metas são mais tranquilamente alcançadas quando ele existe, levando em consideração que as uniões na contemporaneidade são marcadas pelos sentimentos, qual seria a principal razão para que as uniões se tornem cada vez mais frágeis e se dissolvam com maior facilidade?

Raquel Sztajn adverte que a tão necessária colaboração entre o casal, a fim de se atingir a utilidade esperada, está se tornando cada vez mais complicada em razão da elevação dos ideais de individualismo, fazendo crescer o número de dissoluções conjugais.³⁵ Certamente os valores inseridos no seio da sociedade, potencializam a adoção de determinados comportamentos.

A questão é: será que a resolução da questão estaria unicamente no individualismo ou na conjugação de outros fatores como à inconstância do sentimento, a escolha não cuidadosa ignorando a importância do processo de informações sobre o parceiro, ou a própria facilitação do divórcio?

Richard Posner, sugeriu na década de 70, que nos sistemas legais em que o divórcio é proibido ou dificultado, as chances de formar um “par ótimo” são maiores, posto que quanto mais caro for um erro, menos provável é de que seja cometido. Em outras palavras, sendo a escolha mais cuidadosa diante do fato da união não poder ser desfeita ou ser difícil desfazê-la, contribuiria para a permanência da união conjugal, pois atingiria o grau de utilidade almejado.³⁶

Difícil saber se a premissa acima é correta ou não, o fato é que as legislações atuais mundo afora facilitaram o divórcio, caso do Brasil, que desde 1989 teve várias alterações, culminando com a Emenda Constitucional 66/2010 (que acabou com prazos e com a separação), as quais contribuíram para o aumento do número de dissoluções, conforme se pode confirmar pelo

³⁴ BECKER, Gary. **Tratado sobre la familia**. 1987.

³⁵ SZTAJN, Raquel. Direito de Família: Notas de análise Econômica. In: **CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA: A FAMÍLIA NA TRAVESSIA DO MILÊNIO**, 2., 2000, Belo Horizonte. Anais. Belo Horizonte: IBDFAM; OAB-MG; Del Rey, 2000. Disponível em: <<https://www.ibdfam.org.br>>. Acesso em: 05 jun. 2014.

³⁶ “Tenemos así la curiosa paradoja de que, a volver más difícil el divorcio, podrían promoverse, en efecto, matrimonios felices! Además, si los individuos saben que están encadenados en una relación, tendrán un incentivo para crear métodos para la solución de sus diferencias, de modo que habrá menos necesidad de remedios judiciales tales como el divorcio.” (POSNER, Richard. *El Análisis Económico del Derecho*. p. 245).

relatório de estatística do registro civil, efetuado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística³⁷. Resta saber quais razões principais são levadas em consideração para a adoção desta opção.

Segundo os economistas, a escolha pelo divórcio não passa só pela avaliação do bem-estar individual, vários outros fatores são sopesados, a exemplo da internalização do custo que implica essa decisão - divisão de bens e dos alimentos – bem como a existência de filhos, colocando na balança, de um lado o sofrimento destes, e de outro a satisfação pessoal. Gary Becker sustenta que quanto maior for o tempo de casamento menos provável é de que o divórcio se concretize, pela simples razão de que existe um capital acumulado, não só patrimonialmente falando, mas principalmente no caso dos filhos, ainda mais se estes forem de tenra idade.³⁸ Os filhos exerceriam um efeito estabilizador na relação, assim como a probabilidade de duração aumentaria de acordo com o passar dos anos de união.

O fracasso das sociedades conjugais, segundo ele, ocorre nos primeiros anos de casamento, e acontecem devido às falhas de informações sobre o companheiro eleito, verificando durante a relação não ter a escolha atingido o nível de utilidade previsto anteriormente.³⁹ Complementa, ainda, ser mais provável que os casamentos terminem quando as concretizações em relação aos ganhos patrimoniais, a saúde e a taxa de fertilidade são superiores ou bem inferiores às expectativas iniciais.

Portanto, a constatação de que a utilidade alcançada está abaixo do nível esperado, pode conduzir a busca por novos investimentos ou pela escolha racional do divórcio. Isto porque ao não confirmar o esperado, justificaria a má escolha, permitindo, por exemplo, encontrar alguém superior àquele com quem se casou, devendo por sua vez, o outro cônjuge encontrar alguém inferior.⁴⁰

Outro fator significativo para as causas de dissolução seria as taxas de crescimento da

³⁷ Segundo o relatório, no ano de 2012 foram registrados 341.600 divórcios, computados os judiciais e os extrajudiciais, havendo uma redução de 1,4% em relação a 2011. Ainda assim manteve-se acima dos valores observados antes da alteração da Emenda Constitucional 66, de julho de 2010. Ainda de acordo com os dados apresentados, todas as vezes em que houve alteração, ocorreu um aumento significativo nas taxas de divórcio. Em 1989, com a redução do prazo - de 05 anos para 02 anos - para ingresso do divórcio direto (art. 40 da Lei 6.515/1977), os números foram alavancados, mesmo fenômeno ocorrido em 2007, com a edição da Lei 11.441, de janeiro de 2007, que passou a permitir o divórcio consensual via administrativa. (IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Estatísticas do Registro Civil 2012**. Rio de Janeiro, v. 39, 2013. Disponível em: <ftp://ftp.ibge.gov.br/Registro_Civil/2012/rc2012.pdf>. Acesso em: 30 maio 2014.)

³⁸ BECKER, Gary. **Tratado sobre la familia**. p. 291.

³⁹ BECKER, Gary. **Tratado sobre la familia**. p. 290.

⁴⁰ BECKER, Gary. **Tratado sobre la familia**. p. 299.

participação feminina no mercado de trabalho, já que a percepção de renda, reduz as vantagens da divisão de tarefas, equiparando homens e mulheres cada vez mais, fazendo com que estas considerem o divórcio como uma alternativa interessante.

De acordo com esse pensamento, Gary Becker faz um comparativo entre homens bem e mal remunerados, assim como entre as mulheres bem e mal remuneradas, afirmando que as vantagens do casamento para os homens que recebem bem em comparação aos homens que recebem pouco é muito maior. Aqueles atraem um número maior de mulheres ou de mais qualidades, aumentando as chances de um bom casamento, o que confirmaria o fato destes homens se casarem mais jovens e, também, em caso de divórcio, de contraírem uma segunda união muito mais rápido. Já as mulheres com maiores rendas encontram menos vantagens no casamento do que outras mulheres, porque os ganhos mais elevados diminuem o número de filhos e as vantagens da divisão sexual de tarefas, razão pela qual são mais propensas ao divórcio.⁴¹

Não é demais reforçar de que o posicionamento descrito acima diz respeito a dados empíricos obtidos nos Estados Unidos da América, na década de 70 (setenta), e trabalhados segundo o ponto de vista de Gary Becker e Richard Posner, sendo importante neste momento, trazer dados brasileiros, até para se traçar um comparativo e verificar estatisticamente se as conclusões obtidas naquele cenário podem ou não ser aplicadas no Brasil.

2.2. Análise descritiva comportamental aplicável à realidade brasileira

Segundo artigo publicado em 2008, nos Anais do XXXVI Encontro Nacional de Economia, que se dedicou a investigar as causas de dissolução dos casamentos no Brasil, no período compreendido entre 1992 a 2004⁴², o resultado comparativo encontrado em relação às causas apontadas pelas pesquisas empíricas internacionais lá consideradas foi um pouco divergente. Já referida pesquisa não é colidente com a versão apresentada neste artigo realizado segundo a análise de Gary Becker e Richard Posner.

⁴¹ BECKER, Gary. **Tratado sobre la familia**. pp. 299 e 300.

⁴² Para a pesquisa foram considerados dados agregados brasileiros, em um período de 11 anos (1992 - 2004), correspondente aos Estados brasileiros, excluída a região Norte do País. A pesquisa observou o caráter não-linear do modelo de escolha individual e considerou a heterogeneidade dos atributos individuais dentro das regiões. (CANÊDO-PINHEIRO, Maurício; LIMA, Luiz Renato; DE MOURA, Rodrigo Leandro. Fatores Econômicos e Incidência de Divórcios: Evidências com Dados Agregados Brasileiros. In: ENCONTRO NACIONAL DE ECONOMIA – ANPEC, 36., **Anais...** São Paulo. 2008. Disponível em: <<http://www.anpec.org.br/encontro2008/artigos/200807101810570-.pdf>>. Acesso em: 01 jul. 2014).

Com efeito, com base em estatísticas oficiais, extraídas dos bancos de dados da Pesquisa Nacional por Amostras de Domicílio - PNAD e das Estatísticas do Registro Civil, do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, a principal causa da elevação do número de divórcios no País é, em grande parte, decorrente da redução de diferença salarial existente entre homens e mulheres, e não da maior independência financeira destas, ou seja, o principal fator não é o trabalho remunerado exercido pelas mulheres, mas a diminuição dos ganhos oriundos da divisão e especialização do trabalho.⁴³

Percebe-se, portanto, que o fato da mulher passar a ter renda, no passado, e desta renda estar se equiparando aos homens, no presente, é fator decisivo para o aumento da taxa de divórcios, porquanto, nos últimos tempos, houve redução drástica dos ganhos oriundos da divisão de tarefas e da especialização dentro do casamento.

A pesquisa também demonstrou que o ambiente urbano e metropolitano propicia a dissolução, se comparado com a área rural, assim como é fator agravante o maior grau de educação da mulher⁴⁴ e o desemprego masculino. Fatores estabilizantes, outrossim, seriam a presença de filhos pequenos e a divisão de trabalho. Já casamentos interraciais e a idade da mulher não são fatores significativos, de acordo com os dados levantados.

Como a pesquisa encerra a análise em 2004, buscou-se atualizar as informações, desta vez com base no próprio relatório de estatísticas do registro civil, bem como e da pesquisa nacional por amostras de domicílio - PNAD, apresentado pelo IBGE. Porém, de acordo com eles, fica difícil chegar às conclusões levantadas e apresentadas no artigo anteriormente utilizado como base, pelo desconhecimento das técnicas necessárias para tanto. Contudo, é possível confirmar o fato

⁴³ “Por fim, no que tange à condição financeira da mulher, nota-se que o aumento da renda da mulher (REDAFEM) tem efeito estabilizador no casamento, enquanto a redução da diferença entre a renda da mulher e do homem (REDAREL) tem efeito destabilizador. Em outras palavras, é a diminuição dos ganhos com a especialização advinda da divisão do trabalho, e não a maior independência financeira da mulher, que é o grande responsável pelo aumento na taxa de divórcio nos últimos anos. Esta evidência é diferente da encontrada em países ricos. Por exemplo, nos Estados Unidos o aumento da renda mulher tende a destabilizar o casamento (ver seção 2). Por sua vez, na Austrália o fator destabilizador das relações conjugais é a maior independência da mulher e não a redução dos ganhos com a especialização [Phillips & Griffiths (2004)].” (CANÊDO-PINHEIRO, Maurício; LIMA, Luiz Renato; DE MOURA, Rodrigo Leandro. Fatores Econômicos e Incidência de Divórcios: Evidências com Dados Agregados Brasileiros. p. 16).

⁴⁴ “Ao contrário da maioria dos resultados já encontrados na literatura, percebe-se que mulheres mais educadas tendem a dar menor valor à condição de casadas. Teoricamente mais anos de estudos teriam um efeito ambíguo na estabilidade da relação conjugal [Becker, Landes & Michael (1977)]. Por um lado, aumentariam a probabilidade de divórcio ao reduzir os ganhos associados à divisão de trabalho dentro do casamento. Por outro, estabilizariam a relação ao incrementar os ganhos dos cônjuges para qualquer divisão. As evidências empíricas internacionais indicam que o segundo efeito é dominante. No caso brasileiro o primeiro efeito é dominante. Mais uma vez, percebe-se a importância da divisão de trabalho dentro do casamento para manter a estabilidade da relação conjugal.” (CANÊDO-PINHEIRO, Maurício; LIMA, Luiz Renato; DE MOURA, Rodrigo Leandro. Fatores Econômicos e Incidência de Divórcios: Evidências com Dados Agregados Brasileiros. p. 15).

de que a diferença de rendimentos entre os sexos continua a ser reduzida gradativamente. No relatório do PNAD em 2009, mulheres em percentuais recebiam 67,1% (sessenta e sete, um por cento) do rendimento do trabalho dos homens; em 2011 este percentual chegou a 70,4% (setenta e quatro por cento) e, em 2012, atingiu o índice de 72,9% (setenta e dois, nove por cento). Mas não é possível confirmar de que esta seja a principal causa dos divórcios, que, inclusive, tiveram uma leve redução em 2012, comparado ao ano de 2011.⁴⁵

Dados apresentados na estatística do registro civil brasileiro, mostram a oscilação do comportamento observado por Gary Becker nos Estados Unidos, de que casais com filhos menores se divorciam menos. Os índices apresentados demonstram que 26,5% (vinte e seis, cinco por cento) dos casais sem filhos dissolveram o matrimônio em 2002; índice elevado para 35,5% (trinta e cinco, cinco por cento) em 2007; chegando em 36,8% (trinta e seis, oito por cento) em 2012. Se comparados com os índices de casais divorciados com filhos menores, observa-se que os índices são bem mais elevados no ano de 2002, representando 50,2% (cinquenta vírgula dois por cento), ou seja, quase o dobro de casais sem filhos. Já nos anos seguintes, estas taxas são praticamente equivalentes. Em 2007 o percentual chega em 34,5% (trinta e quatro, cinco por cento) e em 2012 em 37,0% (trinta e sete por cento) praticamente se igualando ao número de casais sem filhos.⁴⁶

Percebe-se, portanto, que com o passar dos anos, houve redução do número de divórcios de casais com filhos menores e elevação do número de divórcios de casais sem filhos. Um dos principais fatores apontados para a elevação no número de dissoluções de casais sem filhos, foi a alteração legislativa em janeiro de 2007, permitindo o divórcio extrajudicial. A preocupação com os filhos existe, mas não parece ser o principal fator considerado.

Em relação ao tempo de casamento, também não se encontrou dados que revelem que as dissoluções ocorram primordialmente nos primeiros anos, pelo contrário, apesar da análise de 2012 observar uma queda no tempo de casamento em relação ao ano de 2007, o tempo mínimo estimado entre a data da união e a sentença de divórcio ou a data de confecção das escrituras públicas, giram em média em torno de 15 anos. Em Santa Catarina o número em 2002, foi de 17 anos, em 2007, de 16 anos e em 2012, de 13 anos. Considerando que os processos judiciais

⁴⁵ IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Comentários aos indicadores da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios:** 2009-2011. Disponível em <ftp://ftp.ibge.gov.br/Trabalho_e_Rendimento/Pesquisa_Nacional_por_Amostra_de_Domicilios_anual/2011/Sintese_Indicadores/comentarios2011.pdf>. Acesso em: 30 maio 2014.

⁴⁶ IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Estatísticas do Registro Civil 2012.** Rio de Janeiro, v. 39, 2013. Disponível em: <ftp://ftp.ibge.gov.br/Registro_Civil/2012/rc2012.pdf>. Acesso em: 30 maio 2014.

demoram alguns anos para serem finalizados, a decisão relativa ao divórcio certamente ocorre em menos tempo, não chegando, todavia, a mostrar que seja nos primeiros anos de casamento.⁴⁷

Pelos índices apresentados e avaliação conjunta de dados, além das alterações legislativas serem um fator significativo para o aumento da taxa de divórcios, ele não é o único responsável pela configuração do novo cenário, merecendo acrescentar a aceitação do mesmo pela população, a transformação paradigmática das relações humanas, a potencialização do individualismo reinante, e a mercantilização de todas as esferas, consoante demonstrado no capítulo primeiro.

Outro fator a ser observado é o estado conjugal dos sujeitos brasileiros, bem como o estado civil. A pesquisa revela que o número de pessoas que não vivem em estado conjugal totaliza 42,9% (quarenta e dois, nove por cento), número menor do que os que vivem em união conjugal, que perfaz o total de 57,1% (cinquenta e sete, um por cento), correspondente a 85,5 (oitenta e cinco, cinco) milhões de pessoas na faixa etária acima dos 15 anos, dos quais 37,2% (trinta e sete, dois por cento) são casados e 19,8% (dezenove, oito por cento) vivem em união estável. Se analisado, porém, o estado civil, observa-se que o número de solteiros é maior do que o número de casados, que demonstra não ser mais o casamento tão atrativo quanto no passado. Em percentuais têm-se solteiros na faixa de 48,1% (quarenta e oito, um por cento), casados no total de 39,9% (trinta e nove, nove por cento) (computado tanto casamento civil, quanto no religioso, o que diminui para o Direito ainda mais o número de pessoas casadas, já que se somam apenas os casamentos civis); divorciados ou separados no total de 5,9% (cinco, nove por cento) e viúvos 6,1% (seis, um por cento).⁴⁸

Diante do exposto, e por mais que a dissolução da família não fique restrita a explicações exclusivamente econômicas é, no mínimo, prudente e recomendável, que se observe a metodologia proposta para a análise dos comportamentos. O comportamento, segundo o viés na AED, pode ser explicado pela busca da maximização de bem-estar, conforme já visto, contribuindo para explicar taxas de natalidade, número de casamentos, divórcios, razões para que eles aconteçam, durabilidade das relações, inserção e manutenção da mulher no mercado de trabalho.

⁴⁷ IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Estatísticas do Registro Civil 2012**. Rio de Janeiro, v. 39, 2013. Disponível em: <ftp://ftp.ibge.gov.br/Registro_Civil/2012/rc2012.pdf>. Acesso em: 30 maio 2014.

⁴⁸ IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Comentários aos indicadores da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios: PNAD 2009-2011**. Disponível em <ftp://ftp.ibge.gov.br/Trabalho_e_Rendimento/Pesquisa_Nacional_por_Amostra_de_Domicilios_anual/2011/Sintese_Indicadores/comentarios2011.pdf>. Acesso em: 30 maio 2014. (Esses dados não constam do relatório PNAD 2012; já o PNAD 2013 ainda não está disponível para acesso).

3. O DIVÓRCIO SOB AS LENTES DA EFICIÊNCIA

Neste tópico o objetivo é observar o divórcio e suas alterações legislativas recentes sob as lentes da eficiência sob três pontos de vista diferentes - o Estado, o mercado e os sujeitos -, observando se as reformas revelam a preocupação com o bem-estar da família e dos sujeitos, ou se visam apenas a redução de custos e a maximização da riqueza.

Para o Estado, a eficiência foi avaliada no âmbito do poder judiciário, buscando encontrar o elemento ideológico que influencia desde o ingresso de demandas até o momento da decisão judicial. Em relação ao mercado⁴⁹ se a norma ou decisão está condizente com os ditames preconizados pela ordem econômica, promovendo a circulação de bens e serviços, movimentando os setores de aquisição e investimento mercantil, visando unicamente ao lucro, ou se de algum modo transparece a preocupação com questões sociais. Já para os sujeitos, se as reformas estão respeitando ou violando os direitos fundamentais.

Sob o ponto de vista estatal, já há algum tempo, fala-se da necessária reestruturação do Poder Judiciário Brasileiro. É visível a escassez de recursos, de mão de obra e o aumento drástico de demandas a contribuir não só para a lentidão da resolução de conflitos, como também para a baixa qualidade da prestação jurisdicional.

Em que pesem os riscos que a implementação da eficiência cause, a alocação eficiente de recursos não pode ser deixada de lado, como também os gastos envolvidos em um processo devem necessariamente passar por um exame de custos e benefícios, que auxiliarão na orientação da análise das regras e práticas processuais, é o que propõe a AED.

Entre reformas e outras alternativas, as leis são um dos instrumentos na tentativa de contribuir para a redução do número de demandas. Uma lei considerada eficiente sob o ponto de vista do custo/benefício é aquela que evita ou reduz o volume de ações judiciais, ou até mesmo, aquela que facilita o trâmite, suprimindo ou reduzindo atos judiciais, simplificando a análise do conteúdo, o que contribui para a redução do dispêndio de tempo, mão de obra envolvida e diminuição dos custos do processo. Alcançadas essas expectativas, não somente os litígios específicos são alcançados, mas também todos os demais.

⁴⁹ Estrutura que permite o atendimento da satisfação de interesses específicos através da troca, “destinada a regular e a manter determinadas *estruturas de poder* que asseguram a prevalência dos interesses de certos grupos sociais sobre os interesses de outros grupos sociais.

De modo em geral, as normas jurídicas sob as lentes do direito devem ser pensadas como instrumentos para a realização de direitos substantivos, já para a AED devem ser eficientes. Em um mundo de escassez, não se pode negar de que a preocupação com a minimização do desperdício de recursos é salutar, só não é possível infringir os direitos fundamentais. O que se busca é harmonizar os objetivos econômicos e sociais, emoldurando a eficiência dentro do quadro do Estado Constitucional de Direito⁵⁰.

A Lei n. 11.441/2007, que criou os procedimentos extrajudiciais, permitindo que o Divórcio, a Separação e os Inventários possam ser realizados em Cartório, analisada sob a perspectiva da AED, permite afirmar que a inovação contribuiu para a redução de demandas judiciais, auxiliando também para a maximização de resultado, segundo o cálculo de custos e benefícios. Segundo dados do IBGE, em 2013 foram registradas 77.269 escrituras públicas de divórcio em todo o país.⁵¹

Já a Emenda Constitucional n. 66/2010, não só suprimiu a separação judicial, evitando o ingresso da duplicidade de demandas para resolver um mesmo conflito, caso da separação prévia, convertida posteriormente em divórcio, como facilitou a análise dos processos, com a retirada da questão temporal e da discussão da culpa.⁵²

Sob este ponto de vista, as duas normas são exemplos mais que apropriados de como é possível buscar a eficiência da legislação. Ao mesmo tempo em que contribuíram para o atenuamento do número de ações judiciais, diminuindo a mão de obra no judiciário, alocando custos de demandas potenciais, reduziram o tempo de análise dispendido em cada processo. Se não há mais necessidade de verificação temporal e nem de culpa, que exigia um ato instrutório mais demorado e uma sentença mais detalhada, sobra tempo para que se analisem outros processos. A celeridade foi alcançada.

Retomando as alterações, não se pode deixar de registrar que a lei n. 11.441/2007, apenas permitiu a opção extrajudicial aos casos em que não haja litígio e que não envolva menores,

⁵⁰ Surge em meados do século XX, apresentando como característica a subordinação da legalidade a uma Constituição, considerada como o ápice do sistema jurídico, trazendo como requisito intrínseco a Dignidade Humana, a prioridade dos Direitos Fundamentais, os valores democráticos, a divisão e a independência dos poderes, a pluralidade e a tolerância. (Conceito construído com base em HÄBERLE, Peter. **El Estado constitucional**. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003, p. 3; e PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **La Universalidad de los derechos humanos y el Estado Constitucional**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002, p. 94-95).

⁵¹ IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Estatísticas do Registro Civil 2013**. Rio de Janeiro, v. 40. Disponível em: <ftp://ftp.ibge.gov.br/Registro_Civil/2013/rc2013.pdf>. Acesso em: 09 dez. 2014.

⁵² A superação do sistema binário de dissolução do casamento colocou “(...) o ordenamento jurídico brasileiro em avançada posição, ladeando os sistemas da Áustria, Grã-Bretanha e Alemanha.” (FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**: Família. 5. ed. Bahia: Jus Podium, 2013, (Vol. 6), p. 422).

mantendo os demais casos sob o crivo exclusivo do poder judiciário, mas mesmo nas situações permitidas, continua sendo possível às partes se socorrerem do judiciário, caso prefiram.

Dito de outro modo, o fato do procedimento extrajudicial ser uma opção, permite aos casais a escolha preferencial pelo poder judiciário ao seu bel prazer, o que provoca uma utilização desnecessária dessa esfera. Embora o acesso ao judiciário não deva ser tolhido, há casos, como este, por exemplo, que devem ser repensados. Restringir a solução à via extrajudicial não prejudica em nada o casal, muito pelo contrário, auxilia, inclusive, na rápida solução da questão e dos próprios custos envolvidos.

Para se ter uma ideia, de acordo com o relatório do IBGE, de 2013, o número total de divórcios diretos concedidos judicialmente em primeiro grau, totalizam o número de 247.662, dentre os quais 162.844 são consensuais e apenas 83.541 são litigiosos. Em outro gráfico, a mesma análise apresenta o número total de divórcios judiciais concedidos, englobando os consensuais e não consensuais, envolvendo casais sem filhos, casais apenas com filhos menores, casais apenas com filhos maiores e casais tanto com filhos menores quanto maiores. Os números são respectivamente: 65.249 (casais sem filhos); 42.776 (apenas com filhos maiores); 120.159 (apenas com filhos menores); 19.468 (com filhos maiores e menores). Destes números, observa-se que 108.025 divórcios não envolvem filhos menores, enquanto em 139.627 divórcios há a presença de menores.⁵³

Embora não se tenha os dados agregados de quantos dos divórcios consensuais envolvem casais com filhos menores, é possível verificar matematicamente que há muitos divórcios judiciais que poderiam ser realizados via administrativa.

Todavia, se para as partes a rapidez e simplificação do procedimento administrativo é uma grande vantagem, esses mesmos fatores podem soar como um empecilho para os advogados, que não tem como justificar a cobrança de honorários nos patamares praticados via judicial, por isso, muitas vezes, sequer informam ou cogitam a opção do procedimento extrajudicial.

Outros fatores menos relevantes, também podem engrossar esses números, casos das defensorias públicas ou escritórios modelos que prestem os serviços jurídicos de forma gratuita à população, porquanto, simplificado o procedimento judicial, não mais tendo audiência e sendo o

⁵³ IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Estatísticas do Registro Civil 2013**. Rio de Janeiro, v. 40. Disponível em: <ftp://ftp.ibge.gov.br/Registro_Civil/2013/rc2013.pdf>. Acesso em: 09 dez. 2014.

protocolo eletrônico, enquanto o procedimento via administrativa exige o deslocamento do profissional ao cartório extrajudicial em data por eles designada, a preferência pela primeira opção pode se justificar.

Desta feita, por ora, uma alternativa para se evitar o ingresso de ações de divórcio consensual, via judicial, seria elevando o valor das custas judiciais, de modo a servir como um desmotivador dessa opção, ao menos para os não beneficiários da justiça gratuita. Outra opção seria tornar a via administrativa a única alternativa viável para a resolução deste tipo de demanda.

Por sua vez, a emenda n. 66/2010, ao acabar com a duplicidade de demandas, simplificando o término do casamento, reduziu os custos envolvidos para que se tenha um decreto de divórcio. Ao retirar a necessidade de separação prévia, evita o ingresso de múltiplas ações judiciais. Por outro lado, conforme verificado no capítulo terceiro, toda vez em que há uma lei facilitadora do divórcio, o número de pedidos com essa finalidade aumenta consideravelmente, voltando a normalizar aos poucos.

Para ilustrar, observa-se pelos dados disponibilizados pelo IBGE que em 2010, ano da alteração, houve um aumento de 1,82% no número de demandas de divórcios, elevado para 2,60% em 2011. Já em 2012 houve redução para 2,49%, caindo para 2,33%, em 2013.⁵⁴ Em números reais, no ano de 2013 foram contabilizados 16.679 menos divórcios do que no ano anterior.

Com a finalidade de enriquecer ainda mais esta análise, juntamente com as alterações legislativas, denota-se que novas teorias surgem a todo momento e um bom exemplo ligado diretamente ao tema, é a possibilidade do divórcio liminar que, iniciado na doutrina, já ganha espaço por meio de decisões judiciais.

Se o objetivo da demanda eficiente é atingir um resultado rápido, por que aguardar até o término do processo, quando é possível alcançá-lo desde logo? Atento a nova visão do divórcio, como consagrador da liberdade da decisão de se manter casado ou não, ainda que esta decisão seja de uma das partes apenas, é que começou a ecoar a possibilidade do divórcio liminar, nos divórcios litigiosos, podendo ser decretado logo no início da lide, relegando, ao final, outras questões mais complexas, como partilha de bens e pensão alimentícia.

⁵⁴ IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Estatísticas do Registro Civil 2013**. Rio de Janeiro, v. 40. Disponível em: <ftp://ftp.ibge.gov.br/Registro_Civil/2013/rc2013.pdf>. Acesso em: 09 dez. 2014.

Segundo expõe Pablo Stolze Gagliano, por ser um direito potestativo, não há nada que impeça o magistrado de, liminarmente, antecipar os efeitos da tutela, decretando, no curso do processo o divórcio, pois não faz sentido manter o casal unido matrimonialmente, quando já não há mais interesse.⁵⁵

É evidente, portanto, a facilitação do divórcio no sistema jurídico brasileiro a exemplo de vários outros países. Se representa os novos valores do direito de família contemporâneo, consagrador da dignidade da pessoa humana e da afetividade, conforme reconhece a doutrina majoritária⁵⁶, por outro lado, também preenche os objetivos perseguidos da maximização da eficiência no âmbito judicial, posto que minimiza a soma dos custos administrativos, embora não nos índices que se poderia obter, caso se buscasse mais as vias extrajudiciais.

Em que pese em nenhuma das motivações que conduziram às reformas haja referência à utilização da Análise Econômica, sob o crivo da mesma, as normas em comento podem ser consideradas eficientes, no sentido de diminuição de custos, mão de obra envolvida, redução do número e da complexidade processos.

Já para análise da eficiência sob o ponto de vista do mercado, não se pode deixar de considerar que, se no passado, o casamento retratava uma feição eminentemente patrimonialista, sendo o divórcio dificultado como forma de assegurar incólume o patrimônio da família, sendo essa preocupação salutar para a manutenção dos padrões sociais e econômicos da época, na contemporaneidade, o que importa é o movimento constante do mercado e da Economia.

Divórcio dificultado, significa dinheiro parado e propriedades fora do mercado, já que a demora procedimental das ações e a morosidade da justiça, faz com que os bens vinculados à partilha litigiosa não possam nem ser comercializados, nem servir de garantia bancária, por exemplo. Parece evidente não serem estes os objetivos econômicos atualmente perseguidos. Quanto mais se facilita a extinção do casamento, mais se agita a economia, pois a partilha faz terrenos, casas, apartamentos, veículos e outros bens retornarem, aquecendo o mercado mobiliário e imobiliário, ao mesmo tempo em que a busca pela compra ou locação de outros imóveis, permitindo a acomodação de ambos, agora em lares separados, também aumenta. O

⁵⁵ GAGLIANO, Pablo Stolze. Divórcio Liminar. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 19, n. 3960, 5_mai 2014. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/30424/divorcio-liminar>>. Acesso em: 25 nov. 2014.

⁵⁶ “Na ótica do constitucionalismo contemporâneo, então, a dissolução do enlace matrimonial há de ser compreendida como um verdadeiro direito da pessoa humana à vida digna, por conta da liberdade de autodeterminação, que há de ser compreendida inclusive sob o prisma afetivo.” (FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**: Família. p. 417).

mesmo se dá em relação a valores aplicados em conta-poupança ou outros tipos de investimentos que ficam, muitas vezes, por anos parado e que acabam por serem sacados e postos em circulação por ocasião do divórcio.

Portanto, para o mercado, a simplificação do divórcio funciona como um importante incentivo que se coaduna com as estratégias atuais orientadas no sentido de liquidez permanente e incessante giro de negociações, deixando a preocupação com a solidez para trás, ou seja, a principal motivação é a lucratividade.

Por sua vez, as alterações para os sujeitos funcionam como incentivo da consolidação do direito de liberdade, representando o divórcio uma alternativa viável no sentido de desfazer-se de um investimento (de tempo, dinheiro, bens) que já não mais é rentável.

As alterações legais contribuíram também para a redução das despesas do casal com a questão processual e todos os custos em que isso implica, como também representam o abreviamento das angústias e resguardo de excessiva exposição das intimidades do casal, que serviam apenas para dificultar ainda mais todos os problemas inerentes à separação.

Em uma perspectiva menos racional, traduz-se também como autonomia, promoção da integridade e da dignidade da pessoa humana, fala-se até em humanização do instituto, que sintonizado com um novo tempo, promove os valores constitucionalmente assegurados⁵⁷.

Porém, em que pese a doutrina familista majoritária apontar apenas os aspectos positivos das alterações, há também consequências negativas que não podem ser olvidadas. A facilitação do divórcio é apta a gerar atitudes irrefletidas, pois a urgência de resolver tudo instantaneamente, tolhe ou reduz a capacidade de pensar e agir com clareza, desorientando e fazendo aflorar as angústias e sofrimentos.

Essa instabilidade é própria das relações contemporâneas, revelando-se as alterações sobre o divórcio um mecanismo condizente com essa nova forma de viver, em que os laços que unem as pessoas não interessam mais de forma prioritária para grande parcela da população, já que o encargo do Sujeito tornou-se a busca incessante pela satisfação de seus desejos, que o torna cada

⁵⁷ A Constituição passou a compreender o divórcio “com uma feição mais ética e humanizada, compreendendo o divórcio como um instrumento efetivo e eficaz de promoção da integridade e da dignidade da pessoa humana. Essa humanização implica, inclusive, em evitar a excessiva exposição da intimidade do casal, fazendo com que o divórcio esteja sintonizado com um novo tempo, no qual a dignidade do ser humano sobrepuje os formalismos legais.” (FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**: Família. p. 413).

vez mais desarmado internamente.

E “é esse estado de solidão e de miséria subjetiva que fundamenta, em parte, a escalada consumista, que permite à pessoa oferecer a si mesma, pequenas felicidades como compensação pela falta de amor, de laços e de reconhecimento,” como advertem Gilles Lipovetski e Jean Serroy.

58

Todo esse cenário apresenta-se como campo fértil para a ocorrência de externalidades⁵⁹ negativas, não só em relação ao próprio casal, como também para os filhos. Não é novidade de que a extinção do casamento é momento propício para as práticas de alienação parental, tornando-se os filhos as principais vítimas de uma relação mal acabada.

Diante do exposto, observa-se que a alteração do divórcio na legislação brasileira, segundo a AED, atingiu a eficiência, sob ponto de vista do mercado, no tocante às expectativas de lucro e circulação de bens e dinheiro, sem qualquer preocupação social. Já em relação aos sujeitos, colocando-se tudo na balança, o saldo não é tão positivo, ao menos não na visão da busca do bem-estar. Mais uma vez a dignidade da pessoa humana surge como principal fundamento, representando muitas conquistas (como a concretização da intervenção mínima do Estado e da liberdade dos sujeitos), não se pode negar, porém, junto a elas, a fragilização e a vulnerabilidade dos laços e da própria subjetividade, típicas da complexidade do mundo contemporâneo e dos ideais econômicos capitalistas, são realçadas mais uma vez.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Limitado a uma análise consoante o nível positivo, com intenção de observar o direito posto, a AED mostrou-se útil para desvelar que as recentes leis do divórcio estão sendo construídas em consonância com os objetivos eficientistas que buscam primordialmente o custo/benefício, ou seja, objetiva a redução dos custos estatais, além de atender aos lucrativos interesses mercadológicos. O bem-estar dos sujeitos e das próprias relações até pode ser atingido, mas normalmente não são o objetivo principal.

⁵⁸ LIPOVETSKI, Gilles; SERROY, Jean. **A Cultura-Mundo**: resposta a uma sociedade desorientada. Tradução Maria Lúcia Machado. São Paulo: Companhia das Letras, 2011, p. 56. “Quanto mais os laços sociais e interindividuais se tornam frágeis ou frustrantes, mais triunfa o consumismo como refúgio, evasão, pequena ‘aventura’ remediando a solidão e as dúvidas sobre si próprio.”

⁵⁹ Externalidades são os efeitos que as ações individuais causam em terceiros. Podem ser tanto positivas (benefícios) quanto negativas (custos).

Não se pretendeu e nem se concorda com todos os pressupostos da AED, contudo, a maneira como se apresentam as normas e seus efeitos a partir da noção de eficiência não pode ser desconsiderada no contexto atual do direito de família. Daí que é importante seu desvelar e ao mesmo tempo a oposição de barreiras a tudo que reduz a eficácia dos direitos fundamentais, inexistentes na lógica do custo/benefício. Atender aos interesses lucrativos do mercado e do Estado, deixando o bem-estar do sujeito de lado, subverte a proteção de seus direitos.

O direito de família contemporâneo em seu discurso valoriza a autonomia privada, a dignidade da pessoa humana, a liberdade e o querer individual, mas não se pode negar estar totalmente coerente com os objetivos traçados pela ideologia econômica em pauta. A subjetividade está comprometida, as relações fragilizadas, a satisfação dos desejos veloz e inconstante, capaz de a todo tempo inventar e mudar as formas de prazer, causando mais e mais a sensação de abandono, de solidão. A complexidade das relações desafia o direito a todo momento, que terá cada vez mais dificuldades de encontrar soluções razoáveis, principalmente se colocar os propósitos da lógica custo/benefício em primeiro lugar. O que se propõe é a efetiva prioridade dos sujeitos e de seu bem-estar tanto na construção das leis, quanto na aplicação do direito de família.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ARAÚJO, Fernando. **Análise Económica do Direito**: programa e guia de estudo. Coimbra: Edições Almedina, 2008.

BECKER, Gary. **Tratado sobre la familia**. Tradução de Carlos Pereita de Grado. Madrid: Alianza Editorial, 1987.

CANÊDO-PINHEIRO, Maurício; LIMA, Luiz Renato; DE MOURA, Rodrigo Leandro. Fatores Econômicos e Incidência de Divórcios: Evidências com Dados Agregados Brasileiros. In: ENCONTRO NACIONAL DE ECONOMIA – ANPEC, 36., **Anais...** São Paulo. 2008. Disponível em: <<http://www.anpec.org.br/encontro2008/artigos/200807101810570-.pdf>>. Acesso em: 01 jul. 2014.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito & Economia**. 5. ed. Tradução Luis Marcos Sander, Francisco Araújo da Costa. Porto Alegre: Bookman, 2010.

COULON, Fabiano Koff. Critérios de quantificação dos danos extrapatrimoniais dotados pelos Tribunais brasileiros e análise econômica do Direito. In: TIMM, Luciano Benetti. **Direito & Economia**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Família**. 5. ed. Bahia: Jus Podium, 2013.

FERREIRA, Cristiana Sanchez Gomes. Análise Econômica dos Institutos do Casamento e do Divórcio. In: CONGRESSO ANUAL DA ASSOCIAÇÃO MINEIRA DE DIREITO E ECONOMIA, 4., **Anais...**, Belo Horizonte: 2012.

GAGLIANO, Pablo Stolze. Divórcio Liminar. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 19, n. 3960, 5 maio 2014. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/30424/divorcio-liminar>>. Acesso em: 25 nov. 2014.

GICO JÚNIOR, Ivo. Introdução à Análise Econômica do Direito. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinícius. **O que é Análise Econômica do Direito: uma introdução**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

GONÇALVES, Everton das Neves; STELZER, Joana. Eficácia e Direito: pecado ou virtude; uma incursão pela Análise Econômica do Direito. **Revista Jurídica**. Curitiba: Unicuritiba. 2012. v. 1, n. 28, 2012. Disponível em: <<http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/412>>. Acesso em: maio 2014.

HÄBERLE, Peter. **El Estado constitucional**. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003.

HIKS, John. **Value and Capital**. Oxford: Clarendon Press, 1939.

IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Comentários aos indicadores da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios: 2009-2011**. Disponível em <ftp://ftp.ibge.gov.br/Trabalho_e_Rendimento/Pesquisa_Nacional_por_Amostra_de_Domicilios_anual/2011/Sintese_Indicadores/comentarios2011.pdf>. Acesso em: 30 maio 2014.

IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Estatísticas do Registro Civil 2012**. Rio de Janeiro, v. 39, 2013. Disponível em: <ftp://ftp.ibge.gov.br/Registro_Civil/2012/rc2012.pdf>. Acesso em: 30 maio 2014.

IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Estatísticas do Registro Civil 2013**. Rio de Janeiro, v. 40. Disponível em: <ftp://ftp.ibge.gov.br/Registro_Civil/2013/rc2013.pdf>. Acesso em:

09 dez. 2014.

KALDOR, Nicholas. Welfare propositions in economics. **Economic Journal**, v. 49, 1939.

LIPOVETSKI, Gilles; SERROY, Jean. **A Cultura-Mundo**: resposta a uma sociedade desorientada. Tradução Maria Lúcia Machado. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

NUSDEO, Fábio. **Curso de Economia**: introdução ao Direito Econômico. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **La Universalidad de los derechos humanos y el Estado Constitucional**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002.

PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Direito, Economia e Mercados**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

POSNER, Richard. **El Análisis Económico del Derecho**. 2. ed. Traducción Eduardo L. Suárez. México: Fondo de la Cultura, 2007.

RODRIGUES, Filipe Azevedo. **Análise Econômica da Expansão do Direito Penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2014.

ROSA, Alexandre Morais; LINHARES, José Manuel Aroso. **Diálogos com a Law and Economics**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2011.

SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é Direito e Economia? In: TIMM, Luciano Benetti. **Direito e Economia**, 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, p. 49).

SEN, Amartya. **Em sobre Ética e Economia**. Tradução Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

SZTAJN, Raquel. Direito de Família: Notas de análise Econômica. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA: A FAMÍLIA NA TRAVESSIA DO MILÊNIO, 2., 2000, Belo Horizonte. **Anais...** Belo Horizonte: IBDFAM; OAB-MG; Del Rey, 2000. Disponível em: <<https://www.ibdfam.org.br>>. Acesso em: 05 jun. 2014.

WONNACOTT, Paul; WONNACOTT, Ronald. **Economia**. Tradução e revisão Celso Seiji Gondo et al. 2. ed. São Paulo: Makron Books, 1994.

MOTIVOS JURÍDICOS, ECONÔMICOS E TEÓRICOS QUE LEVAM A NÃO PROTEÇÃO DO CONHECIMENTO TRADICIONAL NA LEGISLAÇÃO PÁTRIA: UMA LEITURA REALIZADA SOB A PERSPECTIVA DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO.

José Everton da Silva¹

Marcos Vinicius Viana da Silva²

INTRODUÇÃO

O Brasil é uma das nações com a maior diversidade biológica³, o que traduzido de forma geral coloca o país na privilegiada posição de ser um dos países do mundo com maior potencial de prospecção de novos produtos e processos derivados de plantas e de animais, muitos dos quais ainda nem descobertos.⁴

É claro que toda esta riqueza é foco do interesse e da ganância de outras nações e, principalmente, das indústrias, que buscam novas fontes de pesquisa e de domínio econômico, através dos mecanismos de Propriedade Intelectual.

Um dos mecanismos mais utilizados pelo interesse do grande capital para ter acesso a esta biodiversidade é a apropriação dos chamados Conhecimentos Tradicionais, oriundo da cultura de índios, seringueiros, ribeirinhos, castanheiros, pescadores e quilombolas.

Este conhecimento acaba se revelando fundamental para o acesso direto a plantas e animais, que acabam servindo de base para pesquisa científica, diminuindo e muito o tempo, o custo e a energia para obtenção de novos medicamentos, cosméticos, produtos industriais etc.⁵

¹ Acadêmico do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI (doutorado). Itajaí/SC. Contato: caminha@univali.br.

² Mestre pelo Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI. Itajaí/SC. Contato: mvsilva0805@univali.br.

³ Segundo o Relatório Nacional para a Convenção sobre Diversidade Biológica (MMA, 2011), o Brasil é o país de maior diversidade biológica do planeta, junto com outros 17 países que reúnem 70% da fauna e flora até o momento pesquisado no mundo. Disponível em: http://www.mma.gov.br/estruturas/sbf2008_dcbio/_arquivos/quarto_relatorio_147.pdf.

⁴ TYBUSCH, Jerônimo Siqueira; ARAÚJO, Luiz Ernani Bonesso; DA SILVA, Rosane Leal.(org) **Direitos Emergentes na Sociedade Global – Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFSM**. Ed. Unijui. Ijuí, 2013.p.142.

⁵ D'ORNELLAS, Maria Cristina G.S e PEIXOTO, Sheila da Silva. **Reflexões sobre o acesso a repartição de benefícios gerados a partir dos recursos genéticos e Conhecimentos Tradicionais associados diante da realidade brasileira**. Uberlândia: Ed. UFU.2012 p.13022/13042.

Esta riqueza derivada da Biodiversidade representa um recurso estratégico para o Brasil, e por esta mesma razão, implica para a nação brasileira um compromisso, no sentido de uma atuação forte e decisiva no âmbito da Convenção sobre Biodiversidade Biológica, bem como, na construção de políticas públicas, não só voltadas à preservação,⁶ mas também a conscientização da importância deste acervo para o futuro, implicando o manejo sustentável desta biodiversidade.⁷

Contudo, apesar da importância do tema, carece de legislação pertinente acerca da proteção dos conhecimentos tradicionais, motivo pelo qual, muitas das vezes, tais saberes são retirados da nação brasileira sem o devido crédito econômico e social ao povo que detinha tal conhecimento.

Neste sentido, o presente trabalho busca evidenciar como o conhecimento tradicional tem relação direta com o mercado industrial, e inerente a isto com o mercado econômico, muitas vezes tutelado por uma análise puramente financeira.

O objetivo da pesquisa está exposto na busca por analisar se a falta de legislação específica ao conhecimento tradicional, ou ainda de outros mecanismos para sua proteção, ocorre devido ao desinteresse do mercado econômico e das grandes corporações.

Como hipótese, compreende-se que apesar de princípios internacionais voltados a proteção da biodiversidade e do conhecimento tradicional, sua proteção permanece escassa e mal formulada, a medida que não satisfaz o interesse dos grandes blocos econômicos.

Para o desenvolvimento da pesquisa, fora utilizado o método indutivo, tanto para coleta dos dados quanto no tratamento dos mesmos durante toda a pesquisa, aplicando técnicas do referente e do fichamento conforme preconiza o doutrinador Pasold⁸ para as análises pertinentes.

1. A BIODIVERSIDADE E O CONHECIMENTO TRADICIONAL

O saber dos povos tradicionais foi durante muito tempo completamente ignorado pela

⁶ Como afirma Santos: “de repente, o mundo todo descobria que as florestas tropicais concentram os habitats mais ricos em espécies do planeta, ao mesmo tempo que descobria que elas correm o maior risco de extinção” SANTOS, Boaventura de Souza (org). **Semear outras soluções: os caminhos da biodiversidade e dos Conhecimentos rivais**. Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira, 2005, p. 140.

⁷ FIORILLO, Celso Antonio Pacheco; DIAFÉRIA, Adriana. **Biodiversidade, patrimônio genético e Biotecnologia no Direito Ambiental**. 2ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p.25.

⁸ PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica: Teoria e Prática**. 12ª Edição revisada. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

sociedade, entretanto, modernamente ele passou a ser conhecido como Conhecimento Tradicional.

Esta forma de saber, refere-se na verdade a aprendizagem desenvolvida ao longo de gerações, que com seu contato e viver com a natureza, acabaram por descobrir interações, que na atual sociedade liberal e capitalista possuem potencial inovador e inventivo, principalmente nas áreas de fármacos, sementes, cosméticos e agrotóxicos.⁹

Pode-se definir Conhecimento Tradicional como o conjunto de saberes e saber-fazer a respeito do mundo natural e sobrenatural, transmitido oralmente, de geração em geração¹⁰.

Ainda no mesmo sentido, Berckes¹¹ afirma que o conhecimento tradicional pode ser entendido como:

[...] corpo acumulativo de Conhecimento, práticas e crenças das comunidades tradicionais sobre a relação entre os seres vivos (inclusive o homem) e o seu ambiente, que se desenvolve ao longo do tempo através de um processo adaptativo e é repassado através de gerações por transmissão cultural.

No sentido de dar maior positividade ao tema, a Convenção da Biodiversidade¹², que regula previsão constitucional sobre o tema, tem o seguinte entendimento sobre o Conhecimento Tradicional associado “[...] práticas, Conhecimentos empíricos e costumes passados de pais para filhos e crenças das comunidades tradicionais que vivem em contato direto com a natureza; é o resultado de um processo cumulativo, informal e de longo tempo de duração.”

A prática das relações estabelecidas no interior das comunidades caracteriza-se por uma troca constante, o que equivale dizer, que o conceito de Conhecimento Tradicional e, conseqüentemente, sua inter-relação com o de biodiversidade se moldam e se associam aos aspectos culturais das comunidades envolvidas.¹³

A questão da sustentabilidade também se insere neste contexto, pois se não se associar a

⁹ SANTILLI, Juliana. Biodiversidade e Conhecimentos tradicionais associados: novos avanços e impasses na criação de regimes legais de proteção. In: LIMA, André e BENSUSAN, Nurit. **Quem cala consente? subsídios para a proteção aos Conhecimentos tradicionais**. São Paulo: Instituto Socioambiental. 2003, p. 53.

¹⁰ DIEGUES, A. C.; ARRUDA, R. S. V. (orgs.). **Saberes tradicionais e biodiversidade do Brasil**. São Paulo. EdiUSP. 2001.p.05.

¹¹ BERKES, Fikret. **Context of traditional ecological knowledge**. In: **Sacred Ecology: traditional ecological knowledge and resource management**. Philadelphia.1999. p.4.

¹² Conferência das Nações Unidas para o meio Ambiente e o Desenvolvimento. Convenção sobre Biodiversidade Biológica. Rio de Janeiro.jun.1992. Disponível em: www.mma.gov.br/estruturas/sbf_chm_rbbio/_arquivos/cdbport_72.pdf. Acesso em 08 de maio de 2014.

¹³ CAPRA, Fritjof. **A teia da vida**. São Paulo: Cultrix, 2002. p.18.

valoração (quer afetiva ou econômica) que as comunidades estabelecem como seu entorno, é no mínimo desconhecer o potencial de sustentabilidade que o Conhecimento Tradicional possa ter, podendo-se inclusive falar em sustentabilidade social.¹⁴

É bem verdade que muitas práticas destes povos, que são milenares, nem sempre foram reconhecidas, no entendimento de Bensusan¹⁵, há um preconceito dos cientistas em relação a esse tipo de Conhecimento, muitas vezes tachado de primitivo e atrasado.

Nas palavras de Bensusan¹⁶ “a ciência foi se desenvolvendo e permeando toda a vida ocidental, o Conhecimento Tradicional foi crescentemente desdenhado e desvalorizado, quase como se fosse uma protociência, ou mesmo um não-Conhecimento”.

A partir do final do século XX, o entendimento existente sobre o tema começa a mudar, o Conhecimento Tradicional passa a representar um importante fator de inovação, e potencializado ao máximo com o fim da guerra fria, quando o sistema capitalista se torna hegemônico.

Segundo dos Santos¹⁷, “vivemos na ‘era’ da biotecnologia”. Como decorrência da manipulação genética, a grande certeza deste início do século XXI é de que a Biotecnologia será um dos maiores campos de desenvolvimento na contemporaneidade.

Com o aumento da chamada Biotecnologia moderna, “a biodiversidade passou a ser valorizada não apenas pela sua observância ambiental, mas também pelo seu valor econômico real ou potencial, vez que é matéria-prima da biotecnologia”¹⁸.

Uma competição cada vez mais acirrada, principalmente no ramo dos fármacos e cosméticos, o acesso a informações privilegiadas, pode representar um importante passo no caminho da obtenção de vantagens competitivas, dentro de um sistema capitalista cada vez mais concorrencial.

Dentro desta lógica, as diferenças entre norte e sul, países desenvolvidos e não

¹⁴ FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: Direito ao Futuro**. São Paulo: Editora Fórum, 2009. p. 34.

¹⁵ BENSUSAN, Nurit. Biodiversidade, Recursos Genéticos e outros bichos esquisitos. In: **O Direito e o desenvolvimento sustentável: curso de direito ambiental**. RIOS, Aurélio Virgílio Veiga (org.). São Paulo: Peirópolis, 2005, p. 61.

¹⁶ BENSUSAN, Nurit. Biodiversidade, Recursos Genéticos e outros bichos esquisitos. In: **O Direito e o desenvolvimento sustentável: curso de direito ambiental**. RIOS, Aurélio Virgílio Veiga (org.). São Paulo: Peirópolis, 2005, p. 61.

¹⁷ SANTOS, Laymert Garcia dos. **Desencontro ou "mal encontro"? Os biotecnólogos brasileiros em face da sócio e da biodiversidade**. Novos estud. - CEBRAP [online]. n.78, pp. 49-57, 2007, p 49. Disponível em: <http://www.scielo.br>. Acesso em: 16 de jun. 2014.

¹⁸ ARCANJO, Francisco Eugênio Machado; PÉREZ, Héctor Leandro Arroyo Pérez. **Como combater a Biopirataria utilizando a Lei de Patentes Estadunidense**. Revista de Direitos Difusos, São Paulo, v. 38, p. 39-53, jul./ago. 2006, p 39.

desenvolvidos, afloram também no debate, repetindo a mesma lógica presente na regulação da Propriedade Intelectual, ou seja, os interesses dos países ricos, não são necessariamente o melhor para os países pobres.¹⁹

Mas aqui, ao contrário do debate presente no caso da Propriedade Intelectual, onde os interesses sobre a regulação da matéria são todos por parte dos países ricos, o debate presente sobre a regulação e valoração do Conhecimento Tradicional é um debate essencialmente de interesse dos países em desenvolvimento.

Discorridos estes pontos, compreende-se que o conhecimento tradicional tem enorme importância nas comunidades em que está inserido, bem como em todos aqueles que dele se utilizam, de maneira direta ou indireta, através das indústrias que criam produtos com base nestas formas de saber.

Isto posto passa-se a analisar as legislações pertinentes a este tema, quer dentro do ordenamento jurídico brasileiro, quer ainda na esfera internacional. O estudo destes pontos será fundamental para posterior análise do tema relacionada a esfera econômica.

1.1 a proteção do conhecimento tradicional no ordenamento jurídico

Em sede internacional, a proteção da biodiversidade é preconizada pela Convenção da Diversidade Biológica e apresenta contornos de normas de direitos fundamentais, as quais, recepcionadas pelo ordenamento jurídico brasileiro, apresentam-se como normas constitucionais, conforme o teor do art. 5º da CRFB.

A Convenção da Diversidade Biológica, em seu preâmbulo, como também nos art. 1º, 8º, alínea —j , 10, alínea —e , e 15, aduz a princípios fundamentais e norteadores para a conservação e utilização sustentável da diversidade biológica, dispondo também sobre o acesso aos recursos

¹⁹ Boaventura de Sousa Santos introduziu em seus trabalhos recentes a epistemologia ou diversidades epistemológicas como categoria que auxilia na melhor compreensão das dinâmicas de relação entre os países desenvolvidos, aqui denominados países do norte, e aqueles em desenvolvimento ou por se desenvolver, os chamados países do sul. Epistemologicamente o eixo de países do norte foi quem conduziu o critério para demarcar o Conhecimento e o não-Conhecimento ao longo da história. Outrora tal linha era demarcada pela filosofia, depois pela teologia, por fim pela atividade científica, mas sempre numa perspectiva ocidental, essencialmente europeia. Esta linha demarcatória do saber constitui, na visão do autor, verdadeiro pensamento abissal, no sentido de que somente pode ser considerado como Conhecimento aquilo que está dentro do modelo estabelecido, relegando o que está fora de tal modelo ao abismo, ao não reconhecimento. SANTOS, Boaventura de Souza. **Para além do pensamento abissal**: das linhas globais a uma ecologia de saberes. São Paulo: Cortez, 2013. p. 31-83.

genéticos e a repartição justa e equitativa dos benefícios relacionada a essa utilização.²⁰

Pode-se afirmar que o Direito Ambiental serviu como base e contexto para o que hoje se classifica como estudo de Direito Socioambiental, adicionando aos seus interesses de pesquisa o ser humano e seus aspectos culturais na relação com o meio ambiente.

Guilherme José Purvin de Figueiredo²¹, afirma acerca do início da preocupação do Direito com o meio ambiente, que “vigiam desde 1521 as Ordenações Manuelinas, que continham algumas disposições de caráter protecionista”.

Na década de 1980, tem-se o despertar da sociedade para a importância do meio ambiente para a sobrevivência humana, principalmente ligada a escassez de combustíveis fósseis.²²

O ordenamento jurídico brasileiro, em relação à proteção do Conhecimento Tradicional associado à biodiversidade, prevê amparo constitucional. Os artigos 215, §1º, 216 e 231 da Constituição Federal vigente ensejam um arcabouço jurídico amplo e propício à proteção do Conhecimento Tradicional.²³

O Conhecimento Tradicional faz parte do patrimônio cultural brasileiro e, portanto, encontra proteção nos artigos 215 e 216 da Constituição Federal de 1988 que tutelam tal patrimônio.

O artigo 216 por sua vez, define patrimônio cultural, bem como, os meios utilizados para sua proteção assegurada pelo parágrafo primeiro, do art. 215.²⁴ O reconhecimento do Conhecimento Tradicional, acaba por romper a visão elitizada de que somente as manifestações culturais da classe dominante tinham valor.

Na simples observação do art. 216 e seus incisos, verifica-se a enumeração exemplificativa de um rol de elementos pertencentes ao patrimônio cultural. O patrimônio cultural imaterial é

²⁰ BENSUSAN, Nurit. Biodiversidade, recursos genéticos e outros bichos esquisitos. In: RIOS, Aurélio Virgílio Veiga (org.). **O Direito e o desenvolvimento sustentável**. São Paulo: Petrópolis; Brasília, DF: Instituto Internacional de Educação do Brasil, 2005.p.64

²¹ FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. A questão ambiental no direito brasileiro. In: KISHI, Sandra Akemi Shimada. SILVA, Solange Teles da. SOARES, Inês Virgínia Prado. (org). **desafios do Direito Ambiental no Século XXI. Estudos em homenagem a Paulo Affonso Leme Machado**. São Paulo: Malheiros, 2005, p.489.

²² SANTOS, Laymert Garcia dos. Quando o Conhecimento científico se torna predação high-tech: recurso genético e Conhecimento Tradicional no Brasil. In: **Semear outras soluções: os caminhos da biodiversidade e dos Conhecimentos rivais**. SANTOS, Boaventura de Souza (org). Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira, 2005, p. 140.

²³ DERANI, Cristiane. Patrimônio genético e Conhecimento Tradicional associado: considerações jurídicas sobre seu acesso. In: André Lima. (org.). **O Direito para o Brasil Socioambiental**. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2002.p.146-167

²⁴ AGUINAGA, Karyn Ferreira Souza. A proteção do patrimônio cultural imaterial e os Conhecimentos tradicionais. Disponível em:< <http://www.conpedi.org>. Acesso em: 18 out. 2014.

contemplado nos dois primeiros incisos e, em parte, no terceiro inciso do mencionado dispositivo.²⁵

Na opinião de Carlos Frederico Marés de Souza Filho²⁶, “(...) as manifestações de arte, formas e processos de Conhecimento, hábitos, usos, ritmos, danças, processos de transformação e aproveitamento de alimentos” integram esse patrimônio.

Para Wandscheer²⁷, a cultura das comunidades tradicionais (indígenas, afro-brasileiras, de seringueiros, de ribeirinhos, de quilombolas) está perfeitamente em consonância ao previsto no parágrafo primeiro, do artigo 215 da Constituição brasileira que reconheceu a multiculturalidade.

Assim, no entendimento da autora, os Conhecimentos Tradicionais gozam de proteção constitucional.²⁸

Desta forma, os Conhecimentos Tradicionais integram o patrimônio cultural na qualidade de bens de natureza imaterial e, portanto, gozam de proteção constitucional.

Também o art. 225 (parágrafo 1º, inc. II) da Constituição Federal fixa como deveres do poder público: tanto a preservação da diversidade e da integridade do patrimônio genético do País, quanto o de fiscalizar as entidades relacionadas à pesquisa e manipulação de material genético.

Entretanto, a sua regulamentação só foi ocorrer por meio da primeira medida provisória, a de número 2.052, de 29 de junho de 2000, posteriormente regulamentado pela medida provisória 2.186-16/2001. Finalmente, a Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005, regulamenta os incisos II, IV e V do § 1º do Art. 225 da CRFB.

Pode-se considerar como primeira iniciativa para regulamentar o tema no Brasil o ano de 1995, com a apresentação de Projeto de Lei da Senadora Marina Silva, PL 306/95. Mas a verdade é que o PL306/95 não empolgou os setores empresarial, acadêmico, mas principalmente não empolgou os próprios envolvidos com o Conhecimento Tradicional.

Em 1998, dois novos Projetos de Leis foram apresentados à Câmara dos Deputados: um de

²⁵MENDES, Gilmar; BRANCO, PAULO. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva.2013.p.318.

²⁶SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **Bens Culturais Proteção Jurídica**. Porto Alegre: Unidade Editorial. 1997. p 32.

²⁷WANDSCHEER, Clarissa Bueno. **Patentes e Conhecimento Tradicional: uma abordagem socioambiental da proteção jurídica do Conhecimento Tradicional**. Curitiba: Juruá. 2009.p.177.

²⁸WANDSCHEER, Clarissa Bueno. **Patentes e Conhecimento Tradicional: uma abordagem socioambiental da proteção jurídica do Conhecimento Tradicional**. Curitiba: Juruá. 2009.p.177.

autoria Federal, anexado à Proposta de Emenda Constitucional nº 618/98 e outro de autoria do deputado Jacques Wagner PT/BA.²⁹

A proposta de Emenda Constitucional (PEC) 618- A, buscava acrescentar o patrimônio genético, ao rol de bens da União, do art. 20 da Constituição Federal, até hoje não incluso, objetivando que toda e qualquer exploração de recursos genéticos, dependa da concessão da União.

Como justificativa, o Executivo Federal afirmava que esta era a melhor opção para a permissão de um controle adequado sobre o acesso ao patrimônio genético e a repartição dos seus benefícios.

Já o projeto de Lei do então deputado: Jacques Wagner, aprovado pelo Senado, previa a necessidade de contratos para fins de pesquisa científica, como forma de obtenção de permissão ao acesso aos recursos genéticos.

Todos esses Projetos de Lei, ainda tramitavam no ano de 2000, na Câmara dos deputados, quando a mídia noticiou um contrato entre a Novartis Pharma, empresa farmacêutica, e a Bioamazônia.³⁰

A repercussão sobre o caso foi enorme e, mais além, foi questionada a inexistência de legislação brasileira que protegesse os recursos genéticos, levando a não execução do contrato ente ambos, além de impulsionar para a edição da Medida Provisória 2.186-16.

A Medida Provisória n. 2.186-16, de 23 de agosto de 2001, que trata da proteção do Conhecimento Tradicional e do patrimônio genético brasileiro, apesar da crítica de muitos doutrinadores, entre eles Kish³¹ e Mota³², conceituou as comunidades tradicionais, informando que estas seriam as quilombola e indígena.

²⁹ O Projeto de Lei com a autoria do Executivo Federal contribuiu para a inserção do termo “patrimônio genético”, citado na Constituição Federal, prevendo também os contratos com a finalidade de tratar do acesso ao patrimônio genético e ao Conhecimento Tradicional associado nos casos relacionados ao uso econômico, sendo esse último forte inspiração para a atual legislação, Medida Provisória 2.186-16/2001.

³⁰ PEÑA, Neira; DIEPERINK, Sergio C.; ADDINK, H. **Equitably sharing benefits from the utilization of natural genetic resources: the Brazilian interpretation of the convention on biological diversity**. *Electronic Journal of Comparative Law*, Vol. 6, nr. 3, October 2002. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=373620>. Trad. Marcos Vinícius Viana da Silva.

³¹ KISHI, Sandra Akemi Shimada. *Tutela jurídica do acesso à biodiversidade no Brasil*. 2004. Disponível em: <http://www.museu-goeldi.br/institucional/Sandra_A_S.pdf>. Acesso em: 15 mar. 2013.

³² MOTA, Maurício Jorge Pereira da. *Direitos intelectuais coletivos e função social da Propriedade Intelectual: os Conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade*. In: MOTA, M. J. P. da (Coord.) **Função Social do Direito Ambiental**. Rio de Janeiro. Elsevier, 2009. p. 90-153

Todavia, ficaram excluídas de tal conceito as as populações ribeirinhas, os seringueiros, os agricultores, os pescadores artesanais, e outras que certamente poderiam *a priori* ser abarcadas pelo conceito.

No mesmo sentido Santili³³, aponta algumas impropriedades, bem como, algumas inconstitucionalidades encontradas ao longo de suas dezenas de reedições.

Em sua reedição de 26 de abril de 2001, por exemplo, foi criado, no âmbito do Ministério do Meio Ambiente, o Conselho de Gestão do Patrimônio Genético³⁴, cuja composição é definida pelo Decreto 3.945/2001, definindo uma composição exclusivamente por representantes da Administração Pública Federal.³⁵

Desse modo, encontra-se desprezado — o comando constitucional do art. 23 (incisos III, VI e VIII), que estabelece a competência comum à União, Estados e Municípios para exercerem políticas públicas ambientais e suas atribuições administrativas para proteger o meio ambiente.

Estes são apenas alguns exemplos da dificuldade de se construir modelos de proteção ao Conhecimento Tradicional, quer pela própria natureza dos atores envolvidos (indígenas, caboclos, comunidades ribeirinhas entre outras) de notória dificuldade de inserção social, quer pela própria dicotomia entre os sistemas propostos de proteção, via Propriedade Intelectual, ou via sistema *sui generis*.

Acrescenta-se a tudo isto um processo de construção de pensamento jurídico, que preconiza a eficiência e a relação custo benefício, e teremos um cenário ainda mais difícil a proteção do Conhecimento Tradicional.

Evidentes estes argumentos, bem como clara a dificuldade no processo de elaboração de uma legislação realmente protetiva dos conhecimentos tradicionais, cabe agora discutir, até que ponto este estado da arte é previsível, através de uma análise pautada pela AED.

³³ SANTILLI Juliana. A proteção jurídica aos Conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade. In RIOS, Aurélio Virgílio Veiga e IRIGARY, Carlos Teodoro Huguency. **O Direito e o Desenvolvimento Sustentável: curso de direito ambiental**. São Paulo: Peirópolis. 2007.

³⁴ A Medida Provisória 2.186-16 de 2001, que criou em seu artigo 10 o Conselho de Gestão do Patrimônio Genético e atribuiu a ele competência para deliberar sobre autorização de acesso e remessa de amostras de patrimônio genético e acesso a Conhecimentos tradicionais associados.

³⁵ Conselho de Gestão do patrimônio Genético, regulado pelo Decreto 3.45, de 28 de setembro de 2001.

2. A TEORIA DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

A Análise Econômica de Direito (AED) tem seu surgimento no século XX, afirmando-se como uma importante escola jurídica de nossa época. Foi por sua influência, que as mais conceituadas escolas de Direito do mundo, e no caso Brasileiro, uma diretriz oficial, emanada do Ministério de Educação e Cultura³⁶, incorporaram em seus currículos a Economia, e conseqüentemente sua inter-relação com o Direito.

Podemos reconhecidamente apontar Adam Smith, David Ricardo e Thomas Malthus, como autores clássicos na área da economia, mas nenhum deles em suas obras aponta uma correlação entre o pensamento de natureza jurídica e a Economia.

Ainda que possamos entender que a obra mais famosa de Smith³⁷ a “Riqueza das Nações” é muito mais do que um tratado de Economia, podendo até mesmo ser classificado como um tratado filosófico, pois temas como ética, bem estar da sociedade e até da jurisprudência, em nenhuma de suas passagens podemos apontar uma correlação de pensamento entre a influência do Direito na Economia e de forma evidente da Economia no Direito, inaugurando o que modernamente chamamos de Análise Econômica do Direito (AED).

Será somente no início do século XX, em 1937 que a obra *The Nature of Firm*, de Ronald Coase vem a inaugurar uma corrente de pensamento que passará a ser denominada de Análise Econômica do Direito, ela na verdade representa a evolução natural de uma série de pensamentos econômicos advindos do século XIX e da revolução industrial.

O advento da II guerra, e a prevalência do pensamento Keinesiano no pós-guerra imediato, releva a AED a um segundo plano no contexto das teorias econômicas. Cabe a Guido Calabresi, com o texto *Some Thoughts on Risk Distributions and the Law of Torts* (1961), uma retomada importante, onde ele defende que a economia pode ser utilizada como um método de análise e interpretação do Direito, pedindo aos economistas que facilitassem esta ideia, utilizando um linguajar mais apropriado.

³⁶ RESOLUÇÃO CNE/CES N° 9, DE 29 DE SETEMBRO DE 2004. Art. 5º O curso de graduação em Direito deverá contemplar, em seu Projeto Pedagógico e em sua Organização Curricular, conteúdos e atividades que atendam aos seguintes eixos interligados de formação: I - Eixo de Formação Fundamental, tem por objetivo integrar o estudante no campo, estabelecendo as relações do Direito com outras áreas do saber, abrangendo dentre outros, estudos que envolvam conteúdos essenciais sobre Antropologia, Ciência Política, **Economia**, Ética, Filosofia, História, Psicologia e Sociologia.

³⁷ SMITH, Adam. **A riqueza das nações**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

Segundo Mercurio e Medema³⁸, a Análise Econômica do Direito, possui várias vertentes, mas é na Universidade de Chicago que ela encontra seu apogeu.

Podemos considerar dois períodos históricos do desenvolvimento dos estudos da análise econômica do Direito dentro da universidade de Chicago. O primeiro que vai do início do século até o final da década de 50, centralizava seus estudos nos campos de Direito diretamente ligados a economia (Direito Comercial, Empresarial, Regulação) e para fins de definição, passo a denominar de “velha escola”.

A partir dos anos 60 (principalmente com os estudos de Posner³⁹), a Análise Econômica do Direito passa a analisar áreas aparentemente não tão ligadas ao Direito e Economia, tais como regras contratuais, regras de responsabilidade civil, propriedade e até mesmo aspectos ligados ao Direito Penal e Processual.

Apenas para que o leitor não entenda de maneira equivocada, a distinção entre “velha e nova escola” não caracteriza uma ruptura, mas sim uma evolução, e um avançar sobre novas possibilidades de análise, distinta da obviedade entre Direito e ramos ligados diretamente com a economia.⁴⁰

A primeira grande matriz de influência da AED sobre novas áreas do Direito, surge com os estudos de Aghian e Demsetz, que influenciados por Aaron Director, tentam entender como o mercado poderia alocar direitos de propriedade, a partir de um trabalho coletivo, visando recompensar os membros do grupo de trabalho, diante da dificuldade de se conhecer qual foi a contribuição de cada um para a obtenção do resultado final.

A primeira tendência é resolver o problema fazendo a recompensa a partir da produtividade média do grupo. O que no longo prazo revela-se inadequado, pois os membros mais produtivos têm uma tendência a perderem a motivação, baixando assim a produção total. A solução apontada é a criação de empresas ou firmas.⁴¹

Coase, defende que a criação da firma ou empresa, cria as condições para organizar a produção, e afasta negociações frequentes para a divisão de lucros por exemplo, diminuindo os

³⁸ MERCURIO, N., e MEDEMA, S.G. **Economics and the law From Posner to Post-Modernism**. Princeton University Press, 1999. p.34

³⁹ POSNER, Richard. A., **El Análisis Económico del Derecho**. Fondo de Cultura Económico. Ciudad del México. 2013.

⁴⁰ COELHO, Cristiane de Oliveira. **A Análise Econômica do Direito enquanto Ciência, uma explicação de seu êxito sob a perspectiva da história do pensamento econômico**. Latin American and Caribbean Law and Economics Association. Annual Papers. Acesível em, repositorios.edlib.org/bple/alacde/050107-10.

⁴¹ COASE, R.H. **The nature of the firm**. In *Economica*, Vol.4, Nr. 16. Chicago. 1937, p.390 e 391.

custos decorrentes. Mais do que advogar a criação de firmas, o importante deste experimento é fixar um conceito que será caro para a análise econômica do Direito, o conceito de custos de transação.

Coase utiliza o exemplo da fábrica poluidora e o condomínio vizinho, defendendo que a solução do problema não passa necessariamente pela externalidade negativa da ação da fábrica sobre o condomínio. Coase afirma que é necessário ponderar os custos de deslocamento do condomínio, que se forem menores do que a supressão da fábrica, então o que ele chama de externalidade negativa, muda de lado, e passa a ser do condomínio em relação à fábrica. Assim a maximização do benefício geral, seria o deslocamento do condomínio e não da fábrica. Partindo desta análise, ele conclui pela total ausência de relevância do conceito de externalidades (tão caro ao Direito) e reafirma seu principal referencial teórico, ou seja, na ausência de custos de transação, atribuir direitos de propriedade, em nada muda a alocação final dos bens entre os envolvidos.

Diante do pensamento jurídico tradicional, o pensamento do *Law and Economics* representa uma mudança de paradigma, imaginar que o justo seria remover o condomínio, mediante uma compensação paga pela fábrica passa a permitir que qualquer decisão no Direito, possa ser analisada pela questão dos custos de transação⁴².

Assim a maximização do benefício geral, seria o deslocamento do condomínio e não da fábrica. Partindo desta análise, ele conclui pela total ausência de relevância do conceito de externalidades (tão caro ao Direito) e reafirma seu principal referencial teórico, ou seja, na ausência de custos de transação, atribuir direitos de propriedade, em nada muda a alocação final dos bens entre os envolvidos.⁴³

Posner defende que a principal, se não a única, função de um jurista, é a de garantir a alocação de direitos entre as partes de maneira “eficiente”. A partir desta análise, a única saída seria o estudo interdisciplinar de Economia e Direito, para podermos capacitar os juristas para o exercício “eficiente” da jurisdição⁴⁴.

⁴² MERCURO, N., e MEDEMA, S.G. **Economics and the law From Posner to Post-Modernism**. Princeton University Press, 1999. p.55.

⁴³ COASE, R.H. **The problem of Social Cost**. Journal of law and Economics. 3(1), 1.1960.p.17 e 18.

⁴⁴ Posner explica que o conceito de eficiência é talvez, o mais comum sentido de justiça que se pode encontrar. “A moral system founded on economic principles is congruent with, and com give structure to, our everyday moral intuitions”. POSNER, Richard. A., **El Análisis Económico del Derecho**. Fondo de Cultura Económico. Ciudad del México. 2013.p84.

Na visão de Morais da Rosa⁴⁵ “A grande estratégia da AED foi a de deslocar o critério de validade do Direito do plano normativo para o econômico, a saber, ainda que as normas jurídicas indiquem para um sentido, o condicionante econômico rouba a cena e intervêm como fator decisivo.”

O cenário jurídico ideal seria aquele que tivesse segurança jurídica (leis claras e eficazes), garantindo a propriedade e os contratos, num discurso neoliberal reformador.

Pode-se com certeza afirmar que o alicerce do pensamento da AED é a questão da eficiência, e aqui duas teorias complementares ajudam a sistematizar uma lógica para o critério de eficiência dentro da AED. O primeiro é o “ótimo de Pareto” – que resumidamente pode ser anunciado, como a situação em que é impossível a melhora de alguém sem que outro seja prejudicado.⁴⁶

A grande questão, antecipa Morais da Rosa, é a dificuldade da sua execução, pois não há como prever todos os fatores e a possível influência e efeitos sobre terceiros, além do que teríamos que admitir que a análise do mercado seria melhor se feita de forma estática, o que contraria a dinâmica inerente ao mercado.

Dentro desta lógica os que defendem a *Law Economics*, em relação ao papel do Poder Judiciário, no que tange ao Direito de Propriedade, defendem uma inovação na interpretação do Direito, abandonando os conceitos clássicos de propriedade, e concedendo-a a quem possa melhor valorá-la dentro de um critério econômico.

Na visão de Posner, é preciso deslocar o parâmetro de decisão do Judiciário, da visão dogmática de propriedade presente no Direito, para uma interpretação baseada no ótimo econômico.

Desta forma toda a estrutura da jurisdição se transforma numa espécie de agência do mercado, cuja função primordial (na visão de Posner) é ser o garantidor dos dogmas liberais (Propriedade e Contratos), fundamentando a decisão judicial, não mais no Direito mas na relação econômica.

Mas então qual pode ser a contribuição da AED para o entendimento do Direito?

⁴⁵ Da ROSA, Alexandre Morais. **Diálogos com a Law & Economics**. 2ª Ed. Rio de Janeiro:Lumen Juris,2011. P.73.

⁴⁶ PARETO, Vilfredo. **Manual de Economia Política**, volume I .Trad.João Guilherme Vargas Netto. São Paulo: Abril Cultural,1984. p.48.

Para Forgini⁴⁷ duas são as contribuições, a primeira é poder ajudar a entender os efeitos produzidos pela norma e a segunda é ajudar na investigação das origens e motivos da norma jurídica promulgada.

Mas não é suficiente refazer a estrutura do poder Judiciário dentro da lógica da AED, é preciso dentro deste contexto mudar o papel do juiz de direito, neste novo papel o compromisso não é mais com a ordem jurídica válida, mas sim com a “maximização da riqueza”.

Esta é a questão fundamental, a AED pretende afastar o Direito de sua concepção rígida e formal, adaptando-a a lógica do mercado. A lei perde um pouco de sua noção hierárquica, submetendo-se a lógica custo/benefício.

Isto posto, normas e legislações voltam-se ao mercado para sua construção, elaboração e desenvolvimento, motivo pelo qual toda a matéria legislativa passa, segundo a EAD, a ser analisada perante uma lógica de mercado.

Neste sentido, o próximo item da pesquisa busca traçar um paralelo entre o conhecimento tradicional e a falta de legislação sobre o assunto, somada a ideia de direito relacionado a mercado.

3. A FALTA DE PROTEÇÃO DO CONHECIMENTO TRADICIONAL EXPLICADO ATRAVÉS DO PRISMA DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO.

O conhecimento tradicional é um tópico em evidencia nos dias atuais, quer seja porque está ligado diretamente à indústria e ao comércio internacional, ou pelo acirramento da discussão em torno de sua discussão e os aspectos oriundos da Propriedade Intelectual; ou ainda devido a relação que tal conhecimento tem com uma parte menos desenvolvida do planeta, levando-se em consideração que a maioria dos países que possui Conhecimento Tradicional a ser protegido, encontra-se no bloco menos desenvolvido das nações.

Evidente estes pontos, e compreendida, mesmo que basicamente, no que consiste a AED, destaca-se agora alguns argumentos sobre os motivos pelo qual, apesar da previsão constitucional do Conhecimento Tradicional, sua aplicação se torna tão complexa.

⁴⁷ FORGINI, Paula A. A Análise econômica do Direito:Paranóia ou mistificação.In: MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson (org.). **Dialogos Constitucionais:Direito, Neoliberalismo e Desenvolvimento em Países Periféricos**.Rio de Janeiro:Renovar,2006.p.435-440.

Assim, é preciso inicialmente chamar a atenção para os apontamentos de Fritjof Capra⁴⁸, que aduz: *“Dichos valores relacionados con várias corrientes culturales de occidente consideran certa la idea de que el método científico es el único enfoque válido para llegar al conocimiento”*.

Na visão apontada por Ribeiro e Prieto⁴⁹, o apossamento por parte das grandes empresas, notadamente as de origem farmacêutica, dos conhecimentos advindos do saber do povo, podem ser justificados pela ausência de rigor científico deste conhecimento e portanto, sua apropriação, poderia ser no mínimo justificada.

Mas da mesma forma que os interesses do capital conflitam com os interesses do social, aqui, no campo do reconhecimento do saber tradicional, vigora uma nítida separação entre os países desenvolvidos e de baixa diversidade biológica, e os países pobres ou em desenvolvimento, detentores da maioria da biodiversidade planetária.

O Brasil, entre eles, é considerado um dos países de maior biodiversidade, e conseqüentemente, aonde o saber tradicional tem uma importância fundamental, para as pesquisas e a geração de novos medicamentos ou novas substâncias com potencial comercial.

O que podemos deduzir das premissas acima apontadas, é que a necessidade da proteção do Conhecimento Tradicional é mais importante do ponto de vista econômico aos países em desenvolvimento do que aqueles desenvolvidos, já que por via da Propriedade Intelectual, atualmente existente, já conseguem este objetivo por meio de patentes.

Por outro lado a necessidade de uma definição de marco regulatório passa necessariamente pela construção de uma legislação transnacional, está baseada aqui na visão do sociólogo alemão Beck⁵⁰, da substituição das relações internacionais de conflito/disputa por relações transnacionais de solidariedade e cooperação.

Há aqui uma nova dialética das questões globais e locais que não se encaixam na política nacional”, escreve, e “só num quadro transnacional podem elas adequadamente serem colocadas, debatidas e resolvidas.

A regulação do direito ao Conhecimento Tradicional se amolda ao conceito de Beck do

⁴⁸ CAPRA, Fritjof. **El Punto Crucial. Ciencia, sociedad y cultura naciente**. Buenos Aires: Editorial Troquel, 1992. p.80.

⁴⁹ RIBEIRO, B. B.; PRIETO, V. C.. **Alianças estratégicas no varejo farmacêutico: vantagens e desvantagens na percepção do gestor**. Gestão & Produção (UFSCAR. Impreso), v. 20, p. 667-680, 2013.

⁵⁰ BECK, Ulrich. **Liberdade ou Capitalismo**. Tradução de Luiz Antonio Oliveira de Araújo. São Paulo: Litera mundi, 2001. p.69.

surgimento de uma faixa de ação própria das sociedades mundializadas.

A construção deste marco regulatório de proteção dos conhecimentos tradicionais, baseada numa visão não baseada em patentes, não poderá ser efetivada dentro das premissas já existentes no âmbito da Propriedade Intelectual, pois o Conhecimento Tradicional é de caráter coletivo, via de regra de acesso gratuito, empírico e com clara visão social o que claramente o contrapõe ao direito de Propriedade Intelectual de caráter individual, de visão economicista e metodologicamente científico.

Ao nos determos no conceito de Conhecimento Tradicional, vemos o primeiro problema a ser enfrentado neste artigo, ou seja, a questão da Propriedade do Conhecimento Tradicional.

Neste caso não se trata nem de uma pessoa individualizada, nem mesmo de uma pessoa jurídica, mas essencialmente a característica do Conhecimento Tradicional é sua natureza coletiva.

Para o paradigma atual do ordenamento jurídico, comunidades locais e até mesmo indígenas, não possuem personalidade jurídica própria e portanto a rigor da previsão jurídica das regras de proteção intelectual não podem ser protegidas.

Os direitos de Propriedade Intelectual definidos nos acordos TRIPS se tornaram portanto um entrave aos direitos coletivos das populações tradicionais.

Primeiro, porque nele os direitos de Propriedade eram reconhecidos apenas como direitos privados, isto é, direito de Propriedade de um indivíduo ou de uma empresa, não de uma comunidade ou de um grupo de indivíduos. Segundo, porque só se reconhece tal direito quando o conhecimento e a inovação geram lucros e não quando satisfazem necessidades sociais.⁵¹

A premissa número um neste momento é o da construção de um novo marco regulatório para o reconhecimento do Conhecimento Tradicional, fora dos parâmetros defendidos pela Propriedade Intelectual, parâmetros estes construídos, a partir de uma construção coletiva, que envolva as comunidades, enfim a sociedade como um todo.

Nesta lógica, não se pode afastar dentro do entendimento da AED que a proteção dos Conhecimentos Tradicionais pela Propriedade Intelectual, através de patentes, se amolda ao conceito de eficiência, tão cara aos seus defensores.

⁵¹SHIVA, Vandana. **A Convenção sobre Biodiversidade**: uma avaliação segundo a perspectiva do terceiro mundo. Monoculturas da Mente: perspectivas da biodiversidade e da biotecnologia; trad. Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Gaia, 2003. p.11.

Para a AED os direitos das comunidades não podem representar um obstáculo para a proteção/produção, pois como no exemplo da fábrica poluente, os beneficiados pela produção dos medicamentos por exemplo, são em muito maior número, dos que aqueles que seriam prejudicados pelo não pagamento.

A possível contradição dentro do contexto da AED, se dá por conta da questão da propriedade, tão cara aos liberais que ela representa. Como podemos entender que os detentores do Conhecimento Tradicional, portanto os proprietários deste conhecimento possam ser lesados, sem ferir um pressuposto básico para os liberais?

Uma possível resposta está na essência do entendimento da AED, ou seja, voltamos ao caso da fábrica poluidora, não se discute a questão da propriedade, pois ela funciona como uma espécie de externalidade externa ao problema, ou seja, não é o fator principal, mas sim um fator secundário.

Desta forma o choque entre dois direitos, o Direito ao ressarcimento pelo conhecimento e o Direito a produzir riqueza, pela lógica da AED deve sempre se dar pela lógica da maior produção de riqueza.

A proteção do Conhecimento Tradicional por Patentes, apesar de servir ao grande capital em relação a discussão da proteção do Conhecimento Tradicional, não é o fator principal, ele é antes de tudo uma proteção do mercado pelo capital aplicado no desenvolvimento dos produtos, proteção esta de uma empresa em relação a outra.

As comunidades não têm nenhuma chance de se contraporem, assim dentro da lógica da AED o sistema atual é perfeito, aumenta a produção, distribui riquezas, desconsiderando externalidades externas (o direito a proteção do conhecimento tradicional).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho buscou discutir a relação direta que existe entre a propriedade industrial, o conhecimento tradicional e o Análise Econômica do direito, buscando entender como estes elementos podem estar intrinsecamente conectados.

A dificuldade em se encontrar um mecanismo aceitável de proteção dos conhecimentos tradicionais é uma realidade na legislação brasileira, bem como em vários outros países,

principalmente localizados em regiões em desenvolvimento ou não completamente desenvolvidas.

Acerca deste tema, cabe uma análise lógica, sob a qual foi feita a presente pesquisa - A quem interessa a proteção dos conhecimentos tradicionais? – tendo como resposta duas opções evidentes: as populações envolvidas ou ao mercado em geral.

Aplicando-se a lógica da AED, a maximização da eficiência se daria com a liberdade do mercado em apropriar-se deste conhecimento, já que, por exemplo, no caso dos fármacos mais pessoas seriam beneficiadas pelos medicamentos, do que as possíveis comunidades lesadas.

Para AED a relação custo/benefício se dá exatamente em detrimento do direito fundamental de cada comunidade sobre seu conhecimento. Relativizar o inegociável é uma das vertentes mais perversas da AED, pois o contraponto se dá exatamente pela lógica do mercado e de seus benefícios.

Mas a defesa de uma posição como esta não é fácil, melhor sorte tem o sistema em defender que a proteção do Conhecimento tradicional se dê pela lógica da proteção pela Propriedade Intelectual, e todas as suas condicionantes.

Desta forma, uma análise da proteção dos conhecimentos Tradicionais pela lógica da AED só pode concluir que a defesa das populações envolvidas não atende os interesses do mercado e portanto da AED, pois funciona como um entrave aumentando os custos de produção.

Desta feita, confirma-se a hipótese inicialmente aventada, levando-se em consideração que apesar da força internacional para a criação de legislações específicas relacionadas ao Conhecimento Tradicional, impera a lógica do mercado, exteriorizada pela EAD, não sendo protegido os povos menos favorecidos e envolvidos no repasse das informações utilizadas pela indústria.

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

AGUINAGA, Karyn Ferreira Souza. **A proteção do patrimônio cultural imaterial e os Conhecimentos tradicionais**. Disponível em:< <http://www.conpedi.org>. Acesso em: 18 out. 2014.

ARCANJO, Francisco Eugênio Machado; PÉREZ, Héctor Leandro Arroyo Pérez. **Como combater a Biopirataria utilizando a Lei de Patentes Estadunidense**. Revista de Direitos Difusos, São Paulo, v.

38, p. 39-53, jul./ago. 2006.

BECK, Ulrich. **Liberdade ou Capitalismo**. Tradução de Luiz Antonio Oliveira de Araújo. São Paulo: Litera mundi, 2001.

BENSUSAN, Nurit. Biodiversidade, Recursos Genéticos e outros bichos esquisitos. In: **O Direito e o desenvolvimento sustentável: curso de direito ambiental**. RIOS, Aurélio Virgílio Veiga (org.). São Paulo: Petrópolis, 2005.

BERKES, Fikret. **Context of traditional ecological knowledge**. In: **Sacred Ecology: traditional ecological knowledge and resource management**. Philadelphia.1999.

CAPRA, Fritjof. **A teia da vida**. São Paulo:Cultrix, 2002.

CAPRA, Fritjof. **El Punto Crucial. Ciencia, sociedad y cultura naciente**. Buenos Aires: Editorial Troquel, 1992.

COASE,R.H. **The nature of the firm**. In *Economica*, Vol.4, Nr. 16.Chicago.1937.

COASE, R.H. **The problem of Social Cost**.*Journal of law and Economics*. 3(1), 1.1960.

COELHO, Cristiane de Oliveira. **A Análise Econômica do Direito enquanto Ciência, uma explicação de seu êxito sob a perspectiva da história do pensamento econômico**. Latin American and Caribbean Law and Economics Association. Anual Papers. Acessível em, [repositories.edlib.org\]bple\]alacde\]050107-10](http://repositories.edlib.org/bple/050107-10).

Conferência das Nações Unidas para o meio Ambiente e o Desenvolvimento. Convenção sobre Biodiversidade Biológica. Rio de Janeiro.jun.1992. Disponível em: www.mma.gov.br/estruturas/sbf_chm_rbbio/_arquivos/cdbport_72.pdf. Acesso em 08 de maio de 2014.

Da ROSA, Alexandre Moraes. **Diálogos com a Law & Economics**. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris,2011.

DERANI, Cristiane. Patrimônio genético e Conhecimento Tradicional associado: considerações jurídicas sobre seu acesso. In: André Lima. (org.). **O Direito para o Brasil Socioambiental**. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2002.

D'ORNELLAS, Maria Cristina G.S e PEIXOTO, Sheila da Silva. **Reflexões sobre o acesso a repartição de benefícios gerados a partir dos recursos genéticos e Conhecimentos Tradicionais associados**

diante da realidade brasileira. Uberlândia: Ed. UFU.2012.

FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. A questão ambiental no direito brasileiro. In: KISHI, Sandra Akemi Shimada. SILVA, Solange Teles da. SOARES, Inês Virgínia Prado. (org). **Desafios do Direito Ambiental no Século XXI. Estudos em homenagem a Paulo Affonso Leme Machado.** São Paulo: Malheiros, 2005, p.489.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco: DIAFÉRIA, Adriana. **Biodiversidade, patrimônio genético e Biotecnologia no Direito Ambiental.** 2ed. São Paulo:Saraiva,2012.

FORGINI, Paula A. A Análise econômica do Direito:Paranóia ou mistificação.In: MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson (org.). **Dialogos Constitucionais:Direito, Neoliberalismo e Desenvolvimento em Países Periféricos.**Rio de Janeiro:Renovar,2006.

DIEGUES, A. C.; ARRUDA, R. S. V. (orgs.). **Saberes tradicionais e biodiversidade do Brasil.** São Paulo. EdiUSP. 2001.

KISHI, Sandra Akemi Shimada. **Tutela jurídica do acesso à biodiversidade no Brasil.**2004. Disponível em: <http://www.museu-goeldi.br/institucional/Sandra_A_S.pdf>. Acesso em: 15 mar. 2013.

MENDES, Gilmar; BRANCO, PAULO. **Curso de Direito Constitucional.** São Paulo: Saraiva.2013.

MERCURO, N., e MEDEMA,S.G. **Economics and the law From Posner to Post-Modernism** .Princeton University Press,1999.

MERCURO, N., e MEDEMA,S.G. **Economics and the law From Posner to Post-Modernism** .Princeton University Press,1999.

MOTA, Maurício Jorge Pereira da. Direitos intelectuais coletivos e função social da Propriedade Intelectual : os Conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade. In: MOTA, M. J. P. da (Coord.) **Função Social do Direito Ambiental.** Rio de Janeiro. Elsevier,2009.

PARETO, Vilfredo.**Manual de Economia Política**, volume I .Trad.João Guilherme Vargas Netto.São Paulo:Abril Cultural,1984.

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica: Teoria e Prática.** 12ª Edição revisada. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

PEÑA, Neira; DIEPERINK, Sergio C.; ADDINK. H. **Equitably schoring benefis from the utilization of**

natural genetic resources: the Brazilian interpretation of the convention anbiological diversity.

Eletronic Journal of Comparative Law, Vol. 6, nr. 3, October 2002. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=373620>. Trad. Marcos Vinícius Viana da Silva.

POSNER, Richard. A., **El Análisis Económico del Derecho**. Fundo de Cultura Económico. Ciudad del México.2013.

RIBEIRO, B. B. ; PRIETO, V. C. . **Alianças estratégicas no varejo farmacêutico: vantagens e desvantagens na percepção do gestor**. Gestão & Produção (UFSCAR. Impresso), v. 20, p. 667-680, 2013.

SANTILLI, Juliana. Biodiversidade e Conhecimentos tradicionais associados: novos avanços e impasses na criação de regimes legais de proteção. In: LIMA, André e BENSUSAN, Nurit. **Quem cala consente? subsídios para a proteção aos Conhecimentos tradicionais**. São Paulo: Instituto Socioambiental. 2003.

SANTILLI Juliana. A proteção jurídica aos Conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade. In RIOS, Aurélio Virgílio Veiga e IRIGARY, Carlos Teodoro Hugueneu. **O Direito e o Desenvolvimento Sustentável: curso de direito ambiental**. São Paulo: Petrópolis. 2007.

SANTOS, Boaventura de Souza (org). **Semear outras soluções: os caminhos da biodiversidade e dos Conhecimentos rivais**. Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira, 2005.

SANTOS, Laymert Garcia dos. **Desencontro ou "mal encontro"? Os biotecnólogos brasileiros em face da sócio e da biodiversidade**. Novos estud. - CEBRAP [online]. n.78, pp. 49-57, 2007, p 49.Disponível em:<http://www.scielo.br>. Acesso em: 16 de jun. 2014.

SANTOS, Boaventura de Souza. **Para além do pensamento abissal: das linhas globais a uma ecologia de saberes**. São Paulo: Cortez, 2013.

SANTOS, Laymert Garcia dos. Quando o Conhecimento científico se torna predação high-tech: recurso genético e Conhecimento Tradicional no Brasil. In: **Semear outras soluções: os caminhos da biodiversidade e dos Conhecimentos rivais**. SANTOS, Boaventura de Souza (org). Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira, 2005.

SMITH, Adam. **A riqueza das nações**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

SHIVA, Vandana. **A Convenção sobre Biodiversidade: uma avaliação segundo a perspectiva do terceiro mundo. Monoculturas da Mente: perspectivas da biodiversidade e da biotecnologia;**

trad. Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Gaia, 2003.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **Bens Culturais Proteção Jurídica**. Porto Alegre: Unidade Editorial. 1997.

TYBUSCH, Jerônimo Siqueira; ARAÚJO, Luiz Ernani Bonesso; DA SILVA, Rosane Leal.(org) **Direitos Emergentes na Sociedade Global – Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFSM**. Ed. Unijui. Ijuí, 2013.

WANDSCHEER, Clarissa Bueno. **Patentes e Conhecimento Tradicional: uma abordagem socioambiental da proteção jurídica do Conhecimento Tradicional**. Curitiba: Juruá. 2009.

AS MÚLTIPLAS PERSPECTIVAS EXEGÉTICAS PARA A DEFINIÇÃO DA NATUREZA JURÍDICA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS TRIBUTÁRIAS IMUNITÓRIAS

Rodrigo de Carvalho¹

INTRODUÇÃO

No presente artigo, concentrar-se-ão todos os esforços da pesquisa para a abordagem das múltiplas facetas que envolvem a natureza jurídica do instituto das imunidades tributárias.

A definição da natureza jurídica de determinado instituto não é tarefa simples, pois, em última análise, significa classificar este instituto em conformidade com suas características intrínsecas em determinado sistema jurídico.

É por isso que José Cretella Júnior² afirma que definir a natureza jurídica de determinado instituto consiste em “tipificar esse instituto”, [...] enquadrá-lo em moldes jurídicos preexistentes”. Para o citado autor, “determinar a natureza jurídica de um instituto é localizá-lo de modo perfeito, no sistema jurídico de direito a que pertence esse instituto”.

Buscar-se a natureza jurídica de um determinado instituto da ciência jurídica significa questionar sobre o enquadramento deste instituto em uma das categorias gerais do direito. Nesse sentido, os juristas, ao se questionarem acerca da natureza jurídica de determinado instituto, procuram na verdade descobrir sua essência, no objetivo de o enquadrarem nalguma das categorias gerais do direito, com a finalidade precípua de determinar o conjunto de regras, princípios e normas aplicáveis ao mesmo.

No que toca ao tema objeto deste artigo, em acepção ampla, o vocábulo *imunidade*, segundo o dicionário Aurélio³, significa algo ou alguém que: é livre de, dispensado de, resguardado de ou contra, isento, incólume, liberado. Ponto interessante a ser destacado é que esta mesma ideia de proteção, estabelecido na literatura comum, pode ser naturalmente transferida para o

¹ Doutorando em Ciência Jurídica pelo Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. Coordenador do Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* em Direito Tributário da UNIVALI. Advogado e professor.

² CRETELLA JÚNIOR, José, *apud* SIQUEIRA JÚNIOR, Paulo Hamilton. **Comissão Parlamentar de Inquérito**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007, p. 7.

³ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda Ferreira. **Novo dicionário da língua portuguesa**. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986, p. 927.

campo estritamente jurídico das chamadas imunidades tributárias.

Nesta toada, para o estudo da natureza jurídica das imunidades tributárias, de todo relevante que se apresentem algumas premissas e constatações.

A primeira é que o instituto da imunidade tributária (em especial suas normas) possui necessariamente assento constitucional, conforme entendimento consagrado da doutrina⁴.

A segunda é aquela que revela que as imunidades tributárias têm sua origem em garantias, princípios e valores constitucionais destinados a estabelecer limitações ao poder tributante de determinadas entidades políticas. Como ressalta a doutrina⁵, a norma jurídica veiculadora de imunidade tributária objetiva salvaguardar valores políticos, educacionais, religiosos, sociais, culturais e éticos, “considerados como de superior interesse nacional”, liberando da tributação certas situações, certas pessoas (físicas e jurídicas) e certos bens.

Como observa José Souto Maior Borges⁶, “A regra da imunidade é estabelecida em função de consideração de ordem extrajurídica [...]”, tornando-se possível “[...] a preservação de valores sociais das mais diversas naturezas”, o que, na prática, equivale a afirmar que existem estruturas fundamentais que não poderão ser atingidas pela tributação, em respeito à dimensão eminentemente valorativa da norma constitucional imunizante⁷. Noutras palavras, o ordenamento constitucional estabelecido, protegendo a incolumidade de determinados princípios e valores, por um viés eminentemente político⁸ colabora para a manutenção da paz social pela via da não tributação.

A terceira premissa está relacionada ao fato de a imunidade tributária configurar a impossibilidade jurídica de exigência tributária em relação à determinadas pessoas, fatos, bens e

⁴ Discorrendo sobre a imprescindibilidade de expressa previsão constitucional para a norma albergadora de imunidade tributária, ainda debaixo da Constituição de 1946, Amílcar Falcão de Araújo, em antigo parecer lavrado em 09.09.1961, já discorria que “Uma coisa é certa em qualquer que seja a hipótese: somente no texto constitucional são estabelecidas imunidades tributárias. É essa uma característica de ordem formal ou externa. Vale, pelo menos, como critério negativo para o intérprete e para o aplicador: se a hipótese não estiver prevista na Constituição, de imunidade não se tratará” [...] tendo “sua fonte normativa”, “seu foco ejetor” na Constituição. FALCÃO, Amílcar de Araújo. Imunidade e isenção tributária – Instituição de assistência social. **Revista de Direito Administrativo**, v. 66, out./dez. 1961, p. 368.

⁵ MELO, José Eduardo Soares de. **Curso de direito tributário**. 6. ed. São Paulo: Dialética, 2005, p. 146; CHIESA, Clélio. **A competência tributária do Estado brasileiro** – Desonerações e imunidades condicionadas. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 203.

⁶ BORGES, José Souto Maior. **Isenções tributárias**. São Paulo: Sugestões Literárias, 1969. p. 208.

⁷ “Os fatos e situações excluídos do poder de tributar do Estado (por imunidade) correspondem a fatos e situações cuja soma forma atividades a serem estimuladas pelo Estado”. ÁVILA, Humberto. **Sistema constitucional tributário**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 209.

⁸ Sobre o caráter eminentemente político das normas de imunidade tributária, ver: FALCÃO, Amílcar de Araújo. Imunidade e isenção tributária – Instituição de assistência social. **Revista de Direito Administrativo**, v. 66, out./dez. 1961, p. 369. BALEEIRO, Aliomar. **Limitações constitucionais ao poder de tributar**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977. p. 2.

situações⁹, tendo em vista a inabalável “negação radical do direito de tributar”.¹⁰

Com estas considerações preliminares, relevante se mostra o avanço na discussão que permeia a definição da natureza jurídica das imunidades tributárias, sob suas múltiplas facetas exegéticas. Para tanto, se procurará, neste artigo, abordar o assunto sob suas inúmeras perspectivas, com arrimo nos mais variados posicionamentos da doutrina.

1. IMUNIDADE TRIBUTÁRIA COMO REGRA OU COMO PRINCÍPIO?

No campo doutrinário, inúmeras são as distinções entre o instituto da regra e o do princípio, seja no campo da mera definição, como, também, na esfera da aplicabilidade.

No interior da estrutura axiológica dos princípios gerais de direito, denominada sistema jurídico¹¹, separa-se um arcabouço normativo que objetiva, em última análise, a regulação da vida das pessoas, arcabouço este que recebe o nome de ordenamento jurídico, e que se apresenta como um conjunto de normas, mas que, antes, como registra Tercio Sampaio Ferraz Júnior¹², mostra-se como uma estrutura na qual se encontram os elementos normativos ou não normativos.

Esta ligação, na medida em que promove a junção de elementos do mundo do direito, justifica a existência do próprio ordenamento, chamado de “jurídico”, sendo de todo oportuno ressaltar que os elementos de um ordenamento são as normas¹³, cuja ordenação lhe oferece justificativa.

⁹ “Ainda que em linguagem figurada, as imunidades atual como *redomas* a proteger fatos e pessoas da incidência das normas impositivas, o que gera a sua intributabilidade. GRUPENMACHER, Betina Treiger. **Competência tributária e imunidades dos livros e do papel**. In: DERZI, Misabel Abreu Machado (Coord.). ALVARENGA, Alessandra Isabela Drummond de *et all.* **Competência tributária**. Belo Horizonte: Del Rey, 2011, p. 167. No mesmo sentido: GRUPENMACHER, Betina Treiger. *Imunidade tributária – Reflexões acerca de seu conceito e perfil constitucional*. In: TÔRRES, Heleno Taveira (Coord.). **Teoria geral da obrigação tributária** - Estudos em homenagem ao professor José Souto Maior Borges. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 843-848, bem como MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de direito tributário**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 230.

¹⁰ A expressão é de autoria de Luiz Ricardo Gomes Aranha e citada por SABBAG, Eduardo. **Imunidade tributária recíproca e os impostos indiretos**: uma interpretação conforme o Estado Federal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 22.

¹¹ Sobre sistema jurídico, ver: BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 8. ed. Brasília: UnB, 1996, p. 71-81.

¹² FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p 175-176.

¹³ Acerca das normas jurídicas e seu real significado, ver: KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. João Baptista Machado. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, jun. 1987, p. 3-26. Oportuno, neste ponto, o registro de Valerio de Oliveira Mazzuoli que, citando David Schnaid, afirma que a “matéria versada pelo Direito é *normativa*. É um conhecimento sobre normas, *conflitos de interesses e soluções*”. (com grifos no original). MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Tratados internacionais de direitos humanos e direito interno**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 41; SCHNAID, David. **Filosofia do direito e interpretação**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2004, p. 17.

Registre-se, por oportuno, que o sistema jurídico não se revela como um mero conjunto de normas, já que este não pode prescindir de uma ordenação de coisas, afigurando-se essencialmente necessário que tais normas se apresentem agrupadas e organizadas em regras ou em princípios, no objetivo de que alcancem o objetivo que lhes confere real validade, qual seja, a ideia de justiça.¹⁴

O objetivo dessas normas jurídicas consiste em coordenar o mundo das atividades dos homens, sendo hábeis a interligar os seres humanos entre si ou, também, os próprios seres humanos com outros bens jurídicos extra humanos. O grande problema, no entanto, é que este conjunto de normas, como objeto de qualquer relação jurídica, não tem se mostrado suficientemente capaz para atender as muitas demandas e conflitos da pós-modernidade.¹⁵

De fato, o Direito não se esgota ou limita na tradição de uma determinada coletividade. Ao inverso, deve necessariamente abrir-se para as influências da sociedade em movimento, seja no plano doméstico, seja no plano internacional. É por tal razão que o Direito, na atualidade, se traduz em um veículo reprodutor da cultura de um povo¹⁶ e, no caso do Brasil, conforme assevera Erik Jayme¹⁷, de uma cultura essencialmente pós-moderna.

¹⁴ É indene de dúvidas que o termo “justiça” comporta infundável discussão. Gustav Radbruch afirma que “a ideia do direito não pode ser outra senão a justiça”. RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do direito**. Trad. Marlene Holzhausen. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 47. Da mesma forma, o termo “direito” implica em diferentes conceituações, até porque, segundo Norberto Bobbio, “ninguém tem o monopólio da palavra *direito*”. BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. Trad. Fernando Pavan Baptista e Ariane Bueno Sudatti. 2. ed. São Paulo: Edipro, 2003, p. 34. Para maiores detalhes sobre o significado da palavra “direito” sob o pálio das escolas do pensamento jurídico-filosófico do mundo ocidental, ver: BECHO, Renato Lopes. **Filosofia do direito tributário**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 113-115.

¹⁵ Procurando demonstrar que este conjunto de normas não tem se mostrado suficiente para atender as demandas da pós-modernidade, ver: CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. O novo paradigma do direito na pós-modernidade. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**. v. 3, n. 1, jan./jun. 2011; BECK, Ulrich. **O que é globalização?** Equívocos do globalismo e respostas à globalização. Tradução de André Carone. São Paulo: Paz e Terra, 1999. Título original: Was ist globalisierung?: Irrtümer des globalismus: Antworten auf globalisierung; BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo hacia una nueva modernidad**. Tradução de Jorge Navarro, Daniel Jiménez, Maria Rosa Borrás. Barcelona: Paidós, 2006. Título original: Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne; FARIA, José Eduardo. **O Direito na economia globalizada**. São Paulo: Malheiros, 2004; VIVIANI, Maury Roberto. In: PASOLD, Cesar Luiz (org.). **Primeiros Ensaios de Teoria do Estado e da Constituição**. Curitiba: Juruá, 2010; HABERMAS, Jürgen. **A constelação pós-nacional: ensaios políticos**. Tradução de Márcio Seligmann-Silva. São Paulo: Littera Mundi, 2001. Título Original: Die postnationale Konstellation: Politische Essays; DOBROWOLSKI, Sílvio. O Poder Judiciário e a Constituição. In: DOBROWOLSKI, Sílvio (Org.). **A Constituição no mundo globalizado**. Florianópolis: Diploma Legal, 2000; CRUZ, Paulo Márcio. **Da soberania à transnacionalidade: Democracia, Direito e Estado no século XXI**. Itajaí: Univali Editora, 2011; HABERMAS, Jürgen. O Estado nacional tem um futuro? In HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro - estudos de teoria política**. Tradução de George Sperber, Paulo Astor Soethe e Milton Camargo Mota. 2 ed. São Paulo: Loyola, 2004. Título original: Die Einbeziehung des Anderen- Studien zur politischen Theorie; BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: as consequências humanas**. Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999. Título original: Globalization: The Human Consequences.

¹⁶ **Esse é o pensamento de Eros Roberto Grau, para quem “Produto cultural, o direito é, sempre, fruto de determinada cultura. Por isso não pode ser concebido como fenômeno universal atemporal”**. GRAU, Eros Roberto. O direito posto e o direito pressuposto. 7 ed. rev.amp. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 22.

¹⁷ Cf. JAYME, Erik. Direito internacional privado e cultura pós-moderna. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFRGS**, Porto Alegre: PPGDir – UFRGS, vol. 1, n. 1, mar. 2003, p. 106.

Assim, como registra Agustin Gordillo¹⁸, as normas jurídicas deverão estar jungidas a outros valores e princípios no propósito de alcançar a completude do mundo jurídico, o que, necessariamente, avocará o processo interpretativo.

Como observa Enrico Paresce, “entre a norma e o fato se interpõe, portanto, a interpretação, isto é, aquela atividade que, coextensiva à compreensão em todo processo cognitivo, assume, no fenômeno jurídico, um aspecto peculiar”. Eis aí, portanto, a importância da etapa interpretativa¹⁹ ao processo, que, ressalte-se, não desconhece a problemática semântica da “interpretação *versus* aplicação”.²⁰

Desta forma, mencionar que as normas jurídicas têm o dever de proceder a uma ordenação mínima da vida em sociedade significa, em última análise, acatar o “mínimo” a que devem proceder, sobretudo porque, caso se apresentem desordenadas no mundo do Direito, tenderão a pôr em risco o funcionamento do próprio ordenamento jurídico.

Dirigindo-se ao plano conceitual, os princípios – termo com inúmeros significados²¹ –

¹⁸ GORDILLO, Agustin. **Une introduction au droit**. London: Esperia Publications Ltd., 2003, p. 18-19.

¹⁹ Acerca do processo de interpretação, Eros Roberto Grau assevera: “Antes disso, no entanto, importantíssimo deve ser explicitado, atinente ao equívoco reiteradamente consumado pelos que supõem que se interpretam normas. O que em verdade se interpreta são textos normativos; da interpretação dos textos resultam as normas”. GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 27.

²⁰ Sobre este dilema, Eros Roberto Grau conclui: “Os juristas têm afirmado que interpretação do direito é sinônimo de aplicação do direito, todavia, como se vê, sobre esta assertiva recaem inúmeros problemas. O fato de que se interpreta os textos normativos, produzindo normas jurídicas, com o objetivo de aplicá-las a fatos concretos, os quais orientarão a interpretação dos textos, não transforma a chamada interpretação do direito em atividade idêntica à aplicação. Nesta linha, por exemplo, deve-se ter cuidado ao afirmar que a interpretação é prudência, uma vez que o direito oferece inúmeras possibilidades interpretativas, dentro das quais o intérprete deve decidir pela mais adequada. Em nossa opinião, a prudência está no campo da aplicação, no momento em que se dará a concretização, a escolha de uma das possibilidades abstratas com vistas às circunstâncias do caso concreto. Eros Grau sustenta que “interpretar um texto normativo significa escolher uma entre várias interpretações possíveis, de modo que a escolha seja apresentada como adequada [Larenz]”. GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 39. No mesmo sentido, Tullio Ascarelli, que afirma que o “Objeto da interpretação não é uma ‘norma’, e sim um texto (ou um comportamento) e, portanto, sempre por força de um dado que a rigor pode dizer-se ‘passado’, histórico, que se formula a ‘norma’ (como ‘presente’ e, antes ainda, projetada no ‘futuro’). Esta, uma vez expressa, volta necessariamente a ser ‘texto’. A rigor a norma vive como ‘norma’ só no momento em que vem a ser aplicada; e por isso, precisamente, toda aplicação de uma norma requer a interpretação de um texto (ou de um comportamento), ou seja, na realidade, a formulação (para os fins de aplicação) da norma”. ASCARELLI, Tullio. **Giurisprudenza costituzionale e teoria dell’interpretaione**. In: ASCARELLI, Tullio. **Problemi giuridici**. Vol. 1, Milano: Giufrè, 1959, p. 140). Em sentido diverso, entendendo que, no processo hermenêutico, a aplicação é inerente à compreensão, compondo um só todo com a compreensão e a interpretação, ver: GADAMER, Hans-Georg, *apud* TORRES, Ricardo Lobo. **Normas de interpretação e integração do direito tributário**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 30-31.

²¹ Luis Virgílio Afonso da Silva entende que, à semelhança de outras ordens jurídicas, o termo “princípio”, no direito nacional, detém plurissignificação. SILVA, Luis Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 35. Sobre o assunto, Régis Fernandes de Oliveira assim se posiciona: “Em notável estudo sobre os princípios jurídicos e o positivismo jurídico, Genaro R. Carrió, jusfilósofo argentino, esclarece que há nada menos que sete focos de significação do que seja um princípio”. OLIVEIRA, Régis Fernandes de. **Receitas não tributárias – taxas e preços públicos**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 82; CARRIÓ, Genaro R. **Principios jurídicos y positivismo jurídico**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1970, p. 34-36. Já para André Lalande, o termo “princípio” se traduz no “conjunto das proposições diretoras, características, às quais todo o desenvolvimento seguinte deve estar subordinado”. LALANDE, André. **Vocabulaire technique et critique de la philosophie**. 8. ed. Paris: Presses Universitaires, 1960, p. 828.

traduzem-se em normas materializáveis em “mandamentos de otimização”²², ou seja, constituem normas que abrigam valores que podem ser realizados pelo ordenamento jurídico por intermédio de um procedimento, capaz de solucionar conflitos, denominado “ponderação”.²³

É sob esta perspectiva que ganha evidência o caráter finalístico²⁴ do “princípio”, uma vez que o mesmo ilustra um estado ideal das coisas que precisa ser aferido através de ações comportamentais que inclinam-se à consecução do fim almejado.

Desta feita, os princípios se exprimem por normas que possuem uma carga valorativa mais contundente²⁵, seja sob a perspectiva da relevância da decisão política por eles exteriorizada, seja no plano do fundamento ético por eles veiculado²⁶, constituindo a base do sistema jurídico.²⁷ Por tal razão é que se afirma que muito mais grave é violar um princípio do que uma norma.²⁸

²² É Robert Alexy que, em contraposição a Ronald Dworkin, caracteriza os princípios como “mandamentos de otimização”. Para maior aprofundamento desta caracterização, ver as seguintes obras do autor: ALEXY, Robert. **Theory of constitutional rights**. Trad. Julian Rivers. Oxford: Oxford University, 2002; _____. **On the structure of legal principles**. In: *Ratio Juris*, n. 13, 2000; _____. **Theorie der Grundrechte**. Baden-Baden: Nomos, 1985; _____. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

²³ ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, p. 64. Acerca dos detalhes conceituais daquilo que vem a significar a “ponderação”, Ana Paula de Barcellos entende que tal atividade pode se materializar: a) na forma como se aplicam os princípios (como fazem Dworkin e Alexy); b) no modo de solucionar qualquer conflito normativo; ou, até mesmo, c) no elemento próprio do discurso e da racionalidade da decisão (na linha de Humberto Ávila). Maiores detalhes, ver: BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 24-27.

²⁴ Sobre o caráter eminentemente finalístico dos “princípios”, ver: SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 35 e ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 71.

²⁵ Nesse sentido: SPLICIDO, Christiane. **A validade do princípio da dignidade da pessoa humana e o pós-positivismo**. *Revista Direito e Práxis*, vol. 4, n. 1, 2012, p. 75 e MARTINS, Mauro Pereira. Os Princípios e a Normatividade Jurídica. **Revista Normatividade Jurídica**. Rio de Janeiro: EMERJ, 2013, p. 202, para quem “Os princípios contêm, normalmente, maior carga valorativa, um fundamento ético, uma decisão política relevante e indicam determinada direção a seguir”.

²⁶ No confronto entre norma e princípio, demonstrando a prevalência e a importância axiológica do princípio em relação à norma, Agostinho Gordillo assenta que “a norma é um específico e determinado mandamento, mas o princípio, sobre ser norma, tem um caráter de conferir sentido, de conferir uma direção estimativa, de conferir uma dimensão específica, dentro de um sistema. Ele conduz à intelecção das normas, ele se irradia, se expande e penetra as várias normas. Por isso podemos logo dizer que transgredir um princípio é muito mais grave do que transgredir uma norma”. GORDILLO, Agostinho, *apud* MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Teoria geral do direito**. In: MORAES, Bernardo Ribeiro de et al. **Interpretação no direito tributário**. São Paulo: Saraiva, EDUC, 1975, p. 6.

²⁷ “Os princípios caracterizam-se por serem a base do sistema jurídico, os seus fundamentos últimos. Neste sentido é que se compreende sua natureza normogênica, ou seja, o fato de serem fundamento de regras, constituindo a razão de ser, o motivo determinante da existência das regras em geral. [...] Os denominados princípios (constitucionais) são normas que consagram valores que servem de fundamento para todo o ordenamento jurídico, e irradiam-se sobre este para transformá-lo em verdadeiro sistema, conferindo-lhe a necessária harmonia”. TAVARES, André Ramos. **Tratado de arguição de preceito constitucional fundamental**: lei n. 9.868/99 e lei n. 9.882/99. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 110-111. No mesmo sentido, ver: ENTERRÍA, Eduardo García de. **La constitución como norma y el tribunal constitucional**. Madrid, 1985, p. 98; CANOTILHO. J. J. Gomes. **Direito Constitucional**. Coimbra: Almedina, 2006, p. 545.

²⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 818. No mesmo sentido, Geraldo Ataliba alerta que os princípios “expressam a substância última do querer popular, seus objetivos e desígnios, as linhas mestras da legislação, da administração e da jurisdição. Por estas não podem ser contrariados; têm que ser prestigiados até as últimas consequências”. ATALIBA, Geraldo. **República e Constituição**. 3. ed. São Paulo: 2011, p. 35.

É por tal razão que os princípios se sujeitam à regra do “tudo ou nada” (*all-or-nothing*), nem para a questão da “validade ou invalidade”, sobretudo porque possuem distinta dimensão na importância ou no peso (*dimension of weight*)²⁹. Os princípios orientam-se, única e verdadeiramente, para a perspectiva da ponderação.³⁰

Por outro lado, as regras consistem em mandamentos definitivos cuja aplicação avoca apenas a subsunção do fato à norma, ou seja, desdobram-se cartesianamente (nos planos fático e jurídico), ou pela possibilidade, ou pela impossibilidade.

Se a regra investe-se de validade, o resultado esperável será a certeza do seu cumprimento, razão pela qual Robert Alexy³¹ entende que a aplicação de uma regra, diferentemente da aplicação utilizada para o princípio, fundamenta-se na “subsunção”, e não na “ponderação”.³²

Assim, é comum definir a regra como proporção normativa cuja operacionalidade se revela sob a forma de “tudo ou nada” (*all or nothing*)³³, garantindo-se direitos e impondo-se obrigações de maneira definitiva, de forma que, dando o fato nela previsto, deverá incidir, de modo direto e

²⁹ As expressões “*all-or-nothing*” e “*dimension of weight*”, de autoria de Ronald Dworkin, são utilizadas pelo autor para distinguir princípios e regras. Para o citado autor, as regras são aplicáveis, via de regra, de forma disjuntiva, à maneira do tudo-ou-nada (*all-or-nothing*), presentes os pressupostos de fato previstos. Assim, ou a regra é válida, e a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão; podem conter exceções, casos em que devem ser arroladas da forma mais completa, sob pena de ser inexata. Já os princípios funcionam de outra forma, pois não apresentam consequências jurídicas que se seguem automaticamente quando as condições são dadas, possuem uma dimensão de peso ou importância (*dimension of weight*). Sobre o assunto, as seguintes obras do autor: DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 39. Título original: *Taking rights seriously*; _____. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. Título original: *Law's empire*; _____. **Uma questão de princípio**. Tradução de Luís Carlos Borges. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. Título original: *A matter of principle*.

³⁰ Nesse sentido: BARROSO, Luís Roberto. **Direito Constitucional Contemporâneo – Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p.335-336; SARMENTO, Daniel. **A ponderação de Interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 103-104; ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo**. Tradução de Luís Afonso Heck. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 68; SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Hermenêutica e Interpretação Jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 149; BARCELLOS, Ana Paula de. **Alguns Parâmetros Normativos para a Ponderação Constitucional**. In: *A Nova Interpretação Constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Luís Roberto Barroso (Org.). 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.55.

³¹ ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, p. 64.

³² Admitindo a “ponderação” também entre regras, ver: ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 52-64. Em sentido contrário, entendendo que “[...] a ponderação corriqueira de regras fragilizaria a própria estrutura do Estado Democrático de Direito; pouco valeriam as decisões do Poder Legislativo se cada aplicação da norma se transformasse em um novo processo legislativo, no qual o aplicador passasse a avaliar, novamente, todas as conveniências e interesses envolvidos na questão para, ao fim, definir o comportamento desejável”. BARCELLOS, Ana Paula de. **Alguns Parâmetros Normativos para a Ponderação Constitucional**. In: *A Nova Interpretação Constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Luís Roberto Barroso (Org.). 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 80.

³³ Como já consignado em nota anterior, a expressões “*all-or-nothing*” (tudo ou nada) é de autoria de Ronald Dworkin. Segundo o autor, as regras são aplicadas sob a forma do “tudo ou nada”, isto é, “If the facts a rule stipulates are given, then either the rule is valid, in wich case the answer it supplies must be accepted, o ris not, in wich case it contributes nothing to the decision”. DWORKIN, **Taking Righs Seriously**, Cambridge: Harvard University Press, 1978, p. 24.

automático, produzindo seus efeitos esperados.³⁴

Noutras palavras, a regra é um comando eminentemente objetivo, que não oferta margem à sofisticação analítica sobre sua incidência, uma vez que atrela-se ao quase matemático fenômeno da “subsunção”³⁵, e não à otimização de um mandado. Desta forma, com arrimo na doutrina de Robert Alexy, é possível concluir que os mais tradicionais princípios (da legalidade, da proporcionalidade, da anterioridade, da não-cumulatividade, da capacidade contributiva, etc.) “revelam-se, verdadeiramente, como “regras”, e não como “princípio”³⁶, raciocínio este que será também aplicado às imunidades tributárias.

Para Robert Alexy, o conceito de norma pode, sim, estar associado a uma regra ou a um princípio³⁷, não devendo se olvidar, no entanto, da dificuldade desta identificação anteriormente ao momento de decisão.³⁸

À luz do exposto, percebe-se que os princípios são “mandamentos de otimização”, uma vez que “ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes”³⁹, o que significa que o princípio, gravitando em torno das possibilidades fática e juridicamente existentes, avoca um parâmetro gradualíssimo de satisfação, separando o que é mais possível daquilo que é menos possível.

Em sentido diverso, a regra revela-se numa perspectiva eminentemente cartesiana de satisfação, ou seja, ou se satisfaz a regra, cumprindo o que ela impõe, ou não se satisfaz a regra, descumprindo o que por ela é imposto, o que permite concluir que a regra só existe dentro

³⁴ Ronald Dworkin, ao tratar dos princípios, trabalhou essencialmente na diferenciação entre regras e princípios, determinando em sua formulação teórica uma crítica ao positivismo jurídico, afirmando que, as regras possuem uma dimensão de validade, sendo que os princípios possuem uma dimensão de peso. Assim, as regras estariam numa disposição excludente, ou seja, versada pela expressão “tudo ou nada”, em que uma regra prevalecerá sobre a outra, diante da ocorrência de uma colisão”. DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p.39.

³⁵ Sobre o assunto, ver: BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**: Fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 329. Sobre a descrição da estrutura geral da subsunção, ver: BARCELLOS, Ana Paula de. **Alguns Parâmetros Normativos para a Ponderação Constitucional**. In: A Nova Interpretação Constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Luís Roberto Barroso (Org.). 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 55.

³⁶ SILVA, Luis Virgílio Afonso da. **Princípios e regras**: mitos e equívocos acerca de uma distinção. In: BONAVIDES, Paulo. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**. Belo Horizonte: Del Rey, n. 1, jan./jul. 2003, p. 607-630.

³⁷ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Luis Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 90. De sua tese, pode-se obter a conclusão de que uma determinada norma será regra ou princípio não em decorrência das propriedades existentes em seu enunciado linguístico, mas, especialmente, em razão do modo como se apresenta ao colidir com outras normas.

³⁸ Sobre esta dificuldade, ver: GÜNTHER, Klaus. **The Sense of Appropriateness: Application Discourses in Morality and Law**, Trad. John Farrel. Nova Iorque: State University of New York Press, 1993, p. 207.

³⁹ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Luis Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 90.

daquilo que é fática e juridicamente possível.

Régis Fernandes de Oliveira⁴⁰ entende que “O que vale a pena notar [...] é que o princípio é mais que mera regra. Posso destruir a regra, revoga-la, sem atingir o sistema como um todo. Não posso destruir o princípio, porque atinjo a estrutura”.

Esta a razão pela qual Roberto Alexy⁴¹ afirma que a “distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau”, razão pela qual o autor utiliza o conceito de “norma” como gênero, do qual poderiam ser espécies a “regra” e o princípio⁴², cabendo também se fazer menção à observação de Ronald Dworkin⁴³ no sentido de que “às vezes, regras ou princípios podem desempenhar papéis semelhantes e a diferença entre eles reduz-se quase a uma questão de forma”.

Considerando os elementos conceituais já postos, urge questionar se as imunidades tributárias seriam “princípios” ou “regras”.

Adotando-se como fundamento o fato de a norma imunizante possuir força inibitória de competência fiscal impositiva, servindo-lhe como carga negativa, afigura-se mais coerente compreender esta norma na perspectiva de uma “regra”, e não de um “princípio”, de tal forma que a norma de imunidade tributária possui, no mínimo, uma dimensão preponderante de “regra”.

Nesta perspectiva cognitiva, o poder político – e indelegável – da instituição de tributos, que recebe o nome de competência tributária, é uma “regra”, ao ponto que sua face negativa e inversa, relacionada às imunidades tributárias, também não pode deixar de o ser, razão pela qual é incabível qualquer ponderação quanto à amplitude dos efeitos de uma imunidade tributária em si mesma, posto que esta não tem o condão de ser flexibilizada.

No entanto, uma ressalva no raciocínio ora exposto se afigura imprescindível: dependendo do tipo e espécie de norma imunitória, há que se ter em mente e conferir preferência ao seu elemento teleológico, identificando, verdadeiramente, que seu objetivo precípuo e maior consiste

⁴⁰ OLIVEIRA, Régis Fernandes de. **Receitas não tributárias (taxas e preços públicos)**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 83.

⁴¹ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Luis Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 90.

⁴² Contrariando Roberto Alexy, Rodolfo Luis Vigo entende que o gênero será a “regra”, e não a “norma”, enquanto as espécies serão as “normas” e os “princípios”. O referido autor defende com ênfase a manutenção do termo “regra” como gênero, justificando seu ponto de vista sob o fundamento de que ele se “harmoniza mais facilmente com a linguagem dos operadores jurídicos”. VIGO, Rodolfo Luis. **Los principios jurídicos: perspectiva jurisprudencial**. Buenos Aires, Depalma, 2000, p. 73.

⁴³ DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p.44.

na estrita realização e efetivação de um determinado princípio⁴⁴, na busca de uma finalidade estatal de notável relevância.

Mutatis mutandis, ainda que se atrele a norma imunitória a uma dimensão de “regra”, não se pode esquecer dos múltiplos valores que se ligam a tais regras, e que lhes servem como amparo justificador e finalístico.⁴⁵

Assim é que os “princípios” subjacentes às “regras” de imunidade tributária abrem-se para uma “ponderação”, cujo desdobramento, como visto anteriormente, colide-se com estas, mas alinha-se com aqueles. Em outras palavras, não se pondera sobre a regra de imunidade tributária, mas, sim e tão somente, sobre o princípio que lhe oferece sustentáculo.

Ou seja: há um campo principiológico na regra de imunidade, revestido de flexibilidade, no qual a ponderação sobre os princípios que lhe dão guarida haverá de torna-la compatível com o excelso objetivo da norma constitucional. Percebe-se, assim, um espaço aberto para uma força criativa que, no plano jurisdicional, revela-se decisivo para a vida social.⁴⁶

Não obstante ambos – princípios e imunidade tributária – limitem o poder estatal de tributar, é por isso que Aliomar Baleeiro⁴⁷ sugere que a análise das imunidades tributárias seja realizada sob a lanterna dos princípios, tendo em vista que são estes princípios que contém valores fundamentais decisivos na compreensão das imunidades, servindo até mesmo para inspirar a norma imunizante.⁴⁸

⁴⁴ É por isso que Misabel Abreu Machado Derzi afirma que “Princípio não é imunidade, embora imunidades estejam expressamente consagradas, por causa de valores e princípios fundamentais”. DERZI, Misabel Abreu Machado. In: BALEEIRO, Aliomar. **Limitações constitucionais ao poder de tributar**. 7. ed. 2. tir., rev. e atual. por Misabel Abreu Machado Derzi. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 225.

⁴⁵ Sobre o elemento finalístico das imunidades tributárias, Humberto Ávila observa que “[...] a causa justificativa da imunidade é facilitar, por meio da exclusão dos encargos tributários, a consecução das finalidades que devem ser atingidas pelo próprio Estado”. ÁVILA, Humberto. **Sistema constitucional tributário**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 209.

⁴⁶ Pontes de Miranda, citado por Reis Friede, afirma que “Se o conteúdo fosse o de impor a letra legal, e só ela, aos fatos, a função judicial não corresponderia àquilo para que foi criada: realizar o direito objetivo, apaziguar. Seria a perfeição, em matéria de braço mecânico do legislador, braço sem cabeça, sem inteligência, sem discernimento; mais: antissocial e – como a lei e a jurisdição servem à sociedade – absurda. Além disso, violaria, eventualmente, todos os processos de adaptação da própria vida social, porque só a eles, fosse a Ética, fosse a Ciência, fosse a Religião, fosse a Arte, respeitaria, se coincidisse com o papel escrito”. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de, *apud* FRIEDE, Reis. **Ciência do direito, norma, interpretação e hermenêutica jurídica**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999, p. 70.

⁴⁷ BALEEIRO, Aliomar. **Limitações constitucionais ao poder de tributar**. 7. ed. 2. tir., rev. e atual. por Misabel Abreu Machado Derzi. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 233.

⁴⁸ Entendendo que os “princípios” servem para inspirar as normas de imunidade tributária, Misabel Abreu Machado Derzi afirma que “[...] as imunidades somente se explicam e se justificam se buscarmos os princípios que as inspiram”. DERZI, Misabel Abreu Machado. In: BALEEIRO, Aliomar. **Limitações constitucionais ao poder de tributar**. 7. ed. 2. tir., rev. e atual. por Misabel Abreu Machado Derzi. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 225. No mesmo sentido, ver: MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**, 21. ed., São Paulo: Malheiros, 2002, p. 252; FERREIRA, Alex Sandro Sarmento. **Imunidades relativas às entidades beneficentes de assistência social**. São Paulo, 2010. 164f. Dissertação (Mestrado em Direito Tributário – Orientador: Estevão

2. A IMUNIDADE TRIBUTÁRIA NA PERSPECTIVA DA NÃO-INCIDÊNCIA

Como registra Marcos Bernardes de Mello⁴⁹, no direito brasileiro o fenômeno da incidência das normas jurídicas mereceu detalhada sistematização teórica pelo pensamento de Pontes de Miranda, de forma que “ocorridos os fatos que constituem o seu suporte fático, a norma jurídica incide, incondicionalmente, infalivelmente, isto é, independentemente do querer das pessoas”. Nesse sentido, a incidência seria “o efeito da norma jurídica de transformar em fato jurídico a parte do seu suporte fático que o direito considerou relevante para ingressar no mundo jurídico”.

No âmbito do direito tributário, a referida teoria ganhou *status* e relevância, inaugurando dois campos diametralmente distintos, quais sejam, o da incidência e o da não incidência.⁵⁰

Amílcar de Araújo Falcão⁵¹ entende que a não incidência poderia ocorrer sob duas formas distintas: a primeira, no caso da falta de previsão pela esfera competente para contemplar certos fatos na hipótese abstrata de incidência (a chamada não incidência pura e simples); e a segunda, pelo comando constitucional determinante de que certos bens, situações ou pessoas não devam ser tributados (aqui falando-se em imunidade tributária).

Sob esta perspectiva de visão, a norma jurídica imunitória, atuando simultaneamente à regra de tributação, não permitiria sua incidência, o que acabaria por impedir o nascimento da obrigação tributária. Desta forma, como a norma jurídica que confere imunidade encontra-se prevista na Constituição Federal, daí seu fundamento como hipótese de não-incidência constitucionalmente qualificada.

Ruy Barbosa Nogueira⁵² entende que a imunidade tributária é uma típica espécie de não incidência constitucionalmente qualificada, uma vez que trata-se de “uma proibição dirigida ao legislador para nem sequer criar ou instituir o imposto sobre os fatos, relações fáticas ou situações imunizadas”.

Horvath) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, p. 12-13; MORAES, Bernardo Ribeiro de. A imunidade tributária e seus novos aspectos. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). **Imunidades tributárias**. Pesquisas Tributárias – Nova Série 4, São Paulo: ed. Revista dos Tribunais, CEU, 1998, p. 119.

⁴⁹ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano da existência. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 57-58.

⁵⁰ Sobre o paralelo da “incidência” e da “não incidência”, José Souto Maior Borges prega que “Não-incidência é conceito correlacionado com o de incidência. Ocorre incidência da lei tributária quando determinada pessoa ou coisa se encontra *dentro* do campo coberto pela tributação; dá-se não-incidência, diversamente, quando determinada pessoa ou coisa se encontra *fora* do campo de incidência da regra jurídica de tributação”. BORGES, José Souto Maior. **Teoria geral da isenção tributária**. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 184.

⁵¹ FALCÃO, Amílcar de Araújo. **Fato gerador da obrigação tributária**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 64.

⁵² NOGUEIRA, Ruy Barbosa. **Imunidades contra impostos na Constituição anterior e sua disciplina mais completa na Constituição de 1988**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 113.

No mesmo sentido, Sacha Calmon Navarro Coelho⁵³, em seu magistério, adota esta corrente de pensamento ao afirmar que os princípios e as imunidades tributárias constituem espécies típicas de limitações constitucionais ao poder de tributar, nas quais a imunidades, especificamente, seriam uma não incidência constitucionalmente qualificada. Para o autor, “à luz da teoria da norma jurídica, os dispositivos constitucionais imunizantes ‘entram’ na composição da hipótese de incidência das normas de tributação, configurando-lhe o alcance e fixando-lhe os lindes”⁵⁴, na qual o dispositivo constitucional atinente à imunidade atua na hipótese de incidência do tributo, excluindo de certos fatos ou aspectos aquilo que o autor denomina de “virtude jurígena”, retirando-lhes a juridicidade e, por consequência, seu campo de incidência.⁵⁵

Idêntico pensamento tem Gilberto de Ulhôa Canto⁵⁶, para quem a imunidade consiste na “impossibilidade de incidência que decorre de uma proibição imanente”, além de Rubens Gomes de Souza⁵⁷, que enxerga a imunidade como uma “hipótese especial de não incidência”.

Não pensa diferente José Souto Maior Borges⁵⁸ que, louvando o magistério de Gilberto de Ulhôa Canto, também afirma que a natureza jurídica da imunidade tributária situa-se no campo da não-incidência.⁵⁹

⁵³ COELHO. Sacha Calmon Navarro. **Curso de direito tributário brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p.167.

⁵⁴ COELHO. Sacha Calmon Navarro. **Teoria do tributo e da exoneração tributária**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999. p.148.

⁵⁵ COELHO. Sacha Calmon Navarro. **Comentários à Constituição de 1988**. Sistema Tributário. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 336. Nesta obra (p. 340), o autor entende que “ao tracejar o espaço fático sobre o qual pode o legislador infraconstitucional atuar, o constituinte previamente o delimita, separando as áreas de incidência e as que lhe são vedadas. O espaço fático posto à disposição do legislador infraconstitucional resulta das determinações genéricas dos fatos jurígenos (área de incidência). As áreas vedadas à tributação decorrem de proibições constitucionais expressas (imunidades) ou de implícitas exclusões (toda porção fática que não se contiver nos lindes da descrição legislativa do ‘fato gerador’ é intributável à falta de previsão legal). As imunidades alcançam as situações que normalmente – não fosse a previsão expressa de intributabilidade – estariam conceitualmente incluídas no desenho do fato jurígeno tributário. Por isso mesmo não vistas e confundidas as imunidades com um dos seus efeitos: o limitar o poder de tributar”.

⁵⁶ CANTO, Gilberto de Ulhôa. Algumas considerações sobre imunidade tributária dos entes públicos. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 52, 1958, p. 34.

⁵⁷ SOUZA, Rubens Gomes de. **Compêndio de legislação tributária**. São Paulo: Resenha Tributária, 1975, p. 72.

⁵⁸ BORGES, José Souto Maior. **Teoria Geral da isenção tributária**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 217-218.

⁵⁹ Também enxergando na imunidade tributária uma norma de não incidência constitucionalmente qualificada, ver: AMARO, Luciano. **Direito tributário brasileiro**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 272; FALCÃO, Amílcar de Araújo. **Fato gerador da obrigação tributária**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 64; FALCÃO, Amílcar de Araújo. Imunidade e isenção tributária – Instituição de assistência social. **Revista de Direito Administrativo**, v. 66, out./dez. 1961, p. 370; Misabel Abreu Machado. **Direito tributário, direito penal e tipo**. São Paulo: ed. Revista dos Tribunais, 1988, p. 206; CANTO, Gilberto de Ulhôa. **Temas de direito tributário**. Rio de Janeiro: Alba, 1964, vol. 3, p. 190; CANTO, Gilberto de Ulhôa. Algumas considerações sobre as imunidades tributárias dos entes públicos. **Revista de Direito Administrativo**, vol. 52, abr./jun. 1958, p. 34; NOGUEIRA, Ruy Barbosa. **Curso de direito tributário**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 167; SOUSA, Rubens Gomes de. **Compêndio de legislação tributária**. Edição Póstuma. São Paulo: Resenha tributária, 1975, p. 186; BORGES, José Souto Maior. **Teoria geral da isenção tributária**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 218; CARRAZZA, Elizabeth Nazar. Imunidade tributária das instituições de educação. **Revista de direito tributário**, n. 3, ano II, São Paulo: ed. Revista dos Tribunais, jan./mar. 1978, p. 167-168 e GRUPENMACHER, Betina Treiger. **Competência tributária e imunidades dos livros e do papel**. In: DERZI, Misabel Abreu Machado (Coord.). **ALVARENGA, Alessandra Isabela Drummond de et al. Competência tributária**. Belo Horizonte: Del Rey, 2011, p. 163-165.

Em sentido diametralmente oposto, Bernardo Ribeiro de Moraes⁶⁰ defende que “aceitar a imunidade como uma não incidência constitucionalmente qualificada seria confundir efeito com a causa”.

Para o autor, a imunidade tributária configuraria uma vedação constitucional que proíbe a instituição do imposto sobre certas situações, ao passo que a não incidência seria a consequência desta proibição constitucional, entendimento este que também encontra apoio em outros doutrinadores do direito brasileiro.⁶¹ Também abrindo divergência aos pensamentos dos autores acima citados, Geraldo Ataliba⁶² entende que a norma jurídica apresenta a estrutura de *hipótese*, *mandamento* e *sanção*, onde: a) a hipótese descreve um fato sujeito à tributação; b) o mandamento contém comandos que tornam compulsórios determinados comportamentos aos destinatários da norma jurídica tributária; c) a sanção, caso o inadimplente não cumpra o cumprimento do comando previsto na norma.

Filiando-se à corrente que também condena a qualificação das imunidades tributárias como uma não-incidência constitucionalmente qualificada, Paulo de Barros Carvalho⁶³ defende que norma de imunidade é regra de estrutura, que tem a função de definir as balizas que orientam as regras de comportamento e suas relações entre si, devendo normatizar a criação, modificação e extinção das regras de comportamento, razão pela qual, por qualificarem-se como regras de estrutura, as imunidades poderiam estar relacionadas diretamente com o fenômeno jurídico da incidência.

É, assim, sob esta linha conceitual, como registra Eduardo Sabbag⁶⁴, que se torna possível

⁶⁰ MORAES, Bernardo Ribeiro de. A imunidade tributária e seus novos aspectos. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). **Imunidades tributárias**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998. p. 122. (Pesquisas tributárias. Nova Série, 4). Segundo o autor, “a noção de não-incidência não tem validade para o Direito, pois haveria no caso um conceito metajurídico, sem utilidade alguma para a ordem jurídica. Não se pode admitir que a Constituição tenha normas jurídicas que não incidam, pois abrigaria normas sem valia jurídica (a norma jurídica é criada para incidir)”.

⁶¹ Entendendo que a imunidade tributária não se configura como uma modalidade de não incidência constitucionalmente qualificada, ver: CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário, linguagem e método**. São Paulo: Noeses, 2008, p. 315-318. Isso porque, segundo o autor, não se pode admitir, contraditoriamente, uma incidência de regra que não incida. Acerca da impropriedade deste conceito, ver também: CHIESA, Clélio. **A competência tributária do Estado brasileiro – Desonerações e imunidades condicionadas**. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 106-109.

⁶² ATALIBA, Geraldo. **Hipótese de incidência tributária**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 53. Nessa mesma obra (p. 76), o autor assevera: “Enquanto não ocorra o fato descrito na hipótese, o mandamento fica em suspenso. Sua incidência é condicionada à ocorrência do fato previsto na respectiva hipótese. Averiguar-se, em cada caso, se ocorreu fato subsumido à hipótese é fundamental, para apurar-se se houve ou não incidência do mandamento”.

⁶³ CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 176.

⁶⁴ SABBAG, Eduardo. **Imunidade tributária recíproca e os impostos indiretos: uma interpretação conforme o Estado Federal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 24-25.

defender a imunidade tributária como uma norma de não incidência⁶⁵, tendo em vista que não trata da problemática relacionada à incidência do tributo, mas, sim, daquela relacionada ao exato momento que a antecede na lógica temporal da relação jurídico tributária, ou seja, ao momento da percussão tributária, razão pela qual é possível afirmar que as normas de imunidade são normas vedatórias da incidência com *status* constitucional. Todavia, a visualização da imunidade tributária como uma modalidade de não incidência constitucionalmente qualificada é contestada, como já se viu.

No entanto, como observa Betina Treiger Grupenmacher⁶⁶, é necessário destacar que a norma jurídica de imunidade tributária não prescreve uma “não incidência natural” (ou “pura e simples”), porquanto esta pressupõe a não ocorrência de uma previsão normativa tributária sobre um fato, ou seja, que o fato não se enquadra sobre a hipótese, ao passo que a imunidade – e até mesmo a isenção – traduzem-se em declarações expressamente positivadas do legislador sobre determinados fatos, obstaculizando-lhes as consequências tributárias impositivas.

Noutros termos, como destaca Alfredo Augusto Becker⁶⁷, a “não incidência pura e simples” traduz-se em meio de não tributação indicador de eventos extrínsecos ao campo fático da hipótese de incidência tributária, por serem insuficientes, excedentes ou, simplesmente, estranhos à realização da hipótese.

Isso porque o legislador, desdenhando o fato, retirou-lhe qualquer possibilidade de tributabilidade, o que o mantém meramente como fato da vida, e não como fato jurídico tributário⁶⁸. Os eventos podem ser os mais variados possíveis⁶⁹: o lazer em um parque; o salto de

⁶⁵ Enxergando na imunidade tributária uma norma de não incidência constitucionalmente qualificada, ver: AMARO, Luciano. **Direito tributário brasileiro**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 272; FALCÃO, Amílcar de Araújo. **Fato gerador da obrigação tributária**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 64; FALCÃO, Amílcar de Araújo. Imunidade e isenção tributária – Instituição de assistência social. **Revista de Direito Administrativo**, v. 66, out./dez. 1961, p. 370; Misabel Abreu Machado. **Direito tributário, direito penal e tipo**. São Paulo: ed. Revista dos Tribunais, 1988, p. 206; CANTO, Gilberto de Ulhôa. **Temas de direito tributário**. Rio de Janeiro: Alba, 1964, vol. 3, p. 190; CANTO, Gilberto de Ulhôa. Algumas considerações sobre as imunidades tributárias dos entes públicos. **Revista de Direito Administrativo**, vol. 52, abr./jun. 1958, p. 34; NOGUEIRA, Ruy Barbosa. **Curso de direito tributário**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 167; SOUSA, Rubens Gomes de. **Compêndio de legislação tributária**. Edição Póstuma. São Paulo: Resenha tributária, 1975, p. 186; BORGES, José Souto Maior. **Teoria geral da isenção tributária**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 218; CARRAZZA, Elizabeth Nazar. Imunidade tributária das instituições de educação. **Revista de direito tributário**, n. 3, ano II, São Paulo: ed. Revista dos Tribunais, jan./mar. 1978, p. 167-168 e GRUPENMACHER, Betina Treiger. **Competência tributária e imunidades dos livros e do papel**. In: DERZI, Misabel Abreu Machado (Coord.). ALVARENGA, Alessandra Isabela Drummond de *et all*. **Competência tributária**. Belo Horizonte: Del Rey, 2011, p. 163-165.

⁶⁶ GRUPENMACHER, Betina Treiger. **Competência tributária e imunidades dos livros e do papel**. In: DERZI, Misabel Abreu Machado (Coord.). ALVARENGA, Alessandra Isabela Drummond de *et all*. **Competência tributária**. Belo Horizonte: Del Rey, 2011, p. 167-168.

⁶⁷ BECKER, Alfredo Augusto. **Teoria geral do direito tributário**. 3. ed. São Paulo: Lejus, 2002, p. 305.

⁶⁸ Para um comparativo entre hipótese de não incidência pura e simples com a imunidade tributária, ver: “NOGUEIRA, Ruy Barbosa. **A imunidade contra impostos na Constituição anterior e sua disciplina mais completa na Constituição de 1988**. São Paulo:

paraquedas; o conviver em família, além de outras hipóteses nas quais se repugna a incidência. Ora: dúvida não há de que tais fatos e eventos situam-se fora do campo da tributação. No entanto, não se pode confundir a “não incidência pura e simples” com a não incidência da regra da tributação (imunidade ou isenção). De fato, o IPTU não incidirá sobre o prédio de propriedade de uma instituição de educação sem fins lucrativos, dedicado às suas finalidades essenciais, por força da norma constitucional de imunidade tributária, pois, do contrário, haverá a normal incidência.

Segundo Sacha Calmon Navarro Coêlho⁷⁰, enquanto as normas de não incidência natural ou pura referem-se a um “não ser”, as normas imunitórias e de isenção são meras técnicas legislativas que provêm de entes legais impositivos. Assim, como ressalta José Souto Borges Maior⁷¹, ter-se-á a “não incidência pura e simples” diante da inexistência dos pressupostos de fato idôneos para desencadear, automática e infalivelmente, a incidência da norma.

Quando o legislador ordinário descreve a norma jurídica, está proibido de inserir no polo passivo da relação jurídico-tributária aquelas pessoas, situações e bens guardados pela norma imunizante, sob pena de incidir em flagrante inconstitucionalidade. Com maior ênfase, não poderá o Fisco, no processo de interpretação e aplicação da lei, furtar-se do dever de obediência às limitações ao poder de tributar⁷² do Estado.

Enfim, inúmeras críticas se abrem à visualização da imunidade tributária uma não-incidência constitucionalmente qualificada.

É que este conceito encontra suas raízes no fato de que toda norma jurídica, para ostentar a condição de jurídica, sempre deverá incidir, o que torna impossível, então, de se ter a norma imunizante a definir um campo fora deste alcance.

Além disso, nesta perspectiva, se estaria trazendo para o campo jurídico uma realidade não

Resenha Tributária, 1990, p. 194. Para o citado autor, a imunidade tributária revela-se como o resultado de uma qualificação jurídica feita naquela (hipótese de não incidência) pela Constituição, ou seja, quando o Constituinte normatiza uma ressalva do poder e da competência impositiva, transforma a hipótese de não incidência pura e simples em uma hipótese de não incidência juridicamente qualificada, e esta, se prevista na Constituição, será hipótese de imunidade tributária.

⁶⁹ Os exemplos são citados por SABBAG, Eduardo. **Imunidade tributária recíproca e os impostos indiretos**: uma interpretação conforme o Estado Federal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 25.

⁷⁰ COÊLHO, Sacha Calmon. **Curso de direito tributário brasileiro**: Comentários à constituição federal e ao código tributário nacional. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 170.

⁷¹ BORGES, José Souto Maior. **Teoria geral da isenção tributária**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 218.

⁷² Os termos “poder” e “poder tributário” serão abordados com maior profundidade neste capítulo, ao se analisarem as imunidades tributárias na perspectiva da delimitação da competência tributária.

jurídica⁷³, quando, na verdade, a norma que insere no campo jurídico-constitucional a delimitação da competência tributária é que já contempla em seu bojo pessoas, situações e bens que, por sua natureza, são insuscetíveis de tributação.

E, por fim, a imunidade não teria capacidade de atuar na hipótese de incidência, uma vez que, nesta hipótese, há apenas a previsão de um fato, que somente assumirá feições jurídicas a partir do momento em que ocorrer o evento previsto na respectiva hipótese.

Desta forma, partindo-se do pressuposto de que a incidência do comando normativo tornaria jurídico um determinado fato, não afigurar-se-ia possível pressupor que a imunidade tributária seria uma não incidência, tendo em vista que, na verdade, se estaria querendo afirmar que tão somente ainda não ocorreu aquele fato previsto na hipótese. Noutras palavras, a juridicidade do fato dependeria da subsunção desse fato à hipótese legal, o que ensejaria, por consequência imediata, a incidência da norma.

3. A IMUNIDADE TRIBUTÁRIA NA PERSPECTIVA DA COMPETÊNCIA

Como se verá a seguir, significativa parcela da doutrina inclina-se no sentido de ligar umbilicalmente as imunidades tributárias à figura da *competência*⁷⁴ constitucionalmente estabelecida aos poderes públicos tributantes competentes.

Sob diferentes perspectivas dentro do campo da competência, as visões diversificam-se, ora para enxergar as imunidades sob o prisma da exclusão ou supressão de competência tributária, ora como incompetência tributária, ora como limitação da competência tributária.

⁷³ Discorrendo sobre a eficácia da norma jurídica, Marcos Bernardes de Mello ensina que “somente depois de gerado o fato jurídico, por força da incidência, é que se poderá falar de situações jurídicas e todas as demais espécies de efeitos jurídicos (eficácia jurídica)”. MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 57.

⁷⁴ No Estado Democrático de Direito inaugurado pela Constituição Federal de 1988, os entes políticos, a bem da verdade, exercem apenas e tão somente sua “competência tributária” dentro de moldes constitucionais rigidamente estabelecidos, e que são exercitáveis através de leis instituidoras de tributos, em respeito ao princípio da legalidade (art. 5º, inciso II, art. 37, *caput* e art. 150, inciso I da CF/88). Por isso é que, como se verá adiante, não há espaço para se falar em “poder tributário”, expressão que aliás sequer se alinha com a própria noção de democracia. Quando se fala em “poder” no modelo do Estado Democrático de Direito, sua referência deve estar diretamente relacionada ao povo, pois é este que, efetivamente, é seu único e exclusivo detentor. Sobre o assunto, José Roberto Vieira assevera: “Essa heterogeneidade da expressão ‘poder’ tributário aponta para a atitude cientificamente condenável – pela inexistência manifesta – de admitir a convivência de diferentes funções e competências dentro da mesma categoria conceptual; algo que, no caso, tem inegáveis vínculos históricos com certas construções doutrinárias [...]”. VIEIRA, José Roberto. E, afinal, a Constituição cria tributos! In: TÔRRES, Heleno Taveira. **Teoria geral da obrigação tributária: estudos em homenagem ao Professor José Souto Maior Borges**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 615.

3.1. Imunidade como exclusão ou supressão da competência tributária

José Eduardo Soares Mello⁷⁵ entende que a imunidade tributária é uma exclusão da competência dos entes da federação para instituir tributos relativamente a determinados atos, fatos e pessoas, expressamente previstas na Constituição. O mesmo autor⁷⁶, em outra obra de sua autoria, afirma que as imunidades “caracterizam-se como exclusão de competência, constituindo direito e garantia individual”, estando inseridas “no núcleo irreformável da Constituição (art. 60, § 4º, IV), consoante diretriz do STF”.

Também Amílcar de Araújo Falcão⁷⁷ defende que a imunidade “é uma forma qualificada ou especial de não incidência, por supressão, na Constituição, da competência impositiva ou do poder de tributar, quando se configuram certos pressupostos, situações ou circunstâncias previstas pelo estatuto supremo”.

José Souto Maior Borges⁷⁸ também entende que a “imunidade tributária é um princípio constitucional de exclusão da competência tributária”, outorgando “ao ente público o seu campo impositivo previamente reduzido pela exclusão de pessoas ou fatos, postos fora da área tributária”.

Sob esta perspectiva conceitual, afigura-se relevante destacar que a supressão ou exclusão da competência tributária sugerem a ocorrência de dois momentos anteriores à delimitação e definição do seu campo competencial. Sob esta perspectiva, a norma de atribuição de competência teria sua atuação para, em seguida, atuar a regra da imunidade, excluindo ou suprimindo parte da competência que, num momento anterior, havia sido instituída.

⁷⁵ MELO, José Eduardo Soares. **Curso de Direito Tributário**. São Paulo: Dialética, 2010, p. 153. No mesmo sentido, de que a imunidade tributária deve ser vista como uma exclusão ou supressão constitucional da competência tributária, ver: NOGUEIRA, Ruy Barbosa. **Curso de direito tributário**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 167; FALCÃO, Amílcar de Araújo. **Fato gerador da obrigação tributária**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 64; FALCÃO, Amílcar de Araújo. Imunidade e isenção tributária – Instituição de assistência social. **Revista de Direito Administrativo**, v. 66, out./dez. 1961, p. 370; DERZI, Misabel Abreu Machado. **Direito tributário, direito penal e tipo**. São Paulo: ed. Revista dos Tribunais, 1988, p. 206; MELO, José Eduardo Soares de. **Contribuições sociais no sistema tributário**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 327; DIFINI, Luiz Felipe Silveira. Apresentação. In: LEOPOLDO, Ana Caroline K. de Lima et al.; DIFINI, Luiz Felipe Silveira (Org.). **Imunidades tributárias e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 9; CAMPOS, Dejalma de; CAMPOS, Marcelo. A imunidade e as garantias constitucionais – Alcance do art. 150, VI, “d” da CF. In: MACHADO, Hugo de Brito (Coord.). **Imunidade tributária do livro eletrônico**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 31-32; MAIOR, José Souto Borges. Interpretação das normas sobre isenções e imunidades. Hermenêutica no direito tributário. In: MORAES, Bernardo Ribeiro de et al. **Interpretação no direito tributário**. São Paulo: Saraiva, EDUC, 1975, p. 409-410.

⁷⁶ MELO, José Eduardo Soares. Limitações ao poder impositivo e segurança jurídica. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). **Limitações ao poder impositivo e segurança jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 187.

⁷⁷ FALCÃO, Amílcar de Araújo. **Fato gerador da obrigação tributária**. São Paulo: Financeiras, 1964, p. 117.

⁷⁸ BORGES, José Souto Maior. **Teoria Geral da isenção tributária**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 217-218.

Em sentido diverso, ou seja, entendendo que a imunidade tributária não se situa no campo da exclusão ou supressão da competência tributária, Luciano Amaro⁷⁹ defende que a norma constitucional de imunidade não atua em um momento posterior à outorga de competência tributária, mas simultaneamente a este, colaborando nas definições das faixas de competências tributárias entregues às entidades políticas, razão pela qual não se trata de uma limitação ou supressão de competência tributária ou do poder de tributar, pela razão de que, nas situações imunes, não existe (nem preexiste) poder de tributar ou competência impositiva.

Idêntico pensamento condenatório a essa classificação tem Clélio Chiesa⁸⁰, para quem “defender que a imunidade é a supressão ou exclusão do *poder tributário* pressupõe admitir cronologia entre as normas que outorgam competência aos entes tributantes e às normas imunizantes”. Segundo o autor, é “como se primeiro ocorresse a incidência das normas imunizantes e, ato contínuo, ocorresse a supressão ou exclusão de parte dessa competência”.

Paulo de Barros Carvalho⁸¹, por seu turno, também apresenta críticas quanto à definição da natureza jurídica das imunidades tributárias na perspectiva da supressão ou exclusão da competência, já que a etimologia dos verbos “excluir” e “suprimir”, que significam, respectivamente, a expulsão de algo que já estivera incluído e anulação/eliminação, já estão a revelar falhas no conceito, uma vez que não é possível cogitar tratar-se a imunidade tributária como norma que expulsa ou elimina uma norma anterior de competência tributária.

Também José Wilson Ferreira Sobrinho⁸² entende não tratar-se de exclusão da competência tributária, uma vez que seu âmbito já nasce precisamente demarcado pela

⁷⁹ AMARO, Luciano. **Direito tributário brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 45. No mesmo sentido, entendendo que a imunidade tributária não se apresenta como exclusão ou supressão constitucional da competência impositiva (do poder tributário), ver: CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito Tributário, linguagem e método**. São Paulo: Noeses, 2008, p. 313-315, que entende que a competência tributária é o resultado de uma conjunção de normas constitucionais. Idêntico pensamento tem Clélio Chiesa, que entende que “defender que a imunidade é a supressão ou exclusão do *poder tributário* pressupõe admitir cronologia entre as normas que outorgam competência aos entes tributantes e às normas imunizantes. É como se primeiro ocorresse a incidência das normas imunizantes e, ato contínuo, ocorresse a supressão ou exclusão de parte dessa competência”. CHIESA, Clélio. **A competência tributária do Estado brasileiro – Desonerações e imunidades condicionadas**. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 110.

⁸⁰ CHIESA, Clélio. **A competência tributária do Estado brasileiro – Desonerações e imunidades condicionadas**. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 110.

⁸¹ CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 181-186. Na mesma obra, o autor, enfatizando que a norma imunizante tem nascimento concomitante com as normas constitucionais que estabelecem a competência tributária, ressalta que “a imunidade não exclui nem suprime competências tributárias, uma vez que estas representam o resultado de uma conjunção de normas constitucionais, entre elas, as de imunidade tributária. A competência para legislar, quando surge, já vem com as demarcações que os preceitos das Constituições fixaram”. No mesmo sentido, José Souto Maior Borges defende que “[...] a imunidade não subtrai competência tributária pois essa é apenas a soma das atribuições fiscais que a Constituição Federal outorgou ao poder tributante e o campo material constitucionalmente imune nunca pertenceu à competência deste. A competência tributária já nasce limitada”.

⁸² SOBRINHO, José Ferreira. **Imunidade tributária**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1996, p. 63.

Constituição Federal. Para o autor, se houve limitação, a mesma ocorreu no campo da política jurídica, através de um exercício de juízo de valor que tem aptidão para “operar redução ou ampliação do que merecerá juridicização”, afirmando o autor que a “limitação, portanto, é metajurídica”.

Antes de mais nada, é relevante registrar que a competência tributária nada mais significa do que a aptidão jurídica para criar tributos, por meio da qual a legislação descreve suas hipóteses de incidência, seus sujeitos (ativos e passivos), suas bases de cálculo e suas respectivas alíquotas. União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, reais detentores da competência tributária, receberam do legislador constituinte poderes para instituírem as mais variadas modalidades de tributos, dentro de suas respectivas competências.

Assim, a Constituição Federal disciplinou, de forma taxativa, rigorosa e exaustiva, o exercício das competências tributárias⁸³, subtraindo do legislador ordinário a possibilidade deste definir, a seu critério, o real alcance das normas jurídicas que instituem tributos, não se concebendo, desta forma, que a legislação ordinária ouse “desafiar”⁸⁴ o conteúdo da norma constitucional de imunidade tributária, estando impedida de incidir sobre fatos, bens e pessoas⁸⁵, tendo em vista a inabalável “negação radical do direito de tributar”.

É por isso que existem determinados campos de competência, revestidos de típica intributabilidade, nos quais não é possível subsistir a tributação. Como observa Eduardo Sabbag⁸⁶, “desse modo entende-se que se afeta pela via negativa a competência tributária”, não obstante seja possível encontrar, como já visto nas notas anteriores, posicionamentos diferentes no âmbito doutrinário, no sentido de que estaria a ocorrer uma verdadeira supressão constitucional da

⁸³ Sobre competência tributária, seus atributos e a aplicação de tais atributos às normas de imunidade tributária ver: CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário, linguagem e método**. São Paulo: Noeses, 2008, p. 233; CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de direito constitucional tributário**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 529; FERREIRA, Alex Sandro Sarmiento. **Imunidades relativas às entidades beneficentes de assistência social**. São Paulo, 2010. 164f. Dissertação (Mestrado em Direito Tributário – Orientador: Estevão Horvath) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, p. 30-31.

⁸⁴ O termo é utilizado por Aliomar Baleeiro, quando este afirma que “Será inconstitucional a lei que desafiar imunidades fiscais”. BALEIRO, Aliomar. **Uma introdução à ciência das finanças**. 17 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 374.

⁸⁵ “Ainda que em linguagem figurada, as imunidades atual como *redomas* a proteger fatos e pessoas da incidência das normas impositivas, o que gera a sua intributabilidade. GRUPENMACHER, Betina Treiger. **Competência tributária e imunidades dos livros e do papel**. In: DERZI, Misabel Abreu Machado (Coord.). ALVARENGA, Alessandra Isabela Drummond de *et al.* **Competência tributária**. Belo Horizonte: Del Rey, 2011, p. 167. No mesmo sentido: GRUPENMACHER, Betina Treiger. *Imunidade tributária – Reflexões acerca de seu conceito e perfil constitucional*. In: TÔRRES, Heleno Taveira (Coord.). **Teoria geral da obrigação tributária** - Estudos em homenagem ao professor José Souto Maior Borges. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 843-848, bem como MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de direito tributário**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 230.

⁸⁶ SABBAG, Eduardo. **Imunidade tributária recíproca e os impostos indiretos: uma interpretação conforme o Estado Federal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 22.

competência impositiva, ainda que tal entendimento seja condenado por outra parcela da doutrina, como já visto.

A análise comparativa dos entendimentos acima mencionados está a indicar que as imunidades tributárias não se configuram como exclusão da competência tributária, mas, sim, de influência negativa na própria norma estabelecadora de competência, sendo deste esboço eminentemente negativo da norma de competência que escoará a positivação da norma jurídica de imunidade, não se qualificando, assim, como limitação constitucional às competências tributárias⁸⁷.

Como se verá no próximo item, é por isso que há quem entenda e defenda que as normas de imunidade tributária são, na verdade, normas de “incompetência tributária” (não obstante tal expressão não seja unanimemente aceita), exercendo “[...] a função de colaborar, de forma especial, no desenho das competências impositivas”.⁸⁸

3.2. Imunidade como incompetência tributária

Yoshiaki Ichihara⁸⁹, em seu magistério, defende que as imunidades tributárias constituem normas constitucionais expressas que caracterizam a incompetência das pessoas políticas detentoras de competência tributária, onde as normas imunitórias atuam dentro do campo da competência, delimitando-a negativamente.

Paulo de Barros Carvalho⁹⁰, por seu turno, enxerga nas imunidades tributárias uma típica incompetência das pessoas políticas de direito constitucional para expedir regras instituidoras de

⁸⁷ Entendendo que as imunidades não se caracterizam como limitação constitucional das competências tributárias, mas sim como regra negativa de competência, atuando dentro desta regra para reduzir-lhe o âmbito de eficácia, ver: CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 182-184; CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário, linguagem e método**. São Paulo: Noeses, 2008, p. 312. No mesmo sentido: BALEEIRO, Aliomar. **Direito tributário brasileiro**. 11. ed. atual. por Misabel Abreu Machado Derzi. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 116. Para Clélio Chiesa, a teoria de que a “imunidade seria uma limitação constitucional às competências tributárias”, apesar de cativante, está equivocada pelo fato de pressupor “a existência de cronologia entre as normas de outorga de competência e as que contemplam hipóteses de imunidades”. CHIESA, Clélio. **A competência tributária do Estado brasileiro – Desonerações e imunidades condicionadas**. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 111. Para Regina Helena Costa, a imunidade tributária é “norma expressa impeditiva da atribuição de competência tributária”. COSTA, Regina Helena. **Imunidades tributárias: teoria e análise da jurisprudência do STF**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 52. Já para José Souto Borges Maior, a imunidade tributária é também, diversamente, uma típica “limitação constitucional ao poder de tributar”. MAIOR, José Souto Borges. **Teoria geral da isenção tributária**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 218-219; MAIOR, José Souto Borges. **Interpretação das normas sobre isenções e imunidades. Hermenêutica no direito tributário**. In: MORAES, Bernardo Ribeiro de et al. **Interpretação no direito tributário**. São Paulo: Saraiva, EDUC, 1975, p. 409-410.

⁸⁸ CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 198.

⁸⁹ ICHIHARA, Yoshiaki. **Imunidades tributárias**. São Paulo: Atlas, 2000, p. 173.

⁹⁰ CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 194-197.

tributos que alcancem situações específicas e suficientemente caracterizadas. Para o citado autor, a imunidade tributária qualifica-se como uma norma de estrutura, de produção, de formação ou de transformação de outras normas, onde as normas constitucionais veiculadoras de imunidades configuram-se como normas que estabelecem a incompetência das pessoas políticas para a instituição de tributos que alcancem situações, fatos, bens e pessoas expressamente previstas na norma constitucional imunizante.

Também Roque Antonio Carrazza⁹¹, para quem as imunidades tributárias demarcam negativamente a competência tributária dos entes políticos, na qual “as normas constitucionais que, direta ou indiretamente, tratam do assunto fixam, por assim dizer, a incompetência das entidades tributantes para onerar, com exações, certas pessoas, seja em função de sua natureza jurídica, seja porque coligadas a determinados fatos, bens ou situações”.

São por estes fundamentos que a norma imunizante se revela para os autores citados como um verdadeiro sinalizador de “incompetência tributária” ou regra de incompetência⁹² (não obstante tal expressão não seja unanimemente aceita)⁹³, exercendo a função de colaborar, de forma especial, no desenho das competências impositivas.

3.3. Imunidade como limitação da competência tributária

Na perspectiva conceitual, a imunidade tributária significa uma típica delimitação negativa da competência tributária, uma vez que o legislador constitucional entendeu por adotar a estratégia de delinear, de forma planejada, as áreas que refutam a incidência das exações tributárias, levando-se em consideração o rígido sistema de distribuição de competências impositivas.⁹⁴

⁹¹ CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de direito constitucional tributário**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 763. Para o autor (p. 757-758), a expressão “imunidade tributária” pode ser compreendida tanto em sentido *lato*, significando a incompetência das pessoas políticas para tributar casos determinados devidamente traçados na Constituição, como em sentido *stricto*, como norma constitucional que veda aos entes públicos a tributação de determinadas pessoas em razão de sua natureza jurídica, da atividade que exercem ou por estarem ligadas a fatos ou situações expressamente imunes.

⁹² CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 195-196.

⁹³ “A imunidade “não se trata, genuinamente, de uma regra de incompetência, mas de uma regra que impede o fenômeno da incidência”. GRUPENMACHER, Betina Treiger. **Competência tributária e imunidades dos livros e do papel**. In: DERZI, Misabel Abreu Machado (Coord.). ALVARENGA, Alessandra Isabela Drummond de *et all.* **Competência tributária**. Belo Horizonte: Del Rey, 2011, p. 167. GRUPENMACHER, Betina Treiger. Imunidade tributária – Reflexões acerca de seu conceito e perfil constitucional. In: TÔRRES, Heleno Taveira (Coord.). **Teoria geral da obrigação tributária** - Estudos em homenagem ao professor José Souto Maior Borges. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 844.

⁹⁴ SABBAG, Eduardo. **Imunidade tributária recíproca e os impostos indiretos: uma interpretação conforme o Estado Federal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 21.

Nesse sentido é que Luciano Amaro⁹⁵ entende que as imunidades tributárias devem ser compreendidas como uma delimitação da competência tributária, tendo por objetivo finalístico limitar o poder de tributar do Estado.

É por isso que o citado autor afirma que a Constituição traça, ao lado da competência tributária, princípios e normas que disciplinam balizamentos a essa competência, constituindo, assim, as chamadas “limitações constitucionais ao poder de tributar”, as quais encontram seus principais fundamentos nos princípios constitucionais tributários e nas imunidades tributárias.

Cabe, neste ponto, breves considerações acerca da conhecida expressão “limitação constitucional ao poder de tributar”, utilizada pela Constituição Federal⁹⁶ e tão conhecida e adotada por inúmeros autores⁹⁷ para qualificar a natureza jurídica das imunidades tributárias dentro do esboço da delimitação da competência tributária.

Em sua origem, a expressão “limitações constitucionais ao poder de tributar” traz à memória os ensinamentos de Aliomar Baleeiro em sua clássica obra⁹⁸, um dos pioneiros no Brasil no estudo das imunidades tributárias.

Inúmeras acepções podem ser utilizadas para a palavra “poder”⁹⁹. O mesmo ocorre com o vocábulo “competência”.

Uma dessas acepções é aquela que remonta ao chamado poder soberano, que constitui um dos elementos do próprio Estado e que tem como braço o poder fiscal.

⁹⁵ MORAES, Bernardo Ribeiro de. A imunidade tributária e seus novos aspectos. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). **Imunidades tributárias**. Pesquisas Tributárias – Nova Série 4, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, CEU, 1998, p. 144.

⁹⁶ A seção II da Constituição Federal de 1988 tem a seguinte denominação: "Das limitações do poder de tributar", nela estando contemplados os artigos 150, 151, 152, 153 e 154.

⁹⁷ Entendendo que a imunidade tributária situa-se no campo das limitações constitucionais ao poder de tributar, ver: BALEEIRO, Aliomar. **Uma introdução à ciência das finanças**. 14. ed. atual. por Flávio Bauer Novelli, Rio de Janeiro: Forense, 1992, p. 283; CARRAZZA, Elizabeth Nazar. Imunidade tributária das instituições de educação. **Revista de direito tributário**, n. 3, ano II, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, jan./mar. 1978, p. 167 e 171; AMARO, Luciano. **Direito tributário brasileiro**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 106; BORGES, José Souto Maior. **Teoria geral da isenção tributária**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 218-219; DIFINI, Luiz Felipe Silveira. Apresentação. In: LEOPOLDO, Ana Caroline K. de Lima et al.; DIFINI, Luiz Felipe Silveira (Org.). **Imunidades tributárias e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 9; MACHADO, Hugo de Brito. Imunidade tributária. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). **Imunidades tributárias**. São Paulo: Resenha Tributária; Centro de Extensão Universitária, 1998. p.80-95. (Pesquisas Tributárias, n.4).

⁹⁸ BALEEIRO, Aliomar. **Limitações constitucionais ao poder de tributar**. 7. ed. 2. tir., rev. e atual. por Misabel Abreu Machado Derzi. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 246.

⁹⁹ Michel Temer conceitua “poder” como um “conjunto de preceitos imperativos incidentes sobre certos seres fixados em determinado território” e, emanando da soberania, revela-se como nota típica de Estado. Ademais, a atuação do poder servirá para configurar as normas organizadoras desse mesmo Estado. TEMER, Michel. **Elementos de Direito Constitucional**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 119.

Paulo Bonavides¹⁰⁰ entende que “com o poder se entrelaçam a *força* e a *competência*, compreendida esta última como a legitimidade oriunda do consentimento”. Nesse sentido, o autor entende que, a prevalecer o aspecto eminentemente coercitivo derivado do simples uso da força, o poder se traduzirá apenas em um “poder de fato”. Já quando o apoio desloca-se para o plano da competência, com base no consentimento, este poder converte-se em poder de direito.

Partindo-se da premissa de que é com a Constituição que o poder de fato transforma-se em poder jurídico através da edição de normas, que Fernando Sáinz de Bujanda¹⁰¹ afirma que “Ahora bien en el moderno Estado constitucional ese poder ha dejado de ser una fuerza o poder de hecho para convertirse en un poder jurídico, que se ejercita dictando normas”.

E quando ao “poder tributário”, ínsito à expressão “limitações constitucionais ao poder de tributar”?

Majoritariamente, há quem entenda que tal poder já foi exercido pela Assembleia Nacional Constituinte por ocasião da promulgação da Constituição de 1988, sendo certo que, após positivado no texto constitucional, o que resultou foi apenas um mero “produto jurídico” decorrente desse poder, denominado “competência tributária”.¹⁰² No entanto, há opinião diversa, ainda que minoritária¹⁰³, no sentido de atribuir às pessoas políticas a prerrogativa do “poder tributário”.

Por outro lado, há também quem, ao se referir ao “poder tributário”, o adote no sentido de

¹⁰⁰ BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 115. O mesmo autor assevera que “O Estado moderno resume basicamente o processo de despersonalização do poder, a saber, a passagem de um poder de pessoa a um poder de instituições, de poder imposto pela força a um poder fundado na aprovação do grupo, de um poder de fato a um poder de direito”.

¹⁰¹ BUJANDA, Fernando Sáinz. **Hacienda y Derecho**. t.II. Madri: Instituto de Estudios Políticos, 1962, p. 275 e ss.

¹⁰² Roque Antonio Carrazza, ao discorrer sobre a inexistência de “poder tributário” pelas pessoas políticas, afirma que “Em boa técnica, não se deve dizer que as pessoas políticas têm, no Brasil, *poder tributário*. *Poder tributário* tinha a Assembleia Nacional Constituinte, que era soberana. Ela, realmente, tudo podia, inclusive em matéria tributária. A partir do momento, porém, em que foi promulgada a Constituição Federal, o *poder tributário* retornou ao povo (detentor da soberania). O que passou a existir em seu lugar foram as *competências tributárias*, que a mesma Constituição Federal repartiu entre a União, os Estados-membros, os Municípios e o Distrito Federal. CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de direito constitucional tributário**. 25. ed. rev., amp. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009, p.504. No mesmo sentido, sobre a incoerência e posse de um poder tributário pelas pessoas políticas, ver: ATALIBA, Geraldo. **Hermenêutica e sistema constitucional tributário**. In: MORAES, Bernardo Ribeiro de et al. **Interpretação no direito tributário**. São Paulo: Saraiva, EDUC, 1975, p. 16, para quem “o poder tributário se sedia no poder constituinte. O poder constituinte é o único titular de ‘poder’ tributário”. Para o citado autor, os entes políticos não exercem “poder”, mas pedaços de poder, porções de poder, fatias de poder, afirmando que “Poder tributário só o poder constituinte tem. Só o Estado brasileiro, como um todo, tem. Mas nenhuma daquelas pessoas políticas, criadas pela Constituição, recebeu ‘poder’. Todas receberam meras competências, simples parcelas de poder, em matéria tributária”. No mesmo pensamento: CHIESA, Clélio. **A competência tributária do Estado brasileiro – Desonerações e imunidades condicionadas**. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 112.

¹⁰³ BORGES, José Souto Maior. **Teoria geral da isenção tributária**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 25-26.

“potestade”.¹⁰⁴

Aliomar Baleeiro¹⁰⁵ entende que o “poder tributário” se traduz no poder de instituir e arrecadar tributos, tudo em conformidade com os ditames constitucionais dirigidos ao sistema tributário por eles delineado, donde, assim, os conceitos de poder e competência acabam se sobrepondo.

Por seu turno, entendendo que a Constituição Federal promove a divisão do poder tributário, que em sua origem é absolutamente uno, em nítidas parcelas de competência entre as pessoas políticas, na mesma linha de Geraldo Ataliba¹⁰⁶, é o magistério de Sacha Calmon Navarro Coelho.¹⁰⁷

Há quem, como José Souto Maior Borges¹⁰⁸, que enxergue a competência tributária como uma emanção do próprio poder tributário, ainda que seus conceitos não se confundam. Para o autor, a competência tributária exerce-se “ordinariamente através de lei”, consistindo, pois, numa típica “autorização e limitação constitucional para o exercício do poder tributário”.¹⁰⁹

Sob o prisma de que o poder político se exerce no momento da elaboração da Constituição, no qual o poder tributário passa a ser um poder tipicamente jurídico exercido por intermédio de normas, José Wilson Sobrinho¹¹⁰ e Roque Antonio Carrazza¹¹¹ entendem que não se pode falar em “poder de tributar”, mas, apenas, em “competência tributária”, uma vez que esta – a competência tributária – já nasce com a própria Constituição. Sob esta perspectiva, as imunidades tributárias

¹⁰⁴ Nesse sentido: ALESSI, Renato. **La funzione tributaria in generale**. In: ALESSI, Renato; STAMMATTI, Gaetano. **Istituzione di Diritto Tributario**. Turim: UTET, 1965, p. 29; MICHELI, Gian Antonio. **Curso de derecho tributario**. Trad. Julio Banacloche. Madri: EDERSA, 1975, p. 141-142 e 167-168; BERLIRI, Antonio. **Principios de derecho tributario**. Trad. Fernando Vicente-Arche Domindo. Madri: Derecho Financiero, 1964, p. 177; HENSEL, Albert, *apud* VIEIRA, José Roberto. E, afinal, a Constituição cria tributos! In: TÔRRES, Heleno Taveira. **Teoria geral da obrigação tributária: estudos em homenagem ao Professor José Souto Maior Borges**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 616-618. Maiores detalhes sobre a visão de cada um dos autores citados nesta nota, ver: VALLE, Maurício Dalri Timm. Considerações sobre as características da competência tributária no Brasil. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro – RIDB**, Ano 2, nº 12, 2013, p. 14.383.

¹⁰⁵ BALEEIRO, Aliomar. **Limitações constitucionais ao poder de tributar**. 7. ed. 2. tir., rev. e atual. por Misabel Abreu Machado Derzi. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 2.

¹⁰⁶ ATALIBA, Geraldo. **Hermenêutica e sistema constitucional tributário**. In: MORAES, Bernardo Ribeiro de et al. **Interpretação no direito tributário**. São Paulo: Saraiva, EDUC, 1975, p. 16.

¹⁰⁷ COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de direito tributário brasileiro**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 67.

¹⁰⁸ BORGES, José Souto Maior. **Teoria Geral da Isenção Tributária**. 3. ed., São Paulo: Malheiros, 2001, p. 30. Para o citado autor, “A repartição do poder tributário caracteriza o princípio da competência tributária. Esta exerce-se ordinariamente através de lei. Competência tributária significa, na lição de Hensel, a faculdade de exercer o poder tributário, do ponto de vista material, sobre um setor determinado. Assim, a distribuição constitucional do poder de gravar – delimitação formal e material do poder tributário vincula a criação das regras jurídicas tributárias”.

¹⁰⁹ BORGES, José Souto Maior. **Isenções tributárias**. São Paulo: Sugestões Literárias, 1969. p. 27.

¹¹⁰ FERREIRA SOBRINHO, José Wilson. **Imunidade tributária**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1996. p.61.

¹¹¹ Roque Antonio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**, 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 447.

representam um nítido limite ao estabelecimento de matizes tributárias por parte das pessoas políticas competentes.

Como observa Rogério Tobias de Carvalho¹¹², tudo isso é assim porque, quanto à norma imunizante, “sua entronização no texto constitucional é índice da importância da decisão de não tributar”.

Por isso o jargão de se afirmar que a face mais evidente das “limitações do poder de tributar, expressão ainda contestada,¹¹³ desdobra-se nos princípios constitucionais tributários e nas imunidades tributárias, onde o poder de tributar cerca-se por traços definidores que lhe demarcarão “o campo, o modo, a forma e a intensidade”.¹¹⁴

Eis a razão pela qual há quem defenda que os princípios constitucionais tributários também caberiam no conceito das imunidades tributárias, uma vez que estes princípios, estabelecendo balizas a serem cumpridas pelo legislador, acabam impondo obstáculos à construção das citadas matizes tributárias.¹¹⁵

Sobre o assunto, Geraldo Ataliba¹¹⁶, citando Louis Tratabas, afirma ter este autor criado a expressão “estatuto do contribuinte”, para designar o “conjunto fundamental, essencial, de garantias e de normas constitucionais, que dão ao contribuinte uma situação determinada, teórica (em tese), mas institucionalmente assegurada e que não pode ser violada por lei alguma, porque o estatuto do contribuinte é essencialmente constitucional”. Eis a razão pela qual Betina Treiger Grupenmacher¹¹⁷ afirma que os princípios e imunidades tributárias perfazem o conjunto de comandos componentes desse estatuto, como nítidos direitos subjetivos públicos, com o objetivo

¹¹² CARVALHO, Rogério Tobias de. **Imunidade tributária e contribuições para a seguridade social**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 107.

¹¹³ Entendendo que a imunidade não pode ser vista como uma “limitação constitucional ao poder de tributar”, ver: PESTANA, Márcio. **O princípio da imunidade tributária**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2001, p. 67. No mesmo sentido, Clélio Chiesa afirma que a impropriedade é expressiva, “pois juridicamente não preexiste um poder de tributar que antecede à confecção do texto constitucional e que passa por restrição. Juridicamente, não há um poder que antecede à sua própria criação”. CHIESA, Clélio. **A competência tributária do Estado brasileiro – Desonerações e imunidades condicionadas**. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 111; COSTA, Regina Helena. **Imunidades tributárias: Teoria e análise da jurisprudência do STF**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

¹¹⁴ AMARO, Luciano. **Direito tributário brasileiro**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 107

¹¹⁵ VALADÃO, Marcos Aurélio Pereira. **Limitações constitucionais ao poder de tributar e tratados internacionais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 27.

¹¹⁶ ATALIBA, Geraldo. **Hermenêutica e sistema constitucional tributário**. In: MORAES, Bernardo Ribeiro de et al. **Interpretação no direito tributário**. São Paulo: Saraiva, EDUC, 1975, p. 19.

¹¹⁷ GRUPENMACHER, Betina Treiger. **Competência tributária e imunidades dos livros e do papel**. In: DERZI, Misabel Abreu Machado (Coord.). **ALVARENGA, Alessandra Isabela Drummond de et al. Competência tributária**. Belo Horizonte: Del Rey, 2011, p. 169.

de estabilizar a relação fisco-contribuinte.

Por seu turno, referindo-se às limitações como “vedações ao poder de tributar”, Ives Gandra da Silva Martins¹¹⁸ afirma que, nos dispositivos relacionados à área interdita, não pode o Poder Impositivo penetrar, o que legitima a precisão terminológica do constituinte na utilização da palavra “vedar”. Para ele, “a proibição constitucional elimina a forma dos governantes a buscarem recursos, em áreas que nitidamente o constituinte quis tornar intangíveis”¹¹⁹, levando-o a acreditar na transformação da “Seção II do Capítulo I do Sistema Tributário em autêntico *Código Constitucional de Defesa do Contribuinte*”.¹²⁰ Para arrematar, o autor, fazendo menção e citação à tese de Adolph Wagner¹²¹, defende que tais limitações se exteriorizam como “defesa constitucional do contribuinte contra o permanente anseio dos governantes por mais tributos”.¹²²

Percebe-se, desta forma, um efeito duplo resultante da norma jurídica constitucional que torna a tributação imune, pois, de um lado, impede que a entidade pública impositora avance na sua intenção tributante em detrimento da pessoa, situação ou bem protegidas e, de outro lado, garante aos beneficiários da imunidade tributária um direito público subjetivo¹²³ de não serem perturbados pela incidência do tributo.

Assim, como registra José Wilson Ferreira Sobrinho¹²⁴, a norma imunizadora, neste papel duplo, ao mesmo tempo em que delinea a competência tributária, restringindo-a, outorga a seu real destinatário o direito de não sofrer a exação fiscal pelo Estado, o que lhe garante, assim, o rótulo de norma jurídica atributiva.

¹¹⁸ MARTINS, Ives Gandra da Silva. Imunidades tributárias: teleologia. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, n. 166, jul. 2009, p. 140.

¹¹⁹ MARTINS, Ives Gandra da Silva. Imunidades tributárias: teleologia. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, n. 166, jul. 2009, p. 140.

¹²⁰ MARTINS, Ives Gandra da Silva. Imunidades tributárias: teleologia. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, n. 166, jul. 2009, p. 140.

¹²¹ **Adolph Wagner defendia que as despesas públicas tendem sempre a crescer e os tributos a acompanhá-las. Sobre o assunto, ver: WAGNER, Adolph et al.** Lehr- und Handbuch der politischen Oekonomie. In einzelnen selbständigen Abtheilungen. **Alemanha, Leipzig, C. F. Winter, 1893.**

¹²² MARTINS, Ives Gandra da Silva. Imunidades tributárias: teleologia. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, n. 166, jul. 2009, p. 140.

¹²³ Associando imunidade tributária a um direito público subjetivo, ver: CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de direito constitucional tributário: imunidades tributárias**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 773; COSTA, Regina Helena. **Imunidades tributárias: teoria e análise da jurisprudência do STF**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 136; SOBRINHO, José Wilson Ferreira. **Imunidade tributária**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1996, p. 102-103, além de TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de direito constitucional, financeiro e tributário – Os direitos humanos e a tributação: imunidades e isonomia**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 73.

¹²⁴ SOBRINHO, José Wilson Ferreira. **Imunidade tributária**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1996, p. 102.

Sob este prisma, Alex Sandro Sarmento Ferreira¹²⁵ observa que “as normas que atribuem as competências atuam simultaneamente com as normas de imunidades tributárias. São ambas regras de estrutura que atuam em plano constitucional”.

Há que se registrar, também, que subsistem críticas quanto à caracterização das imunidades tributárias como delimitação ou limitação da competência tributária.

Para Paulo de Barros Carvalho¹²⁶, o significado da palavra “limitação”, cuja crítica também se estende aos que consideram a imunidade limitação à competência tributária, “vem em sentido contrário a ela (competência tributária), buscando amputá-la ou suprimi-la”, posto que, na verdade, “a hipótese de imunidade colabora no desenho constitucional da faixa de competência adjudicada às entidades tributantes”. Segundo o autor, a regra de imunidade não limita a competência tributária, pois, juntamente com os princípios constitucionais tributários e as normas de atribuição de competência, contribui na demarcação do campo de competência tributária.

Além de inúmeras outras vozes na doutrina¹²⁷ que criticam a expressão, igual pensamento tem José Wilson Ferreira Sobrinho¹²⁸, que, em tom sarcástico, chega mesmo a afirmar que “a imunidade tributária não é limitação constitucional de coisa nenhuma”.

¹²⁵ FERREIRA, Alex Sandro Sarmento. **Imunidades relativas às entidades beneficentes de assistência social**. São Paulo, 2010. 164f. Dissertação (Mestrado em Direito Tributário – Orientador: Estevão Horvath) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, p. 28. No mesmo sentido: CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 186 e CHIESA, Clélio. **A competência tributária do Estado brasileiro – Desonerações e imunidades condicionadas**. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 102.

¹²⁶ CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 173.

¹²⁷ Entendendo que as imunidades não se caracterizam como limitação constitucional das competências tributárias, mas sim como regra negativa de competência, atuando dentro desta regra para reduzir-lhe o âmbito de eficácia, ver: CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 182-184. Para o autor, a imunidade tributária não pode se configurar uma “limitação constitucional às competências impositivas”, uma vez que não existe uma determinada cronologia ou aspecto temporal que determine o nascimento da competência e a destruição desta competência pela imunidade, razão pela qual a mesma se traduz, sim, em um típico “esquema sintático proibitivo ou vedatório”. CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário, linguagem e método**. São Paulo: Noeses, 2008, p. 312. No mesmo sentido: BALEIRO, Aliomar. **Direito tributário brasileiro**. 11. ed. atual. por Misabel Abreu Machado Derzi. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 116. Para Clélio Chiesa, a teoria de que a “imunidade seria uma limitação constitucional às competências tributárias”, apesar de cativante, está equivocada pelo fato de pressupor “a existência de cronologia entre as normas de outorga de competência e as que contemplam hipóteses de imunidades”. CHIESA, Clélio. **A competência tributária do Estado brasileiro – Desonerações e imunidades condicionadas**. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 111. Para Regina Helena Costa, a imunidade tributária é “norma expressa impeditiva da atribuição de competência tributária”. COSTA, Regina Helena. **Imunidades tributárias: teoria e análise da jurisprudência do STF**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 52. Já para José Souto Borges Maior, a imunidade tributária é também, diversamente, uma típica “limitação constitucional ao poder de tributar”. MAIOR, José Souto Borges. **Teoria geral da isenção tributária**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 218-219; MAIOR, José Souto Borges. **Interpretação das normas sobre isenções e imunidades. Hermenêutica no direito tributário**. In: MORAES, Bernardo Ribeiro de et al. **Interpretação no direito tributário**. São Paulo: Saraiva, EDUC, 1975, p. 409-410.

¹²⁸ SOBRINHO, José Wilson Ferreira. **Imunidade tributária**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1996, p. 102.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A análise do instituto jurídico das imunidades tributárias revela, de forma clara, a multiplicidade de pontos de vista da doutrina tributarista no que se refere à real definição de sua natureza jurídica enquanto instituto constitucional.

A despeito da ampla diversidade de classificações adotadas para tentar definir o real alcance e natureza jurídica das normas constitucionais imunizantes, é possível concluir que as imunidades e os princípios tributários constituem limitações constitucionais ao poder de tributar, ostentando a condição de típicas cláusulas pétreas¹²⁹ e, por isso, seus limites não seriam suprimíveis nem por emenda constitucional¹³⁰, já que asseguram direitos e garantias individuais¹³¹ que resguardam princípios, interesses e valores considerados fundamentais pelo Estado.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ALESSI, Renato. **La funzione tributaria in generale**. In: ALESSI, Renato; STAMMATTI, Gaetano. **Istituzione di Diritto Tributario**. Turim: UTET, 1965.

¹²⁹ Aceitando a imunidade como cláusula pétrea, os seguintes precedentes do Supremo Tribunal Federal: **ADI 939/DF**, Tribunal Pleno, Rel. Min. Sydney Sanches, j. 15.12.1993, DJ 18.03.1994; **RE 636.941/RS**, Tribunal Pleno, Rel. Min. Luiz Fux, j. 13.02.2014, DJe 03.04.2014; **RE 470.520/SP**, 1ª Turma, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 17.09.2013, DJe 20.11.2013; **AI 674.339 AgR/SP**, 1ª Turma, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 10.09.2013, DJe 12.02.2014; **RE 385.091/DF**, 1ª Turma, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 06.08.2013, DJe 17.10.2013; **ACO 2.023 TA-Ref/AC**, Tribunal Pleno, Rel. Min. Rosa Weber, j. 25.04.2013, DJe 12.06.2013; **ACO 1.507 TA-Ref/RS**, Tribunal Pleno, Rel. Min. Rosa Weber, j. 25.04.2013, DJe 13.06.2013. Em sentido contrário, não aceitando norma constitucional como uma cláusula pétrea quando não veiculadora de direito ou garantia fundamental (sendo, por isso, possível sua supressão por Emenda Constitucional), ver: **RE 372.600/SP**, 2ª Turma, Rel. Min. Ellen Gracie, j. 16.12.2003, DJ 23.04.2004.

¹³⁰ Entendendo que a imunidade tributária constitui instituto jurídico intangível à mão do constituinte derivado, ver: **ADI 939/DF**, Tribunal Pleno, Rel. Min. Sydney Sanches, j. 15.12.1993, DJ 18.03.1994. No mesmo sentido, sobre a impossibilidade de uma emenda constitucional restringir o campo de atuação da norma imunizante: BALEEIRO, Aliomar. **Limitações constitucionais ao poder de tributar**. 7. ed. 2. tir., rev. e atual. por Misabel Abreu Machado Derzi. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 14. Em sentido contrário, entendendo que as cláusulas pétreas não podem ser abolidas, mas podem ser alteradas, “considerando-se que “a norma pétrea, com o caráter de imodificável, atravança a própria dinâmica dos acontecimentos, principalmente no mundo global em que vivemos”. ICHIHARA, Yoshiaki. **Imunidades tributárias**. São Paulo: Atlas, 2000, p. 171.

¹³¹ Entendendo que as imunidades tributárias visam proteger valores constitucionalmente reconhecidos, e ligando-as aos direitos e garantias individuais, Aliomar Baleeiro já registrava que “[...] a grande massa das imunidades e dos princípios consagrados na Constituição de 1988, dos quais decorrem limitações ao poder de tributar, são meras especializações ou explicações dos direitos e garantias individuais (legalidade, irretroatividade, igualdade, generalidade, capacidade econômica de contribuir, etc.) ou de outros grandes princípios estruturais, como a forma federal de Estado (imunidade recíproca dos entes públicos estatais). São, portanto, imodificáveis por emenda, ou mesmo por revisão, já que fazem parte daquele núcleo de normas irredutíveis, a que se refere o art. 60, § 4º, da Constituição. Tanto os princípios como as imunidades produzem efeitos similares: limitam o poder de tributar [...]”. BALEEIRO, Aliomar. **Limitações constitucionais ao poder de tributar**. 7. ed. 2. tir., rev. e atual. por Misabel Abreu Machado Derzi. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 14. No mesmo sentido, Humberto Ávila registra que “As atividades e objetos que estão fora do poder de tributar são decorrência dos fins a serem promovidos pelo Estado. Os fatos e situações excluídos do poder de tributar do Estado correspondem a fatos e situações cuja soma forma atividades a serem estimuladas pelo Estado. [...] Isso equivale a dizer que a causa justificadora da imunidade é facilitar, por meio da exclusão dos encargos tributários, a consecução de finalidades que devem ser atingidas pelo próprio Estado”. ÁVILA, Humberto. **Sistema constitucional tributário**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 209.

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

ALEXY, Robert. **On the structure of legal principles**. In: *Ratio Juris*, n. 13, 2000.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Luis Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALEXY, Robert. **Theorie der Grundrechte**. Baden-Baden: Nomos, 1985.

ALEXY, Robert. **Theory of constitutional rights**. Trad. Julian Rivers. Oxford: Oxford University, 2002.

AMARO, Luciano. **Direito tributário brasileiro**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

ASCARELLI, Tullio. **Giurisprudenza costituzionale e teoria dell'interpretaione**. In: ASCARELLI, Tullio. **Problemi giuridici**. Vol. 1, Milano: Giufrè, 1959.

ATALIBA, Geraldo. **Hermenêutica e sistema constitucional tributário**. In: MORAES, Bernardo Ribeiro de et al. **Interpretação no direito tributário**. São Paulo: Saraiva, EDUC, 1975.

ATALIBA, Geraldo. **Hipótese de Incidência tributária**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

ATALIBA, Geraldo. **República e Constituição**. 3. ed. São Paulo: 2011.

ÁVILA, Humberto. **Sistema constitucional tributário**. São Paulo: Saraiva, 2004.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BALEEIRO, Aliomar. **Direito tributário brasileiro**. 11. ed. atual. por Misabel Abreu Machado Derzi. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

BALEEIRO, Aliomar. **Limitações constitucionais ao poder de tributar**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

BALEEIRO, Aliomar. **Limitações constitucionais ao poder de tributar**. 7. ed. 2. tir., rev. e atual. por Misabel Abreu Machado Derzi. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

BALEEIRO, Aliomar. **Uma introdução à ciência das finanças**. 14. ed. atual. por Flávio Bauer Novelli, Rio de Janeiro: Forense, 1992.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro:

Renovar, 2005.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Alguns Parâmetros Normativos para a Ponderação Constitucional**. In: A Nova Interpretação Constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Luís Roberto Barroso (Org.). 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**: Fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. **Direito Constitucional Contemporâneo – Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BAUMAN, Zygmunt. **Globalização**: as consequências humanas. Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999. Título original: Globalization: The Human Consequences.

BECHO, Renato Lopes. **Filosofia do direito tributário**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo hacia una nueva modernidad**. Tradução de Jorge Navarro, Daniel Jiménez, Maria Rosa Borrás. Barcelona: Paidós, 2006. Título original: Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne.

BECK, Ulrich. **O que é globalização?** Equívocos do globalismo e respostas à globalização. Tradução de André Carone. São Paulo: Paz e Terra, 1999. Título original: Was ist globalisierung?: Irrtümer des globalismus: Antworten auf globalisierung.

BECKER, Alfredo Augusto. **Teoria geral do direito tributário**. 3. ed. São Paulo: Lejus, 2002.

BERLIRI, Antonio. **Princípios de derecho tributario**. Trad. Fernando Vicente-Arche Domindo. Madri: Derecho Financiero, 1964.

BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. Trad. Fernando Pavan Baptista e Ariane Bueno Sudatti. 2. ed. São Paulo: Edipro, 2003.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 8. ed. Brasília: UnB, 1996.

BODNAR, Zenildo. O novo paradigma do direito na pós-modernidade. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**. v. 3, n. 1, jan./jun. 2011.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BORGES, José Souto Maior. **Isenções tributárias**. São Paulo: Sugestões Literárias, 1969.

BORGES, José Souto Maior. **Teoria geral da isenção tributária**. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

BUJANDA, Fernando Sáinz. **Hacienda y Derecho**. t.II. Madri: Instituto de Estudios Políticos, 1962.

CAMPOS, Dejalma de; CAMPOS, Marcelo. A imunidade e as garantias constitucionais – Alcance do art. 150, VI, “d” da CF. In: MACHADO, Hugo de Brito (Coord.). **Imunidade tributária do livro eletrônico**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

CANOTILHO. J. J. Gomes. **Direito Constitucional**. Coimbra: Almedina, 2006.

CANTO, Gilberto de Ulhôa. Algumas considerações sobre as imunidades tributárias dos entes públicos. **Revista de Direito Administrativo**, vol. 52, abr./jun. 1958.

CANTO, Gilberto de Ulhôa. **Temas de direito tributário**. Rio de Janeiro: Alba, 1964, vol. 3.

CARRAZZA, Elizabeth Nazar. Imunidade tributária das instituições de educação. **Revista de direito tributário**, n. 3, ano II, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, jan./mar. 1978.

CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de direito constitucional tributário**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de direito constitucional tributário**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de direito constitucional tributário**. 25. ed. rev., amp. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009.

CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**, 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de direito constitucional tributário: imunidades tributárias**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

CARRIÓ, Genaro R. **Principios jurídicos y positivismo jurídico**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1970.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário, linguagem e método**. São Paulo: Noeses, 2008.

CARVALHO, Rogério Tobias de. **Imunidade tributária e contribuições para a seguridade social**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

Cf. JAYME, Erik. Direito internacional privado e cultura pós-moderna. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFRGS**, Porto Alegre: PPGDir – UFRGS, vol. 1, n. 1, mar. 2003.

CHIESA, Clélio. **A competência tributária do Estado brasileiro** – Desonerações e imunidades

CHIESA, Clélio. **A competência tributária do Estado brasileiro** – Desonerações e imunidades condicionadas. São Paulo: Max Limonad, 2002.

Clélio. **A competência tributária do Estado brasileiro** – Desonerações e imunidades condicionadas. São Paulo: Max Limonad, 2002.

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de direito tributário brasileiro**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

COÊLHO, Sacha Calmon. **Curso de direito tributário brasileiro: Comentários à constituição federal e ao código tributário nacional**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

COÊLHO. Sacha Calmon Navarro. **Comentários à Constituição de 1988**. Sistema Tributário. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

COÊLHO. Sacha Calmon Navarro. **Curso de direito tributário brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

COÊLHO. Sacha Calmon Navarro. **Teoria do tributo e da exoneração tributária**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

COSTA, Regina Helena. **Imunidades tributárias: teoria e análise da jurisprudência do STF**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2006.

CRETELLA JÚNIOR, José, *apud* SIQUEIRA JÚNIOR, Paulo Hamilton. **Comissão Parlamentar de Inquérito**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

CRUZ, Paulo Márcio. **Da soberania à transnacionalidade: Democracia, Direito e Estado no século XXI**. Itajaí: Univali Editora, 2011.

DERZI, Misabel Abreu Machado. **Direito tributário, direito penal e tipo**. São Paulo: ed. Revista dos Tribunais, 1988.

DIFINI, Luiz Felipe Silveira. Apresentação. In: LEOPOLDO, Ana Caroline K. de Lima et al.; DIFINI, Luiz Felipe Silveira (Org.). **Imunidades tributárias e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

DOBROWOLSKI, Sílvio. O Poder Judiciário e a Constituição. *In*: DOBROWOLSKI, Sílvio (Org.). **A Constituição no mundo globalizado**. Florianópolis: Diploma Legal, 2000.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. Título original: Law's empire.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução de Luís Carlos Borges. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. Título original: A matter of principle.

DWORKIN, **Taking Rights Seriously**, Cambridge: Harvard University Press, 1978.

ENTERRÍA, Eduardo García de. **La constitución como norma y el tribunal constitucional**. Madrid, 1985.

FALCÃO, Amílcar de Araújo. **Fato gerador da obrigação tributária**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

FALCÃO, Amílcar de Araújo. Imunidade e isenção tributária – Instituição de assistência social. **Revista de Direito Administrativo**, v. 66, out./dez. 1961.

FARIA, José Eduardo. **O Direito na economia globalizada**. São Paulo: Malheiros, 2004.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FERREIRA SOBRINHO, José Wilson. **Imunidade tributária**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1996.

FERREIRA, Alex Sandro Sarmiento. **Imunidades relativas às entidades beneficentes de assistência social**. São Paulo, 2010. 164f. Dissertação (Mestrado em Direito Tributário – Orientador: Estevão Horvath) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda Ferreira. **Novo dicionário da língua portuguesa**. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.

GADAMER, Hans-Georg, *apud* TORRES, Ricardo Lobo. **Normas de interpretação e integração do direito tributário**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

GORDILLO, Agostinho, *apud* MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Teoria geral do direito. *In*:

MORAES, Bernardo Ribeiro de et al. **Interpretação no direito tributário**. São Paulo: Saraiva, EDUC, 1975.

GORDILLO, Agustin. **Une introduction au droit**. London: Esperia Publications Ltd., 2003.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 7 ed. rev.amp. São Paulo: Malheiros, 2008.

GRUPENMACHER, Betina Treiger. **Competência tributária e imunidades dos livros e do papel**. In: DERZI,

GRUPENMACHER, Betina Treiger. **Competência tributária e imunidades dos livros e do papel**. In: DERZI, Misabel Abreu Machado (Coord.). ALVARENGA, Alessandra Isabela Drummond de *et all*. **Competência tributária**. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

GRUPENMACHER, Betina Treiger. **Imunidade tributária – Reflexões acerca de seu conceito e perfil constitucional**. In: TÔRRES, Heleno Taveira (Coord.). **Teoria geral da obrigação tributária** - Estudos em homenagem ao professor José Souto Maior Borges. São Paulo: Malheiros, 2005.

GÜNTHER, Klaus. **The Sense of Appropriateness: Application Discourses in Morality and Law**, Trad. John Farrel. Nova Iorque: State University of New York Press, 1993, p. 207.

HABERMAS, Jürgen. **A constelação pós-nacional: ensaios políticos**. Tradução de Márcio Seligmann-Silva. São Paulo: Littera Mundi, 2001. Título Original: Die postnationale Konstellation: Politische Essays.

HABERMAS, Jürgen. **O Estado nacional tem um futuro?** In HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro** - estudos de teoria política. Tradução de George Sperber, Paulo Astor Soethe e Milton Camargo Mota. 2 ed. São Paulo: Loyola, 2004. Título original: Die Einbeziehung dês Anderen- Studien zur politischen Theorie.

HENSEL, Albert, *apud* VIEIRA, José Roberto. **E, afinal, a Constituição cria tributos!** In: TÔRRES, Heleno Taveira. **Teoria geral da obrigação tributária: estudos em homenagem ao Professor José Souto Maior Borges**. São Paulo: Malheiros, 2005.

ICHIHARA, Yoshiaki. **Imunidades tributárias**. São Paulo: Atlas, 2000.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. João Baptista Machado. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, jun. 1987.

LALANDE, André. **Vocabulaire technique et critique de la philosophie**. 8. ed. Paris: Presses Universitaires, 1960.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de direito tributário**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MACHADO, Hugo de Brito. Imunidade tributária. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). **Imunidades tributárias**. São Paulo: Resenha Tributária; Centro de Extensão Universitária, 1998. p.80-95. (Pesquisas Tributárias, n.4).

MAIOR, José Souto Borges. Interpretação das normas sobre isenções e imunidades. Hermenêutica no direito tributário. In: MORAES, Bernardo Ribeiro de et al. **Interpretação no direito tributário**. São Paulo: Saraiva, EDUC, 1975.

MAIOR, José Souto Borges. **Teoria geral da isenção tributária**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. Imunidades tributárias: teleologia. **Revista Dialética de Direito Tributário**, São Paulo, n. 166, jul. 2009.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. Imunidades tributárias: teleologia. **Revista Dialética de Direito Tributário**, São Paulo, n. 166, jul. 2009.

MARTINS, Mauro Pereira. Os Princípios e a Normatividade Jurídica. **Revista Normatividade Jurídica**. Rio de Janeiro: EMERJ, 2013.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Tratados internacionais de direitos humanos e direito interno**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 41; SCHNAID, David. **Filosofia do direito e interpretação**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2004.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

MELO, José Eduardo Soares de. **Contribuições sociais no sistema tributário**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MELO, José Eduardo Soares de. **Curso de direito tributário**. 6. ed. São Paulo: Dialética, 2005.

- MELO, José Eduardo Soares. **Curso de Direito Tributário**. São Paulo: Dialética, 2010.
- MELO, José Eduardo Soares. Limitações ao poder impositivo e segurança jurídica. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). **Limitações ao poder impositivo e segurança jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- MICHELI, Gian Antonio. **Curso de derecho tributário**. Trad. Julio Banacloche. Madri: EDERSA, 1975.
- MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de, *apud* FRIEDE, Reis. **Ciência do direito, norma, interpretação e hermenêutica jurídica**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999.
- MORAES, Bernardo Ribeiro de. A imunidade tributária e seus novos aspectos. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). **Imunidades tributárias**. Pesquisas Tributárias – Nova Série 4, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, CEU, 1998.
- NOGUEIRA, Ruy Barbosa. **A imunidade contra impostos na Constituição anterior e sua disciplina mais completa na Constituição de 1988**. São Paulo: Resenha Tributária, 1990.
- NOGUEIRA, Ruy Barbosa. **Curso de direito tributário**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.
- NOGUEIRA, Ruy Barbosa. **Imunidades contra impostos na Constituição anterior e sua disciplina mais completa na Constituição de 1988**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1992.
- OLIVEIRA, Régis Fernandes de. **Receitas não tributárias – taxas e preços públicos**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- PESTANA, Márcio. **O princípio da imunidade tributária**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2001.
- SABBAG, Eduardo. **Imunidade tributária recíproca e os impostos indiretos: uma interpretação conforme o Estado Federal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.
- SABBAG, Eduardo. **Imunidade tributária recíproca e os impostos indiretos: uma interpretação conforme o Estado Federal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.
- SARMENTO, Daniel. **A ponderação de Interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.
- SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- SILVA, Luis Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

SILVA, Luis Virgílio Afonso da. **Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção**. In: BONAVIDES, Paulo. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**. Belo Horizonte: Del Rey, n. 1, jan./jul. 2003.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Hermenêutica e Interpretação Jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2010.

SOBRINHO, José Ferreira. **Imunidade tributária**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1996.

SOUSA, Rubens Gomes de. **Compêndio de legislação tributária**. Edição Póstuma. São Paulo: Resenha tributária, 1975.

SPLICIDO, Christiane. **A validade do princípio da dignidade da pessoa humana e o pós-positivismo**. Revista Direito e Práxis, vol. 4, n. 1, 2012.

TAVARES, André Ramos. **Tratado de arguição de preceito constitucional fundamental: lei n. 9.868/99 e lei n. 9.882/99**. São Paulo: Saraiva, 2011.

TEMER, Michel. **Elementos de Direito Constitucional**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de direito constitucional, financeiro e tributário – Os direitos humanos e a tributação: imunidades e isonomia**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

VALADÃO, Marcos Aurélio Pereira. **Limitações constitucionais ao poder de tributar e tratados internacionais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

VALLE, Maurício Dalri Timm. Considerações sobre as características da competência tributária no Brasil. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro – RIDB**, Ano 2, nº 12, 2013.

VIEIRA, José Roberto. E, afinal, a Constituição cria tributos! In: TÔRRES, Heleno Taveira. **Teoria geral da obrigação tributária: estudos em homenagem ao Professor José Souto Maior Borges**. São Paulo: Malheiros, 2005.

VIGO, Rodolfo Luis. **Los principios jurídicos: perspectiva jurisprudencial**. Buenos Aires, Depalma, 2000.

VIVIANI, Maury Roberto. In: PASOLD, Cesar Luiz (org.). **Primeiros Ensaios de Teoria do Estado e da Constituição**. Curitiba: Juruá, 2010.

WAGNER, Adolph *et al.* Lehr- und Handbuch der politischen Oekonomie. In einzelnen selbständigen Abtheilungen. Alemanha, Leipzig, C. F. Winter, 1893.

A (IN) CONSTITUCIONALIDADE MATERIAL DO INSTITUTO DA REINCIDÊNCIA PENAL

Airto Chaves Junior ¹

Halison Tharlley Nolli ²

INTRODUÇÃO

A reincidência está prevista no art. 63 do Código Penal Brasileiro e prevê diversos efeitos negativos para o acusado ou apenado. Os Tribunais Brasileiros e parte da doutrina nacional justificam a existência e manutenção do instituto sob o argumento da necessidade de maior reprovabilidade do autor de um crime que já foi condenado em sentença transitada em julgado, pois este, em tese, não deveria voltar a delinquir, tendo em vista que já conhece o sistema penal e, em tese, já teria sido ressocializado pelo sistema.

A construção argumentativa é fundamentada, especialmente, na seguinte premissa: se o agente, já condenado em sentença definitiva voltar a delinquir, a responsabilidade pela reincidência é exclusivamente sua. Denotar-se-ia, com isso, maior periculosidade, pois o autor de um crime que já conhece o sistema penal e ainda assim, insiste a continuar comete crimes devido a seu caráter voltado para essa prática.

A premissa, porém, não pode ser tida como verdadeira. Isso porque, além de se punir o autor por aquilo que ele representaria (*direito penal de autor*), e não pelo fato praticado (*direito penal de fato*), sustenta-se numa presunção de periculosidade, o que culmina por gerar uma dupla punição pelo mesmo fato, caracterizadora do *bis in idem*.

Ocorre que a presunção de periculosidade não se coaduna com o que dispõe a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, pois o texto constitucional adotou dentre seus objetivos a inclusão social e o fim da marginalização e das desigualdades sociais. A reincidência vai de encontro com tais objetivos, pois promove a exclusão social, a marginalização e desigualdade.

¹Doutorando e Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI); Professor Titular de Direito Penal e Direito Processual Penal da mesma Universidade; Professor de Direito Penal da Escola do Ministério Público do Estado de Santa Catarina (EMPSC); Professor de Direito Penal da Escola da Magistratura do Estado de Santa Catarina (ESMESC). Advogado Criminalista em Santa Catarina. E-mail: oduno@hotmail.com.

²Bacharel em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI). Analista da Defensoria Pública do Estado de Santa Catarina. E-mail: hltnolli@hotmail.com.

Diante disso, a constitucionalidade da reincidência pode ser contestada a partir de dois pressupostos: a) **material**: ou seja, sua incompatibilidade substancial com os objetivos constitucionais, por estar ela pautada no Direito Penal do Autor (leva em consideração o sujeito delinquente e não o fato praticado); e, b) **formal**: por confrontar diretamente com os Tratados de Direitos Humanos que o Brasil ratificou e que vedam à dupla punição pelo mesmo fato.

O trabalho que aqui se inicia abordará a reincidência apenas a partir do primeiro pressuposto, ou seja, a sua inconstitucionalidade sob o enfoque material, levando-se em conta a incompatibilidade da previsão do instituto com os objetivos constitucionais.

O objetivo será constatar que a única teoria que se coaduna com a reincidência é a do *Direito Penal do Autor*, pois são levadas em conta circunstâncias pessoais e não fáticas para se aumentar a pena de um crime, instrumentalização que não encontra correspondência com a Constituição da República Federativa do Brasil.

Quanto à metodologia empregada, registra-se que, na Fase de Investigação foi utilizado o Método Indutivo. Já, a fase de construção das considerações finais do artigo é composta na base lógica indutiva.

1. A REINCIDÊNCIA PENAL

A reincidência³ é o instituto de Direito Penal que visa repreender de forma mais gravosa o autor de crime que já tenha cometido outro crime, e tenha por este sido condenado com sentença transitada em julgado, num intervalo de tempo não superior a cinco anos.⁴

O instituto pode ser dividido em reincidência **real** ou **ficta**. A *reincidência real* ocorre quando o agente comete novo delito depois de já ter efetivamente cumprido pena por crime anterior, Por outro lado, a *reincidência ficta* ocorre quando o autor de um crime comete um novo delito depois de ter sido condenado em sentença definitiva, mas antes de cumprir pena.⁵

O Código Penal Brasileiro adotou a reincidência ficta e prevê, dentre outros, os seguintes

³ Segundo Romeu Falconi, a palavra *reincidência* tem origem no latim “incidire” e significa “incorrer”, “acontecer” ou “ocorrer”. O prefixo “re” resolve a problemática vernacular que concerne à reiteração: “incorrer outra vez”. FALCONI, Romeu. **Lineamentos de Direito Penal**, 3. ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: Cone, 2002, p. 285.

⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**. 10. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2010.

⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**. 10. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2010, p. 435.

efeitos: (a) agrava a pena privativa de liberdade (art. 61, I CP); (b) determina regime de cumprimento de pena mais severo (art. 33, CP); (c) impede substituição de pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, se especifica em crime doloso (art. 44, II, CP); (d) impede substituição da pena privativa de liberdade por multa (art. 60, § 2º, CP); (e) prepondera no concurso de circunstâncias agravantes e atenuantes (art. 67, CP); (f) obstrui o *sursis* quando da prática de crime doloso (art. 77, I, CP); (g) aumenta o lapso temporal de cumprimento da pena para obtenção do livramento condicional (art. 83, II, CP); (h) aumenta o prazo (art. 100, CP) e interrompe a prescrição (art. 117, VI, CP); (i) revoga o *sursis* (art. 81, CP) e a reabilitação (art. 95, CP); (j) impede alguns casos de diminuição da pena (art. 155, § 2º; 170 e 171, § 1º, do CP); (l) autoriza o decreto de prisão preventiva ainda que a pena do crime praticado, abstratamente, não comporte máximo de 4 (quatro) anos (art. 313, II, CPP); (m) impossibilita a suspensão condicional do processo (art. 89, Lei nº. 9.099/95); (n) impede o reconhecimento da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, dentre outras situações.

2. ASPECTOS HISTÓRICOS

A compreensão de que o agente reincidente merece punição maior é bastante antiga na história da humanidade. Comporta previsão bíblica no livro do *Velho Testamento*⁶.

Estudos indicam que foi nos Direitos Romano e Germânico onde ela aparece pela positivada pela primeira vez. Porém, foi no Direito Francês que a reincidência penal ganhou contornos determinantes. O Código Penal Francês de 1810 deu início a essa nova fase. Sofreu várias alterações, principalmente pela reforma de 1885. Contudo, a maior mudança ocorreu em 1907. Na Alemanha, os alemães a previam apenas para alguns delitos patrimoniais, tais como o furto, o roubo, a receptação e o estelionato. Portugal, em 1891, aplicava pena de deportação para os autores de crimes quando reincidentes. Era, segundo Falconi⁷ “*uma forma velhaca de corrigir os problemas internos, passando-os para outras plagas*”.

⁶ Ver Levítico, Cap. 26, Versículo 23-28: “(...) 23. Se ainda com estas coisas não vos corrigirdes voltando para mim, mas ainda andardes contrariamente para comigo; 24. Eu também andarei contrariamente para convosco, e eu, eu mesmo, vos ferirei sete vezes mais por causa dos vossos pecados; 25. Porque trarei sobre vós a espada, que executará a vingança da aliança; e ajuntados sereis nas vossas cidades; então enviarei a peste entre vós, e sereis entregues na mão do inimigo; 26. Quando eu vos quebrar o sustento do pão, então dez mulheres cozerão o vosso pão num só forno, e devolver-vos-ão o vosso pão por peso; e comereis, mas não vos fartareis; 27. E se com isto não me ouvirdes, mas ainda andardes contrariamente para comigo; 28. Também eu para convosco andarei contrariamente em furor; e vos castigarei sete vezes mais por causa dos vossos pecados. (...)”.

⁷ FALCONI, Romeu. **Lineamentos de Direito Penal**, 3. ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: Cone, 2002, p. 285.

A Inglaterra, em 1908, tendo em vista que o problema da reincidência começava a ter repercussão maior, criou o instituto da “*Prevention of crime act*”. Tal providência teve reflexos imediatos em algumas localidades dos Estados Unidos, que a adotou com as alterações regionais necessárias. O mesmo ocorria na União Soviética em suas quinze Repúblicas.⁸

No Brasil, a reincidência acompanha a legislação penal desde sempre. O Código Criminal do Império de 1830 consagrava a reincidência em seu artigo 16, §3º, como circunstância agravante, no entanto, a reincidência deveria ser específica⁹ (prática de novo delito da mesma natureza do precedente).

Da mesma forma, o Código Penal de 1890, artigo 40, considerava circunstancia agravante a reincidência específica¹⁰. A redação antiga do Código Penal de 1940 estabelecia, além da reincidência específica, a reincidência genérica¹¹, com caráter de perpetuidade, nos artigos 46 e 47.

A Lei 6.416 de 1977 extinguiu a reincidência específica e limitou o tempo dos efeitos da condenação anterior, adotando o sistema da temporariedade ou transitoriedade, de forma que deixaram de prevalecer os efeitos da reincidência se decorridos cinco anos.¹²

Atualmente, a reincidência está prevista no artigo 63 do Código Penal, redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984¹³. Assim, pela redação do artigo 63 do Código Penal, pode-se constatar que nosso ordenamento jurídico adotou a reincidência genérica.

2.1. Conceito de reincidência

A reincidência significa a prática de novo crime depois do trânsito em julgado de sentença

⁸ FALCONI, Romeu. **Lineamentos de Direito Penal**, 3. ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: Cone, 2002, p. 285-286.

⁹ Segundo Zaffaroni e Pierangeli, se denomina de reincidência específica a que exige a prática de um novo delito igual, ou da mesma categoria, daquele pelo qual sofreu anterior condenação. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. Parte Geral. 6. ed. revista e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 716.

¹⁰ FALCONI, Romeu. **Lineamentos de Direito Penal**, 3. ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: Cone, 2002, p. 286.

¹¹ Conforme ensinamento de Zaffaroni e Pierangeli: fala-se em reincidência *genérica*, que se conceitua como o cometimento de um delito depois de ser sido o agente condenado e submetido à pena por outro delito. Zaffaroni, Eugenio Raúl. PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. Parte Geral, p. 716.

¹² PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal brasileiro**, volume 1: parte geral, art. 1º a 120. 10. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2012, p. 496.

¹³ O dispositivo menciona: Art. 63 - Verifica-se a reincidência quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior.

criminal condenatória anterior. Juarez Cirino dos Santos¹⁴ estrutura o conceito a partir de três premissas:

- a) Condenação por crime anterior (qualquer que seja a pena aplicada, excluída a condenação por contravenção penal);
- b) Trânsito em julgado da condenação anterior (imutabilidade da decisão por esgotamento ou preclusão de recursos);
- c) Prática de novo crime após transitar em julgado a condenação anterior (a nova conduta criminosa deve ser posterior ao trânsito em julgado da condenação criminal anterior).

A condenação de que trata o art. 63 do Código Penal pode ser proferida no Brasil ou no estrangeiro. Porém, quando a sentença condenatória for articulada em outro país, há necessidade que o fato seja também punível no Brasil.¹⁵

Embora não seja necessário nenhum requisito especial para a sentença estrangeira ou sua homologação no Brasil, para que ela possa gerar os efeitos da reincidência, alguns pressupostos deverão ser atendidos¹⁶:

- a) A conduta também deve ser considerada crime no Brasil;
- b) Deve haver a previsão da reincidência no país que foi cometido o crime, por exemplo, não seria possível condenar como reincidente no Brasil uma pessoa condenada na Colômbia, porque esta legislação não prevê a reincidência.

Isso porque, de nada adiantaria a observância destas formalidades ou requisitos para aplicação sem se levar em conta que a sentença penal estrangeira deve ser produzida com a observância do devido processo legal. Assim, preceituam Zaffaroni e Pierangeli¹⁷ que “(...) deve tratar-se de uma sentença condenatória pronunciada como conclusão de um processo em que se tenha respeitado os direitos humanos fundamentais, em tema de garantias processuais do *due process of Law* (...)”.

Para efeitos da reincidência, não se consideram as infrações penais militares próprias anteriormente praticadas, crimes políticos e contravenções penais. Apesar disso, a lei não faz distinção do crime anterior (se se trata da mesma infração ou crime diverso), ou se foi ele

¹⁴ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal**. 3. ed. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2008, p. 579.

¹⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. Parte Geral. 6. ed. revista e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 721.

¹⁶ Conforme: NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**. 10. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2010.

¹⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. Parte Geral. 6. ed. revista e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 724.

praticado dolosa ou culposamente.¹⁸

Deve-se, entretanto, observar-se o prazo estabelecido no art. 64 do Código Penal. Conforme este dispositivo, não há reincidência se entre a data do cumprimento ou extinção da pena do crime anterior e a prática da infração posterior tiver decorrido período de tempo superior a 5 (cinco) anos. Neste caso, computa-se o período de prova de suspensão da pena (*sursis*, conforme o art. 77 e ss. do Código Penal) ou do livramento condicional (de acordo com o art. 83 do Código Penal), se não tiver ocorrido revogação.¹⁹

Em miúdos, o autor de um crime será considerado reincidente se cometer um novo delito após ter sido condenado em sentença irrecorrível, desde que não se tenha decorrido prazo superior a cinco anos contados do cumprimento ou extinção da pena do crime anterior e o cometimento do novo delito.

No Brasil, hoje, o conceito de reincidência é um conceito técnico-jurídico, assim como *primariedade*²⁰, na medida em que somente se pode falar em reincidência quando satisfeitos os requisitos legais. A prática de vários crimes anteriores, condenações criminais sem trânsito em julgado ou mesmo, múltiplos delitos em curto espaço de tempo não geram reincidência. A condenação anterior definitiva é pressuposto indispensável para sua verificação.

3. O DIREITO PENAL DE AUTOR

Antes de adentrar no conceito de *Direito Penal de Autor*, faz-se necessário entender o que significa *Direito Penal de Fato*. Conforme Claus Roxin²¹, o *Direito Penal de Fato* é a regulação legal que visa punir alguém por ter cometido um fato, tipificado como infração penal; e, este fato típico

¹⁸ Nas palavras de Zaffaroni e Pierangeli: [...] Existem códigos estrangeiros em que os efeitos da reincidência limitam-se às penas privativas de liberdade, mas isso não ocorre com a lei brasileira, porque nesta sequer existe fundamento para excluir os delitos apenados com multa [...]. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. Parte Geral. 6. ed. revista e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 723.

¹⁹ De acordo com Paulo Cesar Busato, a razão desse recorte na possibilidade de consideração da reincidência é fundamentada na seguinte ideia: a reincidência é tratada como uma resposta negativa para o réu em função de que ele voltou a delinquir. Neste caso, a “passagem do tempo de cinco anos sem prática de novo crime, por outro lado, representa um período em que, ao menos teoricamente, o sujeito demonstra estar socialmente reintegrado, pelo que seu passado negativo é desprezado. A revogação do *sursis* ou do livramento condicional, em contrapartida, deriva necessariamente da prática de fatos que evidenciam a desobediência às regras impostas para o processo de reinserção social projetado. Assim, a revogação dos benefícios demonstra a falta de adaptação à proposição legal de regras de convivência, fazendo com que o período perca justificativa material para ser computado em favor do condenado”. (BUSATO, Paulo Cesar. **Direito Penal**. Parte Geral. São Paulo: Atlas, 2015, p. 890).

²⁰ Primário é o indivíduo *não reincidente*.

²¹ ROXIN, Claus. **Derecho Penal**. Parte General. Fundamentos, la estructura de la teoria del delito. Traducción y notas Diego-Manuel Luzón Peña y otros. Madrid: Civitas, 2006.

se relacione apenas com a conduta do agente e não com elementos ligados à personalidade ou modo de vida do autor do fato típico. Trata-se, portanto, de uma “(...) regulação legal, em virtude da qual a punibilidade se vincula a uma ação concreta descrita tipicamente (...) e a sanção representa só a resposta do fato individual, e não a toda condução da vida do autor e os perigos que no futuro se esperam dele”²².

O Direito Penal de Fato tem origem nos princípios liberais e é considerado uma garantia de igualdade na aplicação da lei penal. Isso porque influi na segurança jurídica dos direitos individuais, pois evita que arbitrariedades sejam utilizadas como fundamentos para condenação de alguém.²³ Neste sentido, o ordenamento jurídico que se baseia em princípios de Estado Democrático de Direito, se inclinará, sempre, a regular o direito sancionador tendo por base o fato praticado e não os elementos ligados ao modo de vida do agente que praticou o fato.²⁴

De forma semelhante, Antonio García-Pablos de Molina²⁵ anota que o ser humano responde perante a lei penal pelo que fez (sua ação), e não pelo o que ele é. Todo delito pressupõe, portanto, uma conduta, um comportamento.

Numa aproximação de miragem limitadora do sistema punitivo (contenção), o Direito Penal de Fato dá azo para duas consequências mais destacadas: a) ninguém pode ser punido pelos seus pensamentos; b) a forma de ser do sujeito, bem como a sua personalidade não pode servir de fundamentos para responsabilizá-lo criminalmente ou mesmo, agravar de sua pena.²⁶

Apesar disso, como bem salienta Roxin²⁷, as intenções preventivo-especiais tendem a criar tipos penais pautados na personalidade do sujeito, relegando o fato por ele praticado. Na Itália, por exemplo, Vincenzo Manzini²⁸ sustentava que a repetição de uma conduta proibida após a condenação por fato anterior indicaria que o indivíduo não estaria correspondendo às

²² ROXIN, Claus. **Derecho Penal**. Parte General. Fundamentos, la estructura de la teoria del delito. Traducción y notas Diego-Manuel Luzón Peña y otros. Madrid: Civitas, 2006, p. 176.

²³ MOLINA, Antonio García-Pablos de. **Derecho penal**: introducción. Servicio publicaciones facultad derecho, Universidad Complutense Madrid. Madrid, 2002, p. 359.

²⁴ ROXIN, Claus. **Derecho Penal**. Parte General. Fundamentos, la estructura de la teoria del delito. Traducción y notas Diego-Manuel Luzón Peña y otros. Madrid: Civitas, 2006.

²⁵ MOLINA, Antonio García-Pablos de. **Derecho penal**: introducción. Servicio publicaciones facultad derecho, Universidad Complutense Madrid. Madrid, 2002, p. 359.

²⁶ MOLINA, Antonio García-Pablos de. **Derecho penal**: introducción. Servicio publicaciones facultad derecho, Universidad Complutense Madrid. Madrid, 2002.

²⁷ ROXIN, Claus. **Derecho Penal**. Parte General. Fundamentos, la estructura de la teoria del delito. Traducción y notas Diego-Manuel Luzón Peña y otros. Madrid: Civitas, 2006, p. 176.

²⁸ MANZINI, Vincenzo. Tratado de Derecho Penal, t. 3, p. 462. Citado por: GALVÃO, Fernando. **Direito Penal**: parte geral. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 764.

expectativas decorrentes da aplicação da pena, já que persistiria sua disposição antissocial. Para ele, o instituto da reincidência não aumenta a gravidade objetiva do delito, mas serve de instrumento para qualificar como mais criminoso a personalidade do seu autor. Interno a esta concepção, a reincidência estaria intrinsecamente atrelada ao elemento subjetivo do autor e produziria reflexos no exame da culpabilidade. A adoção desse posicionamento revela que a censurabilidade da culpabilidade leva em conta, preponderantemente, a pessoa do delincente, e não o fato por ele cometido.

Não existe, porém, um critério unitário acerca do que seja o Direito Penal de Autor, mas características que permeiam a sua presença. De acordo com Zaffaroni e Pierangeli²⁹, a conduta possui valor de sintoma de uma personalidade; o proibido e reprovável ou perigoso seria a personalidade e não o comportamento. Por isso, não se condenaria tanto o furto, como o "ser ladrão"; não se responsabilizaria tanto o homicídio como o ser homicida, etc. Numa manifestação extrema, dizem os autores, pode-se afirmar que o Direito Penal de Autor é a corrupção do Direito Penal, em que não se proíbe o ato em si, mas o ato como manifestação de uma "forma de ser" do autor, esta sim considerada verdadeiramente delitiva.³⁰

Eis, então, os pressupostos comuns para imposição de um Direito Penal de Autor: responsabilização pelo modo de vida ou a personalidade do agente, diametralmente em oposição à ação sua ação individual. Constitui, portanto, a antítese do Direito Penal de Fato, consubstanciado num modelo de Direito Penal Totalitário, bastante defendido pelos nacional-socialistas alemães a partir da tomada do poder na Alemanha da década de 1930.³¹

²⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. Parte Geral. 6. ed. revista e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 107.

³⁰ Claus Roxin, de forma semelhante registra que o que se faz culpável aqui para o autor não é o fato que cometeu, e sim o que o autor é, mirando-se nele objeto da censura legal. In: ROXIN, Claus. **Derecho Penal. Parte General. Fundamentos, la estructura de la teoría del delito**. Traducción y notas Diego- Manuel Luzón Peña y otros. Madrid: Civitas, 2006, p. 177. Partindo deste pressuposto, resta evidente a afronta ao princípio da isonomia, uma vez que se pune pelo que se é (ou imagina ser) e não por aquilo que se fez (fato certo e determinado).

³¹ Registra Francisco Muñoz Conde que, tão logo foi instalado o Regime Nazista, desencadeou-se um Programa Político-Criminal com propostas ideológicas reacionárias. Exemplo disso pode ser extraída da aprovação de uma lei que tratava da delinquência habitual, na qual pela primeira vez se convertia em Direito vigente à internação em custódia de segurança por tempo indeterminado dos delinquentes habituais, abrindo-se paralelamente os campos de concentração, nos quais não apenas se internavam os dissidentes e opositores ao regime, como também as pessoas suscetíveis a prática corriqueira de delitos, ou simplesmente, marginalizados sociais, como prostitutas, mendigos, alcoólatras, toxicodependentes, etc. O ápice disso, porém, se deu no fim do regime nacional-socialista e em plena Segunda Grande Guerra, com a elaboração do projeto de lei para o tratamento dos "Estranhos à Comunidade". Sob esse conceito, incluíam pessoas tão diferentes como vagabundos e mendigos com inclinação a cometer delitos patrimoniais de escassa gravidade, associativos, sujeitos briguentos, delinquentes sexuais, incluindo-se entre eles os homossexuais. Para esses últimos, propunha-se a castração; para os delinquentes por tendências a delitos graves, à pena de morte; "se assim requeresse a defesa da comunidade do povo ou a necessidade de uma expiação justa" e em geral, a reclusão por tempo indeterminado em campos de trabalho e a esterilização "quando se possa esperar uma herança indesejável para a comunidade do povo". Ver: MUÑOZ CONDE, Francisco. *As origens ideológicas do Direito Penal do Inimigo*.

Importa anotar que nem todo o Direito Penal de Autor se funda num Direito Penal de Periculosidade, conforme exposto. Zaffaroni e Pierangeli³² colocam que existe uma concepção do Direito Penal de Autor que é também Direito Penal de Culpabilidade e que, como tal, não nega a autonomia moral do homem, pois parte da premissa de que a personalidade que se inclina ao delito é gerada na repetição de condutas que num começo foram livremente escolhidas e, portanto, postula que a reprovação que se faz ao autor não o é em virtude do ato, mas em função da personalidade que este ato revela (culpabilidade de autor). Por isso, também entende que o proibido é a personalidade, o que se chama "tipo de autor". Neste sentido, pode-se afirmar que “todo direito penal de periculosidade é direito penal de autor, enquanto o direito penal de culpabilidade pode ser de autor ou ‘de ato’ (que é o seu oposto)”.

Em síntese, anota Roxin³³ que a culpabilidade do autor reside (desde uma perspectiva determinista) na responsabilidade do homem pelo seu caráter, por que a periculosidade do delinquente condicionada por sua personalidade se apresenta diretamente como elemento de culpabilidade.

Veja-se que, dentro de uma perspectiva sistêmica de análise, seria possível pensar em culpabilidade pelo fato individual e também culpabilidade pelo modo de vida. No entanto, “só a primeira é adequada a um modelo de sistema de imputação criminal de um Estado de Direito”³⁴. Isso porque o Direito Penal baseado no fato praticado é regulado, ao menos teoricamente, pelo princípio da isonomia. De outra parte, o Direito Penal de Autor é sustentado em premissas subjetivas e arbitrárias, circunstância que não torna possível a garantia da igualdade na seleção de “fatos” típicos ou mesmo, na avaliação de responsabilidades do agente.

4. REINCIDÊNCIA E DIREITO PENAL DE AUTOR

A legitimidade da reincidência como agravante de pena é contestada por alguns autores, sob o argumento de que esta quebra a proporcionalidade, que necessariamente deve existir entre o crime praticado e a pena, já que esta última se vê influenciada por uma circunstância totalmente

Revista Justiça e Sistema Criminal. v. 3 – n. 4 – Jan./Jun. 2011. Curitiba: FAE Centro Universitário, p. 20-21.

³² ZAFFARONI, Eugenio Raúl. PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro.** Parte Geral. 6. ed. revista e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 108.

³³ ROXIN, Claus. **Derecho Penal.** Parte General. Fundamentos, la estructura de la teoria del delito. Traducción y notas Diego-Manuel Luzón Peña y otros. Madrid: Civitas, 2006, p. 177.

³⁴ BUSATO, Paulo Cesar. **Direito Penal.** Parte Geral. São Paulo: Atlas, 2015, p. 95.

estranha ao fato que se encontra sobre análise. Assim, “a reincidência não é verdadeiramente um *circunstancia*, já que não se relacionada com o delito praticado, e sim com o seu autor”³⁵. Apesar disso, são muitos os autores que acabaram sustentar a reincidência a partir do incremento de uma espécie de “periculosidade presumida”, ainda que os seus defensores não forneçam fundamentação unitária e coerente a respeito do tema. A análise da (i) legitimidade da reincidência obriga, de qualquer maneira, que se questione a respeito desses fundamentos, o que se fará a partir dos estudos de Zaffaroni e Pierangeli. São cinco os alicerces enfrentados pelos autores³⁶:

a) *A reincidência demonstra uma maior periculosidade da pessoa*. Isso, todavia, não se sustenta. Isso porque nada faz presumir ser mais provável que se venha a praticar um delito de emissão de cheque sem provisão de fundos, quem antes causou um homicídio culposo na direção de veículo automotor, do que aquele que nada fez até então. De igual parte, não se pode compreender ser mais provável que alguém venha a cometer um delito porque foi intimado, dias antes, de uma sentença condenatória definitiva, quando, por qualquer inconveniente burocrático, poderia vir a ser intimado uns dias após, e, portanto, não tivesse transitado em julgado essa sentença, quando da prática do segundo delito.³⁷

Para contrapor-se a estas considerações que os autores estimamos serem de todo irrebatíveis, não faltaram autores que acabaram por inventar a ideia da “periculosidade presumida”. Porém,

[...] a periculosidade, no caso de se poder valorá-la, constitui um juízo fálico, e, por conseguinte, jamais poderia ser presumido *juris et de jure*, porque se assim fosse, estabeleceria a presença de um fato quando o fato não existe, e isso, na ciência jurídica, não se denomina “presunção” e sim “ficção”.³⁸

b) *Dentro da teoria psicológica da culpabilidade (de base causalista), sustentou-se que a reincidência demonstrava uma decisão da vontade do autor mais forte ou dotada de maior permanência*. Esta compreensão não é, em absoluto, correta. A razão é que pode acontecer ter a própria condenação anterior reforçado essa decisão, e, por outro lado, quando os delitos são

³⁵ GALVÃO, Fernando. **Direito Penal**: parte geral. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 764.

³⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. Parte Geral. 6. ed. revista e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 719-720.

³⁷ A respeito deste ponto, Fernando Galvão registra que “não é correto entender que a reincidência possa interferir no exame da imputabilidade, mas sim no exame da exigibilidade de uma conduta diversa. Uma vez advertido por uma condenação anterior, é mais exigível que o indivíduo não volte a cometer novos crimes. Assim,, considerando-se o fato concreto que se encontra sob análise, pode-se concluir que a culpabilidade de um indivíduo reincidente é maior que a culpabilidade de um primário, na medida em que lhe seria mais exigível que compatibilizasse sua conduta com o ordenamento jurídico, após a advertência judicial imposta pela anterior condenação”. In: GALVÃO, Fernando. **Direito Penal**: parte geral. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 764-765.

³⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. Parte Geral. 6. ed. revista e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 719.

completamente diferentes (lesões corporais culposas e furto, por exemplo), não se pode falar de um reforço de uma vontade que não existe.

c) *Dentro da teoria normativa da culpabilidade (de base finalista) entende-se que se a condenação anterior não foi suficiente para reforçar os mecanismos de contramotivação do autor, faz-se necessário reforçar a condenação pelo segundo delito.* Grande erro. Os defensores dessa teoria esquecem que a mera intimação de uma condenação, sem qualquer cumprimento de pena, não pode funcionar como instrumento contramotivador a nada, ressalvada a hipótese de se lhe atribuir efeitos mágicos. Inclusive, nem mesmo uma regulação da reincidência "real", ou seja, que exija o efetivo cumprimento da pena, funciona neste sentido. Pelo contrário, sabe-se que a pena com muita frequência labora como instrumento motivador e condicionante da assunção do rol ou papel desviado do sujeito.

d) *Ainda, dentro dessa mesma corrente da culpabilidade normativa, pode-se falar de uma ampla gama de matizes de culpabilidade de autor, isto é, de reprovações da personalidade, do caráter, da "condução de vida", ou seja, todas consideradas como violações do princípio da legalidade, e do Direito Penal de Fato, já observada quando essa pesquisa cuidou do título "O Direito Penal de Autor".*³⁹

e) Uma última tese que emerge em face do fracasso das anteriores, ou ante sua inadmissibilidade diante dos princípios básicos de qualquer Direito Penal que respeita a dignidade da pessoa, *procura justificar a agravação da pena pela reincidência num maior conteúdo do injusto do fato.* Neste sentido, a pessoa que comete um delito depois de ter sido condenada pela prática de um crime anterior afetaria a imagem pública do Estado, como provedor da segurança jurídica, com o que haveria dois bens jurídicos atingidos: um seria o do delito cometido depois de um primeiro, o outro seria a imagem do Estado, que sairia denegrida quanto ao seu eficaz cumprimento de sua função de provedor da segurança jurídica. Consubstanciar-se-ia, então, numa presunção de maior conteúdo do injusto do segundo delito, em decorrência de uma dupla ofensa que o seu autor teria provocado.⁴⁰

³⁹ Em comentários ao Código Penal Alemão, Claus Roxin observa que a agravante da pena pela reincidência do § 48 v. a., em que pese todos os esforços para lhe dar uma fundamentação distinta, somente se podia explicar partindo da aceitação de uma *culpabilidade pela condição de vida* e, portanto era inconciliável com o princípio da *culpabilidade pelo fato*. Por isso, tal preceito foi derogado sob a precisão da crítica contra o dispositivo referido pela 23ª StrÄG, de 13-4-1986. In: ROXIN, Claus. **Derecho Penal.** Parte General. Fundamentos, la estructura de la teoria del delito. Traducción y notas Diego- Manuel Luzón Peña y otros. Madrid: Civitas, 2006, p. 177.

⁴⁰ Ao que parece, este foi o principal argumento em que se ancorou o Plenário do Supremo Tribunal Federal que em votação

Problema é que, dentro desta perspectiva de análise, a pessoa é avaliada pelo Direito Penal como uma variável independente e não como uma variável dependente das situações. Vale dizer: a lei penal trabalha com falsas imagens, pois se baseia em ações isoladas ao invés de considerar as interações; funda-se em sistemas de responsabilidade biológica e não em sistemas de responsabilidade social. Assim, toda sistemática penal se funda na ideia de culpabilidade individual, não levando em consideração o meio-ambiente que vive o autor do crime, desprezando-se por completo o sistema social em que este se insere.⁴¹

Além disso, esta última tese esbarra num sério inconveniente: a afronta ao princípio *non bis in idem*. É que a pena mais grave que se impõe na condenação pelo segundo delito decorre do primeiro, pelo qual o agente já havia sido julgado e condenado. Argumenta-se, neste caso, que o aumento na pena do crime posterior não tem seu fundamento no primeiro, e sim na condenação anterior,

(...) mas isto não passa de um jogo de palavras, uma vez que a condenação anterior decorre de um delito, e é uma consequência jurídica do mesmo. E, ao obrigar a produzir seus efeitos num novo julgamento, de alguma maneira se estará modificando as consequências jurídicas de um delito anterior.⁴²

Isso, inclusive, ofende o princípio da legalidade (CRFB/88, art. 5º, XXXIX) que veda, em

unânime, no dia 4 de abril de 2013, declarou a constitucionalidade da reincidência como agravante de pena em processos criminais. A questão foi julgada no Recurso Extraordinário (RE 453000) interposto contra acórdão (decisão colegiada) do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJ-RS) que manteve a pena de quatro anos e seis meses imposta a um condenado pelo crime de extorsão e entendeu como válida a incidência da agravante da reincidência, na fixação da pena. No caso, a Defensoria Pública argumentava que a aplicação da reincidência caracterizaria *bis in idem*, ou seja, o réu seria punido duas vezes pelo mesmo fato. No voto do Relator, ministro Marco Aurélio, anotou-se que “o instituto constitucional da individualização da pena respalda a consideração da reincidência, evitando a colocação de situações desiguais na mesma vala”. Assim, o instituto da reincidência estaria em harmonia com a lei básica da República – a Constituição Federal – e “a regência da matéria circunscreve-se com a oportuna, sadia e razoável política criminal, além de envolver mais de 20 institutos penais”. O voto do Ministro Relator foi acompanhado por todos os demais ministros que participaram do julgamento – Rosa Weber, Luiz Fux, Dias Toffoli, Cármen Lúcia, Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e o presidente, Joaquim Barbosa. A decisão, porém, ignora por completa a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Caso Fermín Ramírez contra Guatemala, decidido em sentença de 20.06.2005). A Suprema Corte da Argentina já havia cuidado do tema no Processo nº. 6.457/09 - Caso Taboada Ortiz). Nesta oportunidade, julgaram-se inconstitucionais todos os dispositivos legais que preveem agravamento de pena em relação ao reincidente. Dentre outras questões, vale destacar as seguintes considerações do voto do Ministro Eugênio Raúl Zaffaroni: “Fica claro que a pena aplicada não guarda relação com a culpabilidade pelo fato, sim, reprova-se o autor pela sua qualidade de reincidente, premissa que denota a aplicação de pautas vinculadas ao direito penal de autor e da periculosidade. Cabe destacar que a Corte Interamericana de Direitos Humanos considerou que a invocação da periculosidade ‘constitui claramente uma expressão do exercício do *ius puniendi* estatal sobre a base de características pessoais do agente e não do fato cometido, isto é, substitui o direito penal do fato, típico do sistema penal da sociedade democrática, pelo direito penal de autor, que abre as portas para o autoritarismo, precisamente em uma matéria na qual se acham em jogo bens jurídicos de grande hierarquia (...). Em consequência, a introdução no texto legal da periculosidade do agente como critério para a qualificação típica dos fatos e para a aplicação de certas sanções, é incompatível com o princípio da legalidade criminal e, por conseguinte, contrário à Convenção Americana de Direitos Humanos (CIDH, Serie C. nº 126, caso Fermín Ramírez contra Guatemala, sentença de 20 de junho de 2005)”.

⁴¹ QUEIROZ, Paulo. **Direito Penal**. Parte Geral. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 102.

⁴² ZAFFARONI, Eugenio Raúl. PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. Parte Geral. 6. ed. revista e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 720-721.

qualquer hipótese, a possibilidade de imposição de pena superior ou distinta daquela prevista e assinalada para aquele determinado fato típico, de modo que a agravação gerada pela reincidência para outro fato faz com que o delito anterior surta efeitos jurídicos duas vezes.⁴³

Assim,

(...) a reincidência não pode configurar por si só, um quantum de pena, já que seria esta pena derivada do crime anterior, chegando a um insuportável *bis in idem*. Isto porque uma fração de pena – aquela que equivale ao aumento proporcionado pela agravante genérica da reincidência – deriva **integralmente** de outro crime, cuja pena foi completamente cumprida pelo apenado.⁴⁴

Conforme se observa, a reincidência não parece encontrar lugar no Direito Penal Brasileiro sob uma perspectiva constitucionalizada, pois, como bem lembra Alexandre Morais da Rosa⁴⁵, está ela de mãos dadas com a análise da personalidade do agente, com franca influência da Escola Positiva, e fundamentada na periculosidade, viola escancaradamente o princípio do *non bis in idem* e da intangibilidade da coisa julgada.⁴⁶ Neste sentido, a melhor maneira de se compreender o instituto da reincidência, é imaginar um instrumento que serve para identificar as pessoas em *disciplinadas e indisciplinadas*. Possui, assim, um fim alegórico: manter a disciplina e a ordem, sob a ameaça de se aumentar a pena daquilo que se fez e se quitou, punindo-se novamente a situação anterior.⁴⁷

Note-se que as circunstâncias agravantes acabam por provocar a adição de tempo à pena base. As adições de tempo à pena, porém, devem comportar um fundamento material. A maneira de como a reincidência é prevista no âmbito legislativo penal deixa claro que ela se refere

⁴³ FRANCO, Alberto Silva. **Código Penal e sua interpretação jurisprudencial**. 5. ed. , rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 781.

⁴⁴ BUSATO, Paulo Cesar. **Direito Penal**. Parte Geral. São Paulo: Atlas, 2015, p. 891; BUSATO, Paulo César. Antecedentes, Reincidência e Reabilitação à Luz do Princípio da Culpabilidade. In: BASTOS DE PINHO, Ana Cláudia; MELO GOMES, Marcus Alan (Org.). **Ciências Criminais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 222-223.

⁴⁵ MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Decisão penal: a bricolagem de significantes**. Rio de Janeiro: Lumen Jures, 2006, p. 354-355.

⁴⁶ Há precedentes do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul que avali a questão da sob este prisma. Para esses julgados, a reincidência, tal como hoje concebida (agravante da pena), deve ser afastada diante de sua flagrante inconstitucionalidade. Anota-se, nesta seara, o acórdão oriundo da Apelação Criminal nº. 70005125489, que atesta referido posicionamento: (...) Quanto à reincidência, acompanho a posição adotada por esta Câmara, segundo a qual a reincidência como agravante se configura inconstitucional por se tratar de um *bis in idem*, embora possa ser considerada na dosimetria da pena-base. Nesse sentido, já me manifestei na apelação criminal nº 70005015169, de relatoria do eminente Des. Amilton Bueno de Carvalho: “Tanto esta Câmara, por sua maioria, assim como o 3º Grupo Criminal, vêm decidindo no sentido de afastar, por inconstitucional, o aumento determinado pela agravante da reincidência, porquanto indisfarçável *bis in idem*. Neste sentido, os Embargos Infringentes nº 70002012011, 70002199859 e 70002551315, bem como as apelações-crime nº 70004500302 e 70004873279, cujo Relator foi o Des. Luís Gonzaga da Silva Moura, que assim se manifestou:“(…) É que a Câmara, por sua maioria - também o 3º Grupo Criminal vem decidindo neste sentido: Embargos Infringentes nº. 70002012011, Sapiroanga; nº. 70002199859, Porto Alegre; entre outros julgados em 26.06.2001 - tem entendido de afastar, por inconstitucional - faz presente o Direito Penal do Autor e é indisfarçável “*bis in idem*”.

⁴⁷ MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Decisão penal: a bricolagem de significantes**. Rio de Janeiro: Lumen Jures, 2006, p. 356.

unicamente a condenação com trânsito em julgado pretérita do agente. Por isso, “oferecer-lhe uma parcela de pena em face de crime anterior, pelo qual ele já teve individualizado e adequado castigo, configura absurdo *bis in idem*”^{48, 49}.

A periculosidade, por seu turno, foi defenestrada dos Estados Democráticos de Direito, pelo que, é impossível seu manejo a partir da incidência de uma *oxigenação constitucional* do Código Penal.

Veja-se, por seu turno, que alguns autores defendem a tese de que a repetição do delito revelaria no indivíduo sua tendência para o mal e, portanto, sua menor liberdade para decidir-se pelo comportamento jurídica e socialmente adequado. De acordo com o que registra, Fernando Galvão, “a reincidência sob novo prisma, deveria produzir efeitos atenuantes, pelo reconhecimento de menor imputabilidade do autor”⁵⁰.

5. A (IN) CONSTITUCIONALIDADE DA REINCIDÊNCIA

Dentre os objetivos da República Federativa do Brasil elencados pela CRFB/88⁵¹, encontra-se aquele relacionado em “promover a igualdade e erradicar qualquer forma de marginalização, desigualdade social ou qualquer forma de discriminação”:

CRRB/8, Art. 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

(...)

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

No contexto planificado constitucionalmente, *marginalização* significa *colocar à margem da vida social*⁵², ou seja, não integrar a conjuntura de vida social comum por alguma razão, seja

⁴⁸ BUSATO, Paulo Cesar. **Direito Penal**. Parte Geral. São Paulo: Atlas, 2015, p. 891.

⁴⁹ Em alguns países da América Latina (Peru, por exemplo) o instituto da reincidência foi revogado sob o fundamento de que o agente não pode ser duas vezes prejudicado pelo mesmo fato.

⁵⁰ GALVÃO, Fernando. **Direito Penal**: parte geral. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 764. O autor faz referência às lições de Luis Jiménez de Asúa que preconiza que a noção de reincidência deverá ser suplantada pelo moderno conceito antropológico de habitualidade, o que revela a incapacidade do autor de intimidar-se ou corrigir-se pela aplicação da pena, e indica a necessidade da utilização de medida de segurança (Obra citada, p. 764).

⁵¹ José Afonso da Silva conceitua objetivo como signo que aponta para frente, indicando um ponto adiante a ser alcançado pela prática de alguma ação: aqui ação governamental. In: SILVA, José Afonso. **Comentário contextual à constituição**. 6. ed. atual., Malheiros. São Paulo. 2008, p. 46.

⁵² SILVA, José Afonso. **Comentário contextual à constituição**. 6. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 48.

ela econômica, social, moral, penal⁵³, etc. Evitar esse processo discriminatório é compromisso da República Federativa do Brasil, integrando as pessoas e possibilitando-as de que façam parte do centro das coisas. Conforme John Rawls⁵⁴, isso deriva a determinação de princípios básicos de funcionamento da sociedade e que somente é possível ser alterado para beneficiar minorias os mais desfavorecidos no contexto social (*Princípio da Diferença*).

Não se precisa de um raciocínio muito apurado para se perceber, com uma probabilidade beirando a certeza, de que a reincidência no âmbito penal não colabora com a expectativa de erradicação da marginalização social. Cumpre ela, aliás, função invertida a proposta delineada constitucionalmente, pois estigmatiza a pessoa inserida no sistema penal, prejudicando ou mesmo, dificultando sobremaneira a reintegração do indivíduo. De acordo com aquilo que lembra Alexandre Morais da Rosa⁵⁵, o registro da condenação uma vez cumprida e a sua relevância potencial futura coloca o condenado que cumpriu sua pena em inferioridade de condições frente ao resto da população, tanto jurídica como faticamente.

Apesar disso, a literatura brasileira dominante, no âmbito da doutrina e da jurisprudência, ainda que reconheça os incomensuráveis problemas do Sistema Penal e no cumprimento da sentença por meio do cárcere, considera correta a agravação da pena em razão da reincidência.⁵⁶

A presunção de periculosidade do sujeito em razão da condenação em sentença definitiva anterior é incompatível com os objetivos do Estado Brasileiro. Observe-se que não há relação que se possa acreditar que o réu reincidente é mais “perigoso” do que o não reincidente. Por isso é de se reconhecer que a reincidência não constitui um sintoma seguro de maior perigosidade, não se justificando, também por essa razão, sua existência.⁵⁷ Neste passo, dever-se-ia, em qualquer

⁵³ Preconceito direcionado aquele que cumpre ou cumpriu a pena, por exemplo.

⁵⁴ RAWLS, John. **Liberalismo Político**. Tradução de Sérgio René Madero Báez. México: Fondo de Cultura Económica, 1995, p. 31.

⁵⁵ MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Decisão penal: a bricolagem de significantes**. Rio de Janeiro: Lumen Jures, 2006, p. 356.

⁵⁶ Do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, extrai-se: APELAÇÕES CRIMINAIS. RECURSOS DA ACUSAÇÃO E DEFESAS. CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO. 1. RECURSO DAS DEFESAS: (2) SEGUNDA FASE. AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA DEVIDAMENTE RECONHECIDA. CONSTITUCIONALIDADE DO INSTITUTO. CIRCUNSTÂNCIA AGRAVANTE QUE OBJETIVA RECONHECER MAIOR REPROVABILIDADE NA CONDUTA DAQUELE QUE É CONTUMAZ VIOLADOR DA LEI PENAL. TJSC. Processo: 2011.007019-7 (Acórdão) Relator: Hilton Cunha Júnior Origem: Capital Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal Data: 16/09/2011 Juiz Prolator: Alexandre Murilo Schramm Classe: Apelação Criminal (Réu Preso); Com fundamentação semelhante, o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais já havia julgado constitucional, no ano anterior, o incidente de arguição de inconstitucionalidade que contestava a constitucionalidade do instituto da reincidência, sob o fundamento de ferir o princípio do non bis in idem, este Tribunal entendeu que reincidência não representa dupla condenação pelo crime anterior, mas sim a indicação da periculosidade do agente, pois é considerada como reflexo da personalidade do autor e sua menor liberdade para decidir-se pelo comportamento juridicamente adequado. O Relator do acórdão afirmou que ela apenas agrava a pena de quem ainda não está recuperado para o convívio social (Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade nº 1.0223.05.177414-7/002, Rel. Des. Caetano Levi Lopes, julgado em 22/09/2010).

⁵⁷ QUEIROZ, Paulo. **Direito Penal**. Parte Geral. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 340.

hipótese, excluir a proposição formal de *reincidência ficta*, pois é ela incapaz, em absoluto, de indicar a indefinível *presunção de periculosidade* como produto do trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória.

Não bastasse isso, o reconhecimento oficial de que o cárcere não recupera o sujeito a ele submetido exige, conforme anota Juarez Cirino dos Santos, a redefinição do conceito de *reincidência criminal*. Conforme o autor, a questão é simples “[...] **se** a *prevenção especial* positiva de *correção do condenado* é ineficaz, e **se** a *prevenção especial* negativa de *neutralização do condenado* funciona, realmente, como *prisonização deformadora* da personalidade do condenado, **então** a reincidência real não pode constituir *circunstância agravante*.”⁵⁸

O autor⁵⁹ propõe uma hermenêutica diferenciada para se mirar o instituto. Neste caso, dever-se-ia levar em conta o seguinte: **se** o novo delito praticado após a simples condenação definitiva anterior, a *reincidência ficta* não pode indicar qualquer presunção de periculosidade capaz de justificar a imposição de circunstância agravante para o crime posterior; **se** o delito é praticado depois da passagem do agente pelo sistema carcerário (decorrente do cumprimento da pena da condenação do crime anterior), o processo de deformação pessoal provocada pelo sistema prisional deveria motivar o legislador a incluir a *reincidência real* dentre as circunstâncias que atenuam a pena, como produto específico da atuação deficiente do sistema de justiça criminal sobre os sujeitos criminalizados. Em **conclusão**, nenhuma das hipóteses de reincidência (real ou ficta) indica rebeldia à imagem do Estado ou mesmo, intenção deliberada de denegrir a função provedora da segurança jurídica: a *reincidência ficta* deveria ser desconsiderada para todos os efeitos; a *reincidência real* deveria funcionar como circunstância atenuante de pena. Repetindo a obviedade, “se a primeira pena se mostrou ineficaz, não há de ser a exacerbação da segunda que a transformará em eficaz”⁶⁰.

Outra solução hermenêutica é lançada por Paulo Cesar Busato⁶¹. Conforme o autor, a única solução adequada para a reincidência seria analisá-la no âmbito das circunstâncias judiciais (CP, art. 59), pois elas podem pesar positiva ou negativamente, sob o epíteto dos antecedentes. É que, o fato que levou o agente a delinquir pode ser um indicativo negativo, na hipótese de se ter

⁵⁸ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal**. 3. ed. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2008, p. 580.

⁵⁹ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal**. 3. ed. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2008, p. 580.

⁶⁰ FALCONI, Romeu. **Lineamentos de Direito Penal**. 3. ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: Cone, 2002, p. 287.

⁶¹ BUSATO, Paulo Cesar. **Direito Penal**. Parte Geral. São Paulo: Atlas, 2015, p. 891-892.

oportunizado a ele todas as condições para que não voltasse a delinquir. Por outro lado, pode se compreender como o insucesso do sistema penal em reintegrá-lo ao ambiente social que se reputa adequado jurídica e socialmente, o que poderia representar uma diminuição de responsabilidade penal por fatores de coculpabilidade. Isso porque, não se pode, hoje, no Brasil, negar a dessocialização provocada pelo cárcere da pessoa a ele submetida. Esta seria é a única proposta hermenêutica capaz de poupar o condenado de injustiças. A análise das circunstâncias judiciais é deve ser realizada à luz do princípio da culpabilidade e, por isso, é tomado como filtro interpretativo o grau de responsabilidade da conduta. Essa ideia

[...] possui a virtude de reconhecer que, em sendo a reincidência associada à maior ou menor capacidade de escolher do sujeito entre a atitude de cometimento do crime ou não, a reprovabilidade de sua conduta – e, nesse sentido, a culpabilidade – estará determinada pela possibilidade ou pela limitação das possibilidades de escolha que o sujeito teve. Essas opções pessoais estarão vinculadas indissolavelmente à atuação do Estado, tanto na medida em que este ofereceu possibilidades de desenvolvimento pessoal ao sujeito, quanto na medida em que se lhe as tolheu.⁶²

Neste caso, a reincidência seria submetida à sensibilidade do juiz que, no caso concreto, estaria em condições de lhe dar a conotação adequada. O fato é que, da forma que se encontra positivada, o instituto da reincidência não suporta ao filtro constitucional, sobretudo, porque marginaliza o condenado etiquetando-o e criando inúmeras barreiras para o processo de reintegração social.⁶³ Não se pode ignorar que o Direito Penal de hoje só possui legitimidade quando direcionado maximamente aos princípios limitadores do poder punitivo. Opera a “Constituição da República Federativa do Brasil como expressão legislativa do direcionamento programático dos Sistemas de Controle Social a um modelo de Estado Social e Democrático de Direito”⁶⁴.

A reincidência é de difícil explicação em termos constitucionais, sobretudo, porque a estigmatização por qual sofre a pessoa acaba de certa forma prejudicando aquilo que o texto constitucional diz combater (marginalização social). Fere, ainda, os princípios da isonomia e da

⁶² BUSATO, Paulo Cesar. **Direito Penal**. Parte Geral. São Paulo: Atlas, 2015, p. 892.

⁶³ O Código Penal Português, por exemplo, é mais restrito no âmbito de aplicação da reincidência. Ainda que adote, também, o sistema de reincidência ficta, só a reconhecem nos crimes dolosos, punidos com a pena de prisão efetiva superior a seis meses, e desde que o agente tenha sido condenado definitivamente por crime anterior com esses mesmos requisitos. Quanto à reincidência real, caso a condenação anterior não tenha servido suficientemente de advertência contra novas práticas delituosas, deverá o juiz verificar se incidirá ou não o aumento da pena decorrente da reincidência. Verifica-se, dessa forma, que não possui, lá, aplicação automática em decorrência da prática de novo crime. In: FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Direito Penal Português: as consequências jurídicas do crime**. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 274.

⁶⁴ BUSATO, Paulo César. Antecedentes, Reincidência e Reabilitação à Luz do Princípio da Culpabilidade. In: BASTOS DE PINHO, Ana Cláudia; MELO GOMES, Marcus Alan (Org.). **Ciências Criminais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 224.

racionalidade das penas mostrando-se incompatível com o Estado Democrático de Direito.

Embora a justificção oficial da reincidência tente encontrar amparo em teorias com apelo constitucional, a sua verdadeira justificativa se encontra na teoria criminológica derivada do positivismo, tendo em vista a adoção do critério periculosidade como fundamento supremo de sustentação. A reincidência decorre de certos interesses das agências de controle em etiquetar e manter sob maior vigilância determinadas pessoas tidas como indisciplinadas. Porém, este não pode estar entre os objetivos de um Estado que ostenta um Direito Penal tido como democrático, mas sim, proporcionar meios capazes de promover a igualdade e a inclusão social de todas as pessoas que dele fazem parte, erradicando a marginalização e outras formas de discriminação, como bem ostenta o art. 3º, da CRFB/88.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Da pesquisa cujos resultados se passam a expor, é possível concluir que os fundamentos nos quais se sustenta o instituto da reincidência na legislação penal brasileira não comporta legitimidade material. Isso porque, conforme se verificou:

- a) *A maior periculosidade da pessoa* é algo simplesmente indemonstrável, especialmente quando ela é construída ou dimensionada a partir de uma condenação passada (reincidência ficta) ou do cumprimento da pena decorrente da sentença (reincidência real);
- b) *A vontade do autor*, proveniente da teoria psicológica da culpabilidade também não pode ser aceita, notadamente quando não há qualquer relação entre o crime objeto da condenação anterior e o crime praticado após o trânsito em julgado daquele processo.
- c) *Os mecanismos de contramotivação do autor*, originários da normativa da culpabilidade chegam a ser ingênuos. Isso porque é simplista acreditar que a mera intimação de uma sentença condenatória possa desmotivar um potencial delinquentes (reincidência ficta) a prática de qualquer ato que seja. Em caso de cumprimento de pena privativa de liberdade, o problema resta ainda mais evidente. Além de não funcionar como critério contramotivador, sabe-se que o cárcere funciona como instrumento condicionante a prática dos mais diversos crimes.

- d) Vinculada ainda a culpabilidade normativa, verifica-se uma ampla gama de matizes fundamentadas em reprovações da personalidade, do caráter e da condução de vida, sustentadas, todas, no Direito Penal de Autor.
- e) Por fim, procura-se *justificar a agravação da pena pela reincidência num maior conteúdo do injusto do fato*. Neste sentido, a pessoa que comete um delito depois de ter sido condenada pela prática de um crime anterior afetaria a segurança jurídica pela pluralidade crimes praticados. A grande falha dessa tese é que se funda em sistemas de responsabilidade biológica e não em sistemas de responsabilidade social, desprezando-se por completo o sistema social em que o agente está inserido. Não bastasse isso, a tese esbarra num sério inconveniente: a afronta ao princípio *non bis in idem*.

Diante disso, é possível concluir que o instituto da reincidência, da forma que é positivada na Legislação Brasileira não encontra lugar num Direito Penal tido como democrático. Igualmente, não depara correspondência com os objetivos da República, constitucionalmente previstos.

Assim, em que pese o posicionamento pela Constitucionalidade do Instituto pelo Supremo Tribunal Federal, da maneira em que se encontra, a reincidência não pode ser eficaz a promoção da igualdade e a inclusão social das pessoas atingidas pelo sistema. Funciona sim, como instrumento de discriminação e marginalização, ao contrário aquilo que preceitua o texto constitucional.

Por isso, alguns autores propõe analisá-la no âmbito das circunstâncias judiciais (CP, art. 59), valorando-a positiva ou negativamente, a depender do caso, na forma de antecedentes. Neste caso, o fato que levou o agente a delinquir poder ser um indicativo negativo ou mesmo, pode ser proveniente das falhas do próprio Sistema Penal.

Essa construção interpretativa, ao menos, poderia funcionar como instrumento redutor das múltiplas nocividades provocadas pelo efeito automático do agravamento da pena derivada da reincidência, tendo em vista que em situações específicas, poderia funcionar de circunstância de favoreceria o agente.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

BUSATO, Paulo Cesar. **Direito Penal**. Parte Geral. São Paulo: Atlas, 2015.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal**. 3. ed. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2008.

FALCONI, Romeu. **Lineamentos de Direito Penal**, 3. ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: Cone, 2002.

FRANCO, Alberto Silva. **Código Penal e sua interpretação jurisprudencial**. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

BUSATO, Paulo Cesar. **Direito Penal**. Parte Geral. São Paulo: Atlas, 2015.

_____. Antecedentes, Reincidência e Reabilitação à Luz do Princípio da Culpabilidade. In: BASTOS DE PINHO, Ana Cláudia; MELO GOMES, Marcus Alan (Org.). **Ciências Criminais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

GALVÃO, Fernando. **Direito Penal**: parte geral. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

MANZINI, Vincenzo. Tratado de Derecho Penal, t. 3, p. 462. Citado por: GALVÃO, Fernando. **Direito Penal**: parte geral. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

MOLINA, Antonio García-Pablos de. **Derecho penal**: introducción. Servicio publicaciones facultad derecho, Universidad Complutense Madrid. Madrid, 2002.

MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Decisão penal**: a bricolagem de significantes. Rio de Janeiro: Lumen Jures, 2006.

MUÑOZ CONDE, Francisco. As origens ideológicas do Direito Penal do Inimigo. **Revista Justiça e Sistema Criminal**. v. 3 – n. 4 – Jan./Jun. 2011. Curitiba: FAE Centro Universitário.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**. 10. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2010.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal brasileiro**, volume 1: parte geral, art. 1º a 120. 10. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2012.

QUEIROZ, Paulo. **Direito Penal**. Parte Geral. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

RAWLS, John. **Liberalismo Político**. Tradução de Sérgio René Madero Báez. México: Fondo de Cultura Económica, 1995.

ROXIN, Claus. **Derecho Penal**. Parte General. Fundamentos, la estructura de la teoria del delito. Traducción y notas Diego- Manuel Luzón Peña y otros. Madrid: Civitas, 2006.

SILVA, José Afonso. **Comentário contextual à constituição**. 6. ed. atual. São Paulo: Malheiros,

2008.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. Parte Geral. 6. ed. revista e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

LEGISLAÇÃO PERTINENTE AS PENALIDADES E MEDIDAS ADMINISTRATIVAS DO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO: ASPECTOS DESTACADOS A LUZ DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

Clayton Marafioti Martins¹

Vanilo Vignola²

INTRODUÇÃO

O presente estudo exige a análise de dois capítulos, em especial, do Código de Trânsito Brasileiro – CTB³, quais sejam: o Capítulo XVI – das penalidades e o Capítulo XVII – das medidas administrativas.

Para tanto, é preciso esclarecer, inicialmente que os usuários das vias públicas brasileiras podem sofrer autuações de trânsito em razão de condutas, posturas irregulares no trânsito, efetivadas através de ações de fiscalização que buscam proporcionar segurança e fluidez no trânsito.

Assim, é inconteste que para que haja a mudança de comportamento dos usuários da via, muitas vezes não resta outra opção à Administração Pública, através de suas autoridades e agentes de trânsito, na imposição de sanções administrativas que propiciam a eficácia da norma jurídica e, paralelamente a essa medida, contribuem para a efetiva mudança de posturas, em prol de um trânsito mais seguro.

Desse modo, antes de iniciar o estudo detalhado das penalidades e medidas administrativas, torna-se necessário conceituar esses institutos, bem como estabelecer uma

¹ Doutorando em Ciência Jurídica – (UNIVALI). Mestrado em Engenharia e Gestão do Conhecimento – (UFSC). Pós-graduado (Especialização) em Direito de Trânsito (ANITA GARIBALDI). Tenente Coronel da Polícia Militar de Santa Catarina. e-mail: tcmarafioti@hotmail.com.

² Pós-graduado (Especialização) em Gestão de Segurança do Trânsito (ESTÁCIO DE SÁ). Pós-graduado (Especialização) em Direito de Trânsito (ANITA GARIBALDI). Pós Graduado no Curso de Formação de Oficiais (PMSC), Tenente da Polícia Militar de Santa Catarina. e-mail: tenvignola@hotmail.com.

³ CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO. **Lei n. 9503 de 23 de Setembro de 1997**. Presidência da República. Casa Civil. Sub Chefia para Assuntos Jurídicos. Lei n. 9.503/97. Lei n. 9.503/97. Lei que instituiu o Código de Trânsito Brasileiro, atualmente vigente no país. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9503.htm.

distinção entre ambos, a teor das disposições insertas no CTB, sendo constante a confusão entre esses dois atos da Administração estabelecidos pelo legislador quando da aplicação de uma autuação de trânsito em que tais atos devam ser efetivados pela Administração, por vezes, através das autoridades competentes ou por intermédio de seus agentes, de acordo com previsão expressa em lei.

É comum ouvir os usuários das vias, seja pedestre, seja motorista, ao comentarem sobre alguma infração de trânsito que cometeram, dizerem que foram “multados” e que sua carteira foi “cassada” naquele exato instante pelos Agentes de Trânsito fiscalizador.

Em verdade, há uma grande confusão por parte do cidadão leigo quanto à sistemática aplicada pelo Código de Trânsito em vigor.

Diante disso, uma das propostas deste artigo é demonstrar ao leitor a importância de se conhecer e diferenciar tais Institutos, conforme verifica-se no decorrer deste artigo.

Assim, temos que as penalidades estabelecidas pelo Código de Trânsito Brasileiro se caracterizam como sanções em âmbito administrativo, que guardam ligação com o direito administrativo, aplicadas pela autoridade de trânsito com circunscrição sobre a via onde houve o cometimento da infração de trânsito.

Já, as medidas administrativas, são atos inerentes à autoridade de trânsito e seus agentes, não se constituindo em modalidades de penas, embora suas repercussões de caráter coativo, inculcam nas pessoas um efeito psicológico de caráter sancionatório.

As medidas administrativas têm caráter obrigatório e impositivo, aplicadas em caráter complementar à ocorrência de uma infração de trânsito e se constituem em providências exigíveis e necessárias para o saneamento de situações anormais, em geral, de caráter momentâneo. São medidas complementares às penalidades ou, em outras, palavras, viabilizam a execução das penalidades.

1. PROCEDIMENTOS METODOLÓGICOS⁴

O método de abordagem, utilizado no desenvolvimento desse estudo, será o indutivo, com pesquisa básica e exploratória, utilizando-se a técnica de pesquisa bibliográfica. “O método é forma lógico-comportamental na qual se baseia o Pesquisador para investigar, tratar os dados colhidos e relatar os resultados”⁵.

Com relação ao método indutivo, ressalta-se a pesquisa empírica. “Pesquisa empírica [...] é aquela que manipula dados, fatos concretos. Procura traduzir os resultados em dimensões mensuráveis [...]. A indução é um processo pelo qual, partindo de dados ou observações particulares constatadas, podemos chegar a proposições gerais”⁶.

No campo interpretativo das informações contidas na pesquisa é assim definida “A interpretação da pesquisa requer uma redação científica, sendo importante o emprego de termos impessoais, distinguindo-se as informações dos comentários e identificando as causas e consequências”⁷.

No presente artigo foi utilizado à abordagem qualitativa, ou seja, no campo da pesquisa qualitativa, considera-se que há uma relação dinâmica entre o mundo real e o sujeito, isto é, um vínculo indissociável entre o mundo objetivo e a subjetividade do sujeito, que não pode ser traduzido em números⁸.

Com o objetivo de dar maior valor científico na pesquisa deste trabalho, foram utilizadas técnicas metodológicas: Referente; Categorias e Conceitos Operacionais respectivamente⁹.

⁴ As informações do capítulo ora citado, foi extraído do Artigo Científico escrito pelo próprio autor, intitulado “Atuação Estratégica da Força Policial e Interagências no cumprimento de Mandado Judicial de Reintegração de Posse à luz dos Direitos Humanos” “Artigo elaborado no âmbito dos seminários realizados na Universidade de Perugia – Itália, coordenados pelo Prof. Dr. Maurizio Oliviero, Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Perugia, Professor Visitante do Exterior – PVE/CAPES na Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI e Universidade de Brasília – UnB.

⁵ PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica: Teoria e Prática**. 11.ed. Florianópolis: Conceito Editorial/Milenium,, 2008, p.85.

⁶ ÁVILA, Vicente Fidélis de. **A Pesquisa na Dinâmica da Vida e na Essência da Universidade**: Ensaio de curso para estudantes, professores e outros profissionais. Campo Grande, MS: Ed.UFMS, 1995, p.73.

⁷ LABES, Emerson Moisés. **Questionário: do planejamento à aplicação na pesquisa**. Chapecó: Grifos, 1998, p.87.

⁸ FIALHO, Francisco et al. **TCC Métodos e Técnicas**. Florianópolis: Visual Books, 2007, p.39.

⁹ Os Conceitos elencados: **Referente**: "explicitação prévia do motivo, objetivo e produto desejado, delimitado o alcance temático e de abordagem para uma atividade intelectual, especialmente para uma pesquisa"; **Categoria**: “palavra ou expressão estratégica à elaboração e/ou expressão de uma idéia”; **Conceito Operacional**: “definição estabelecida ou proposta para uma palavra ou expressão, com o propósito de que tal definição seja aceita para os efeitos das ideias expostas”, encontram-se em: PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica: Teoria e Prática**. 11 ed. rev. atual. Florianópolis: Conceito Editorial; Millennium, 2008, p.54, 25 e 37.

2. PENALIDADES ADMINISTRATIVAS DE TRÂNSITO: CONCEITO

Inicialmente, é imperioso salientar que o legislador não teve o cuidado de conceituar a expressão penalidades, prevista no capítulo XVI do CTB. Outrossim, tal expressão poderia ter sido inserida no anexo I do CTB, o qual estabelece os conceitos e definições do CTB para sua melhor compreensão.

Não obstante, essa omissão por parte do legislador, a doutrina nos traz essa importante definição, que nas palavras de Cássio Mattos Honorato¹⁰ a expressão penalidade:

[...] exprime o conteúdo de sanção de natureza não criminal. [...] Penalidades Administrativas de Trânsito, não obstante o pleonasma gerado pela expressão administrativas, constituem sanções de natureza administrativa (em especial, sanções de polícia e sanções rescisórias de atos administrativos favoráveis), impostas aos usuários das vias terrestres que realizarem infrações de trânsito, com fundamento no poder de polícia (HONORATO, 2004, p. 55).

Diferente não é o entendimento de Rizzardo¹¹, para o qual as penalidades previstas no CTB são sanções de caráter administrativo aplicáveis aos diversos tipos de infrações de trânsito previstas no CTB. Esclarece, ainda, o referido doutrinador que estas penalidades não poderão ser aplicadas ao alvitre da autoridade, em face do princípio da legalidade. Assim, esclarece que para cada tipo de infração a própria lei traz em seu bojo as penalidades adequadas e que, portanto, vinculam a autoridade de trânsito à sua aplicação.

Já, segundo Mitidiero¹², a partir do momento que a Administração constata comportamento de condutor ofensivo à regra de trânsito legalmente tipificada como infração de trânsito, surge para o Estado o dever de impor a sanção pertinente à conduta violada. Desse modo, o autor argui que a penalidade é uma sanção administrativa de trânsito aplicada pela Administração, através da competente autoridade de trânsito, para a infração ao regramento viário existente, vez que neste momento surge para o Estado o dever de punir o infrator como resposta repressiva à infração de trânsito cometida.

Diante do exposto, conclui-se que as penalidades previstas no CTB possuem natureza eminentemente punitiva, ao passo que a finalidade destas é, notadamente, a imposição de ônus ao condutor infrator como resposta repressiva da Administração à conduta violada legalmente

¹⁰ HONORATO, Cássio Matos. **Sanções do Código de Trânsito Brasileiro: Análise das Penalidades e das Medidas Administrativas cominadas na Lei nº 9.503/97** Campinas: Millenium, 2004, p.55.

¹¹ RIZZARDO, Arnaldo. **Comentários ao Código de Trânsito Brasileiro**. 9. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p.520.

¹² MITIDIERO, Nei Pires. **Comentários ao código de trânsito brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p.1265.

tipificada no capítulo das infrações de trânsito, e de outro lado, visam desencorajar os usuários das vias ao cometimento de tais condutas infracionais.

2.1. Distinção entre sanção administrativa e criminal

Ao estudar as penalidades previstas no CTB, faz-se necessário estabelecer uma distinção entre sanção penal e sanção administrativa, para melhor compreensão do assunto. Insta salientar que a Lei nº 9.503/97¹³ traz em seu bojo um conjunto de normas de conduta dotadas de coercibilidade, que em outras palavras se traduzem na possibilidade de punir, reprimir, coagir o condutor que transgride determinada norma de trânsito.

Esse poder emerge do Estado sob a forma de sanção de cunho administrativo, com o intuito de fazer valer as normas de conduta previstas, em sua grande maioria, no capítulo III do CTB, o qual dispõe sobre as normas gerais de circulação e conduta, as quais são verdadeiros deveres aos usuários das vias públicas de nosso país.

No entanto, esta sanção não pode ser compreendida como sanção penal, conforme verifica-se a seguir, posto que a sanção penal é imposta no âmbito do direito penal, diante de fatos graves que afetam bens jurídicos fundamentais (vida, integridade física e mental, honra, liberdade, patrimônio, costumes, paz pública, etc).

Nessa senda, o direito penal no entendimento de Mirabete¹⁴ é “[...] o conjunto de normas jurídicas que regulam o poder punitivo do Estado, tendo em vista os fatos de natureza criminal e as medidas aplicáveis a quem os pratica”.

Por outro lado, sanção administrativa, segundo Vitta¹⁵ é uma consequência de caráter repressivo, estipulada pela ordem jurídica e imposta por autoridade administrativa, no exercício da função administrativa desfavorável ao infrator ou responsável, com a finalidade de desestimular as pessoas a descumprirem as normas do ordenamento normativo, em virtude de conduta (comissiva ou omissiva) praticada em ofensa ao mandamento da norma jurídica.

Logo, conclui-se que as sanções administrativas de trânsito são de natureza não-criminal,

¹³ CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO. Lei n. 9503 de 23 de Setembro de 1997. Presidência da República. Casa Civil. Sub Chefia para Assuntos Jurídicos.

¹⁴ MIRABETE, Julio Fabrini. **Manual de direito penal**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p.03.

¹⁵ VITTA, Heraldo Garcia. **A sanção no direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 64.

impostas e executadas pela própria Administração, em vista do princípio da auto-executoriedade¹⁶, em procedimentos administrativos ligados à exigência do interesse público. Tem-se ainda, que os atos ou comportamentos que culminam com as sanções administrativas de trânsito são inoportunos, nocivos à sociedade, conforme se depreende da legislação de trânsito em vigor, calcada em normas e princípios sob o ideal de um trânsito em condições seguras.

3. MEDIDAS ADMINISTRATIVAS DE TRÂNSITO: CONCEITO

As medidas administrativas também não foram conceituadas pelo legislador, no entanto, ao proceder-se a análise do artigo 269 e seguintes do CTB¹⁷ é possível elaborar-se um conceito acerca de tal instituto.

Dessa forma, medidas administrativas de trânsito são atos ou ações, geralmente, exercidas pelos agentes da autoridade de trânsito, com o intuito de obstar a continuidade de uma infração de trânsito; de sanear uma infração ou, ainda, executar uma penalidade.

Para Abreu¹⁸ as medidas administrativas têm como objetivo prioritário a proteção à vida e à incolumidade física da pessoa, nos termos do artigo 269, § 1º do CTB e esclarece, ainda, que tais medidas têm o condão de evitar que certas infrações continuem ou se repitam, com todas as suas consequências.

Nesse sentido Abreu acrescenta, ainda, que as medidas administrativas, diferentemente das penalidades, não possuem caráter punitivo e, portanto, a autoridade de trânsito e seus agentes devem rigorosamente atuar dentro de seus limites, evitando-se assim constrangimentos e ônus excessivo ao condutor infrator.

Para completo esclarecimento do que vêm a ser as medidas administrativas, previstas no CTB, necessário se faz buscar-se a definição de Nei Pires Mitidiero¹⁹, em sua obra “Comentários ao

¹⁶ Auto-executoriedade: “A auto-executoriedade, ou seja, a faculdade de a Administração decidir e executar diretamente sua decisão por seus próprios meios, sem intervenção do Judiciário, é outro atributo do poder de polícia. Com efeito, no uso desse poder, a Administração impõe diretamente as medidas ou sanções de polícia administrativa necessárias à contenção da atividade anti-social que ela visa obstar.”. MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 28 ed. São Paulo, Malheiros, 2003, p. 133.

¹⁷ CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO. Lei n. 9503 de 23 de Setembro de 1997. Presidência da República. Casa Civil. Sub Chefia para Assuntos Jurídicos.

¹⁸ ABREU, Waldyr de. Código de trânsito brasileiro: infrações administrativas, crimes de trânsito e questões fundamentais. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 120.

¹⁹ MITIDIERO, Nei Pires. **Comentários ao código de trânsito brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p.1298.

código de trânsito brasileiro”, na qual o assunto é retratado com uma linguagem jurídica apurada, todavia, esclarecedora, possibilitando ao leitor uma visão mais ampla do instituto em apreço.

Senão vejamos:

[...] constitui-se em intervenção realizada pelos entes executivos viários nas atividades dos participantes, direta ou indiretamente, do trânsito. Não é sanção. É constrangimento de polícia, posicionando-se ao lado da sanção, complementando-a, como deixa certo, diga-se, o § 2º do art. 269. [...] Medida administrativa de trânsito, portanto, é um constrangimento de polícia, complementar à sanção, que se impõe ao utente da via com o objetivo de disciplinar a sua conduta no referido trânsito. (MITIDIERO, 2005, p. 1298).

Acrescenta, ainda, Silva²⁰ que as medidas administrativas são instrumentos de exercício do poder de polícia, adotadas de pronto, via de regra pelo agente da autoridade de polícia administrativa. É medida que não comporta protelações, nem delongas, visa, a priori, evitar um mal maior ou propagação de uma anomalia que traria danos irremediáveis ao trânsito.

Percebe-se, desse modo, que as medidas administrativas de trânsito, na visão do célebre autor, são uma imposição do Estado, que em determinados casos visam a uma interdição, que pode incidir sobre o veículo (nos casos de sua retenção ou remoção), sobre os documentos de habilitação ao estar previsto em determinada medida administrativa o recolhimento destes, sobre as condições físicas e psíquicas para condução de veículo automotor, etc.

Enfim, há um rol de medidas impositivas previstas no artigo 269 do CTB a que está sujeito o usuário das vias. Essas medidas constituem-se em intervenção do Estado sobre a atividade privada do indivíduo, com caráter eminentemente preventivo, sem caráter punitivo e que não pode extrapolar os limites da lei, em face do princípio da reserva legal, previsto na Constituição federal²¹, para o qual “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”.

4. DISTINÇÃO ENTRE PENALIDADES E MEDIDAS ADMINISTRATIVAS

O Código de Trânsito Brasileiro prevê a aplicação de medidas administrativas e penalidades em decorrência do cometimento de infrações de trânsito, consoante o disposto no artigo 161 do

²⁰ SILVA, Ricardo Alves da; BOLDORI, Reinaldo. **Tudo o que você precisa saber sobre as infrações de trânsito**: doutrina, jurisprudências e pareceres dos órgãos executivos e normativos de trânsito. 2. Ed. São Paulo: Letras Jurídicas, 2009, p. 67.

²¹ BRASIL. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL: promulgada em 05 de outubro de 1988. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

referido diploma legal.

Nesse contexto, uma leitura desatenta a tal artigo, poderá levar o leitor a entender que tanto as medidas administrativas, quanto às penalidades são imposições sancionatórias previstas no CTB em razão do cometimento de infração.

Contudo, tais Institutos, apesar dessa aparente semelhança, apresentam peculiaridades que as distinguem significativamente, conforme se verificará a seguir.

Um aspecto que distingue as penalidades das medidas administrativas é a competência para aplicá-las. As penalidades, de regra, são aplicadas pelas autoridades de trânsito²², ao passo que as medidas administrativas podem ser aplicadas tanto pelas autoridades de trânsito, quanto pelos seus agentes²³.

Outra característica que distingue tais Institutos é inerente à finalidade. As penalidades têm um caráter predominantemente punitivo, estabelecendo sanções aos indivíduos frente ao cometimento de infrações de trânsito. Já, as medidas administrativas, via de regra, constituem-se em medidas preparatórias que viabilizam a aplicação das penalidades e têm a finalidade precípua de proteger a vida e a incolumidade física das pessoas.

Estabelecida esta importante distinção, torna-se necessário citar a clara definição da expressão medidas administrativas, nas palavras de Arnaldo Rizzardo²⁴, segundo o qual:

As medidas administrativas não constituem sanções ou penalidades, mas providências para a regularização de situações anormais, sendo, em grande parte, de caráter momentâneo, de rápida solução e cessando a constrição tão logo atendidas as exigências impostas, embora possam se prolongar indefinidamente, como na direção de veículo de categoria diferente da que consta na habilitação, quando se dá o recolhimento do documento correspondente (art. 162, III, do CTB). Pode-se afirmar que são complementares às penalidades.

Observada a definição das Medidas Administrativas, ressalta-se na visão de Rizzardo²⁵ a definição das Penalidades:

²² AUTORIDADE DE TRÂNSITO - dirigente máximo de órgão ou entidade executivo integrante do Sistema Nacional de Trânsito ou pessoa por ele expressamente credenciada. Conceito constante no Anexo I, do CTB, o qual estabelece os conceitos e definições para melhor compreensão das disposições e normas constantes em seu corpo textual.

²³ AGENTE DA AUTORIDADE DE TRÂNSITO - pessoa, civil ou policial militar, credenciada pela autoridade de trânsito para o exercício das atividades de fiscalização, operação, policiamento ostensivo de trânsito ou patrulhamento. Conceito constante no Anexo I, do CTB, o qual estabelece os conceitos e definições.

²⁴ RIZZARDO, Arnaldo. **Comentários ao Código de Trânsito Brasileiro**. 9. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p.50.52

²⁵ RIZZARDO, Arnaldo. **Comentários ao Código de Trânsito Brasileiro**, p.520.

[...] consistem nas punições ou sanções administrativas para os diversos tipos de infrações. Para cada tipo de infração vêm previstas as penalidades, às quais fica adstrita a autoridade que as aplica, sem a faculdade de subverter a ordem, dado o princípio da legalidade consagrado pela Constituição Federal [...].

Do exposto, saliente-se que o legislador foi infeliz ao adotar a expressão medidas administrativas e, ao que parece, é um dos motivos de confusões e equívocos entre os dois Institutos, pois, em que pese as penalidades serem dotadas de caráter punitivo, estas são aplicadas no âmbito administrativo, diante de uma infração administrativa de trânsito e em razão disso, são consideradas medidas ou atos administrativos, embora de caráter punitivo.

4.1. Análise das penalidades previstas no CTB

As penalidades previstas para as infrações de trânsito estão inseridas no capítulo XVI do CTB, que em seu artigo 256, enumera as sanções administrativas punitivas cabíveis, sendo o seu rol taxativo, ou seja, não pode a autoridade de trânsito aplicar penalidade diversa da prevista para determinada infração, pois é imposto à Administração o cumprimento irrestrito ao princípio da legalidade e, portanto, só lhe resta a aplicação das penalidades de trânsito previstas no CTB.

Nesse sentido, é a lição de Rizzardo²⁶, para o qual não é concebível que sejam aplicadas penalidades outras, senão as previstas no rol do artigo 256 do CTB. Segundo tal doutrinador, as penalidades estão legalmente previstas nos artigos que cominam infrações de trânsito, previstos no capítulo XV do CTB. Assim, para cada tipo de infração vêm previstas as penalidades, as quais ficam adstritas à autoridade que as aplica.

Nesse contexto, é preciso salientar que determinadas infrações de trânsito não preveem penalidades. Desse modo, não poderá a autoridade aplicar quaisquer das penalidades previstas no artigo 256 do CTB.

Ao concluir essas considerações iniciais passa-se agora a uma rápida análise das penalidades previstas no artigo 256. Desta feita, nos termos do referido diploma legal, Lazzari²⁷ assim esclarece:

[...] A autoridade de trânsito, na esfera das competências estabelecidas neste Código e dentre de sua circunscrição, deverá aplicar, às infrações nele previstas, as seguintes penalidades:

²⁶ RIZZARDO, Arnaldo. **Comentários ao Código de Trânsito Brasileiro**. 9. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p.520.

²⁷ LAZZARI, Ilton Roberto Rosa Witter. **Nova Coletânea de legislação de trânsito**. 24. ed. Porto Alegre: Dora Luzzatto, 2005, p.36.

- I – Advertência por escrito;
- II – Multa;
- III – suspensão do direito de dirigir;
- IV – apreensão do veículo;
- V – cassação da Carteira Nacional de Habilitação;
- VI – cassação da Permissão para Dirigir;
- VII – frequência obrigatória em curso de reciclagem.

A advertência por escrito, nos termos do artigo 267 do CTB, é aplicada privativamente pela autoridade de trânsito, na hipótese de o condutor infrator ter cometido infração de natureza leve ou média, passível de ser punida com multa, desde que o condutor não seja reincidente na mesma infração, nos últimos doze meses.

A aplicação ou não desta penalidade, segundo se depreende do artigo em questão está atualmente regulada Resolução n. 404/2012 do Conselho Estadual de Trânsito- CONTRAN²⁸. Para a aplicação desta penalidade, o condutor que a requerer deve satisfazer os requisitos objetivos e subjetivos previstos no artigo 267 do CTB.

Outrossim, verifica-se que o momento oportuno para requerer tal penalidade é no prazo de interposição da defesa de autuação, definido pela legislação de trânsito em vigor, prazo que não poderá ser inferior a 15 dias, contados da data da notificação da autuação ou publicação por edital.

A penalidade de multa, segundo Rizzardo²⁹, consiste na exigência de o infrator pagar e recolher aos cofres públicos uma quantia em dinheiro, que, às vezes, é multiplicada por até 10 vezes, segundo previsão expressa do CTB, em face de condutas infracionais de trânsito de âmbito administrativo reputadas de maior gravidade.

Importante, salientar que a autuação de trânsito somente é convertida em multa após esgotados os prazos de recurso da defesa da autuação e da imposição da penalidade de multa, onde o condutor infrator teve seus recursos indeferidos ou, então, manteve-se silente nestes lapsos temporais, havendo, por consequência, a preclusão administrativa, oportunidade em que

²⁸ **Conselho Nacional de Trânsito:** trata-se do órgão máximo normativo de trânsito da União, de acordo com o estabelecido pela Lei n. 9.503/97 CONTRAN – Código de Trânsito Brasileiro, que detém, em síntese, a atribuição de complementar, regulamentar uma série de assuntos que requerem maior atenção e detalhamento para poderem ser colocados em prática pelos usuários das vias bem como a cargo das autoridades de trânsito e seus agentes com papel fiscalizador.

²⁹ RIZZARDO, Arnaldo. **Comentários ao Código de Trânsito Brasileiro**. 9. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p.521.

Ihe é aplicada definitivamente, em âmbito administrativo, a penalidade de multa.

A penalidade de suspensão do direito de dirigir corresponde à proibição do condutor em dirigir veículo automotor em via pública durante certo período, o qual poderá variar de um mês a um ano, ou seis meses a dois anos, em hipótese de reincidência ou pelo período de doze meses, em se tratando de penalidade pela infração ao artigo 165 do CTB.

Ressalte-se, no entanto, que o cumprimento desta penalidade por parte do condutor infrator, tem como pressuposto a regular instauração de processo administrativo, no qual deve-se assegurar ao condutor a ampla defesa e o contraditório, e ao seu final, caso conclua-se pela responsabilização do condutor, este obrigar-se ao cumprimento da penalidade imposta, após regularmente notificado da decisão da autoridade competente.

A penalidade de apreensão do veículo consiste na sua retirada de circulação de veículo e na visão de Silva³⁰ somente deverá ocorrer nos casos em que as medidas administrativas de retenção e remoção não atingirem o fim desejado, ou seja, a regularização imediata do veículo. A título de complemento, tal assunto poderá ser objeto de estudo através de regulamentação dada pelo CONTRAN através da Resolução n. 53, de 21 de maio de 1998³¹.

A aplicação desta penalidade também tem como pressuposto a regular instauração de processo administrativo para a *posteriori* aplicar as sanções cominadas na Resolução nº 53/98, do CONTRAN³².

Saliente-se, que na prática não se tem verificado a aplicação desta penalidade, mas tão somente o encaminhamento dos veículos à autoridade de trânsito para que esta dê início a tal procedimento, sendo que, no mais das vezes, não instaura-se o processo administrativo.

Assim, a liberação do veículo fica condicionada, tão somente às exigências previstas no artigo 262 do CTB³³.

³⁰ SILVA, Ricardo Alves da; BOLDORI, Reinaldo. **Tudo o que você precisa saber sobre as infrações de trânsito**: doutrina, jurisprudências e pareceres dos órgãos executivos e normativos de trânsito. 2. Ed. São Paulo: Letras Jurídicas, 2009, p. 76.

³¹ **Resolução n. 53, de 21 de maio de 1998, do CONTRAN**. Estabelece critérios em caso de apreensão de veículos e recolhimento aos depósitos, conforme artigo 262 do Código de Trânsito Brasileiro. Disponível em: <http://www.denatran.gov.br/resolucoes.htm>. Acesso em: 02 abr 2015.

³² **Resolução n. 53, de 21 de maio de 1998, do CONTRAN**. Estabelece critérios em caso de apreensão de veículos e recolhimento aos depósitos, conforme artigo 262 do Código de Trânsito Brasileiro. Disponível em: <http://www.denatran.gov.br/resolucoes.htm>. Acesso em: 02 abr 2015.

³³ Art. 262. O veículo apreendido em decorrência de penalidade aplicada será recolhido ao depósito e nele permanecerá sob custódia e responsabilidade do órgão ou entidade apreendedora, com ônus para o seu proprietário, pelo prazo de até trinta dias, conforme critério a ser estabelecido pelo CONTRAN. § 2º A restituição dos veículos apreendidos só ocorrerá mediante o prévio

A penalidade de cassação da CNH, na concepção de Rizzardo³⁴, têm o condão de retirar o direito de dirigir do cidadão, cancelando a habilitação do condutor infrator, ademais, o condutor que sofre esta penalidade somente poderá iniciar novo processo de habilitação, após decorridos dois anos do cumprimento da penalidade. A penalidade de cassação da permissão de dirigir é imposta ao condutor que cometer certos tipos de infrações catalogados no capítulo das infrações, todavia, na prática, é difícil a sua aplicação dada à duração de sua vigência (12 meses). A penalidade de frequência obrigatória em curso de reciclagem tem como objetivo reeducar o motorista contumaz em infrações de trânsito.

4.2. Análise das medidas administrativas previstas no CTB

As medidas administrativas estão previstas no capítulo XVII do CTB, a partir do artigo 269 do CTB, o qual enumera quais são as medidas administrativas aplicáveis, conforme veremos a seguir³⁵:

Art. 269. A autoridade de trânsito ou seus agentes, na esfera das competências estabelecidas neste Código e dentro de sua circunscrição, deverá adotar as seguintes medidas:

I – retenção do veículo;

II – remoção do veículo;

III – recolhimento da Carteira Nacional de Habilitação;

IV – recolhimento da Permissão para Dirigir;

V – recolhimento do Certificado de Registro;

VI – recolhimento do Certificado de Licenciamento Anual;

VII – (Vetado);

VIII – transbordo do excesso de carga

IX – realização de teste de dosagem de alcoolemia ou perícia de substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica;

pagamento das multas impostas, taxas e despesas com remoção e estada, além de outros encargos previstos na legislação específica. § 3º A retirada dos veículos apreendidos é condicionada, ainda, ao reparo de qualquer componente ou equipamento obrigatório que não esteja em perfeito estado de funcionamento.

³⁴ RIZZARDO, Arnaldo. **Comentários ao Código de Trânsito Brasileiro**. 9. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p.521.

Conselho Nacional de Trânsito: trata-se do órgão máximo normativo de trânsito da União, de acordo com o estabelecido pela Lei n. 9.503/97 CONTRAN – Código de Trânsito Brasileiro, que detém, em síntese, a atribuição de complementar, regulamentar uma série de assuntos que requerem maior atenção e detalhamento para poderem ser colocados em prática pelos usuários das vias bem como a cargo das autoridades de trânsito e seus agentes com papel fiscalizador.

³⁵ LAZZARI, Ilton Roberto Rosa Witter. **Nova Coletânea de legislação de trânsito**. 24. ed. Porto Alegre: Dora Luzzatto, 2005, p.38.

X – recolhimento de animais que se encontrem soltos nas vias e na faixa de domínio das vias de circulação, restituindo-os aos seus proprietários, após o pagamento de multas e encargos devidos;

XI – realização de exames de aptidão física, mental, de legislação, de prática de primeiros socorros e de direção veicular.

A primeira medida administrativa prevista no artigo sob análise é a retenção do veículo, que, segundo Abreu³⁶, é a imobilização do veículo, com vistas ao saneamento da irregularidade detectada.

Na visão de Rizzardo³⁷, a retenção do veículo constitui-se em ação ou efeito de reter, de manter e conservar o veículo pertencente a outrem no poder e sob a responsabilidade da autoridade. Desse modo, a medida administrativa de retenção do veículo consiste na sua contenção, naqueles casos previstos (expressos) no CTB, objetivando que determinados problemas ou irregularidades inerentes ao veículo e/ou à documentação de porte obrigatório a cargo do condutor, possam ser sanadas, resolvidas.

Registre, por oportuno, que tal medida deve ocorrer em lapso estritamente necessário para que se possa determinar o saneamento ou não da irregularidade flagrada, correlata à infração de trânsito cometida. É o caso da medida administrativa prevista no artigo 165 do CTB, diante do cometimento da infração de dirigir veículo sob influência de álcool, na qual se impõe, além do recolhimento da Carteira Nacional de Habilitação do condutor, a retenção do veículo que poderá ser liberado a condutor habilitado que esteja em condições de conduzi-lo e nessas circunstâncias, em havendo pessoa que possa retirar o veículo do local em tempo razoável que não interfira nas atividades de fiscalização a cargo dos agentes de trânsito, o veículo poderá a tal pessoa. Do contrário, o veículo será recolhido ao depósito de veículos.

Dessa medida, destaque-se também as providências administrativas expressas no artigo 270, §2º, do CTB, o qual prescreve que³⁸:

[...] não sendo possível sanar a falha no local da infração, o veículo poderá ser retirado por condutor regularmente habilitado, mediante recolhimento do Certificado de Licenciamento Anual, contra recibo, assinalando-se ao condutor prazo para sua regularização, para o que se considerará, desde logo, notificado.

O presente dispositivo faculta à autoridade de trânsito e seus agentes a liberarem o veículo

³⁶ ABREU, Waldyr de. Código de trânsito brasileiro: infrações administrativas, crimes de trânsito e questões fundamentais. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 120.

³⁷ RIZZARDO, Arnaldo. **Comentários ao Código de Trânsito Brasileiro**. 9. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 201, p. 553.

³⁸ LAZZARI, Ilton Roberto Rosa Witter. **Nova Coletânea de legislação de trânsito**. 24. ed. Porto Alegre: Dora Luzzatto, 2005, p.39.

nas hipóteses em que a irregularidade não puder ser sanada no local da infração. Para tanto, deve-se providenciar o recolhimento do Certificado de Licenciamento Anual, mediante recibo, o qual será devolvido assim que a irregularidade for devidamente sanada.

Pretende-se trazer à tona esta questão, pois sabe-se que muitos agentes de trânsito não adotam a providência inserta no dispositivo em discussão, embora prevista na legislação.

Nessa toada a tomada de tal providência, seria benéfica ao cidadão, notadamente quando tratar-se de irregularidade que a princípio, não coloque em risco a segurança no trânsito.

Outra medida administrativa prevista no CTB é a remoção do veículo, a qual se constitui, segundo Silva³⁹ traslado do veículo para o depósito do órgão de trânsito ou por ele indicado, decorrente da penalidade de apreensão nos casos determinados pelo CTB, ou da retenção para a regularização de situação que não possa ser feita no local.

Um exemplo clássico desta medida é a remoção de veículo que se encontra estacionado em local proibido pela sinalização. É o caso da infração de trânsito prevista no artigo 181, VIII, do CTB, o qual prevê como infração o estacionamento de veículo sobre o passeio, faixa de pedestres etc.

As medidas administrativas de recolhimento da CNH e da Permissão para Dirigir, em caso de simples cometimento de infrações de trânsito, embora previsto no CTB, têm sido consideradas inconstitucionais, sob o entendimento de ofensa ao princípio do devido processo legal e das normas contidas no próprio CTB⁴⁰.

Por outro lado, nos casos de suspeita de inautenticidade ou adulteração, reputa-se legítima tal medida, pois segundo Honorato⁴¹, trata-se de ato administrativo que dá início a um processo verificatório e, por vezes, punitivo.

As medidas administrativas de recolhimento do Certificado de Registro e do Certificado de

³⁹ SILVA, João Baptista da. **Código de trânsito brasileiro**: comentado e explicado artigo por artigo de acordo com as novas leis vigentes. 2ª ed. Belo Horizonte: Líder, 2014, p. 626.

⁴⁰ O Dr. Geraldo de Faria Lemos Pinheiro, ilustre Desembargador aposentado do Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo, com propriedade de sempre, manifestou-se da seguinte forma: “Tendo estabelecido como Medida Administrativa (art. 269, III e IV), o recolhimento da CNH e da Permissão para Dirigir (art. 140, § 2º), o Código estabelece, no capítulo das infrações, que, sempre que ocorra uma infração com pena de suspensão do direito de dirigir, o agente recolherá o documento de habilitação. Ora, a autuação pode ser cancelada, a multa pode ser modificada, o recurso pode ser provido. Onde fica o direito de ampla defesa, e o direito ao trabalho, para aqueles que dependem do veículo para sua manutenção?” (HONORATO, Cássio Matos. **Sanções do Código de Trânsito Brasileiro**: Análise das Penalidades e das Medidas Administrativas cominadas na Lei nº 9.503/97 Campinas: Millenium, 2004, p. 270).

⁴¹ HONORATO, Cássio Matos. **Sanções do Código de Trânsito Brasileiro**: Análise das Penalidades e das Medidas Administrativas cominadas na Lei nº 9.503/97 Campinas: Millenium, 2004, p. 272.

Licenciamento Anual serão aplicadas na hipótese prevista do artigo 270, §2º e 274, III, do CTB; em caso de suspeita de inautenticidade ou adulteração; nas hipóteses de ausência de transferência ou de licenciamento; e, ainda, sob a forma de recolhimento preventivo do Certificado de Licenciamento (art. 262, §1º do CTB).

A medida de transbordo do excesso de carga é imposta sempre que ultrapassado o peso permitido, ou o que consta previsto para o veículo, segundo os limites enumerados no art. 231, V, do CTB.

No tocante à medida administrativa relativa à realização de teste de dosagem alcoolemia ou perícia de substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, importa ressaltar que com o advento da Lei nº 12.760/2012⁴² e da Resolução nº 432/2013⁴³, do CONTRAN, caso haja negativa por parte do condutor em submeter-se aos exames, testes e perícias legalmente previstos em lei, em face de seu aparente estado de embriaguez alcoólica, a infração poderá ser comprovada através de sinais que indiquem alteração da capacidade psicomotora ou produção de quaisquer outras provas em direito admitidas.

Nesse sentido, esclarece oportunamente Gomes⁴⁴ que ao condutor que se recusar a submeter-se a quaisquer dos procedimentos previstos no *caput* do art. 277 do CTB, deverão ser aplicadas as penalidades e medidas administrativas previstas na infração de trânsito do art. 165⁴⁵ do CTB. Assim, segundo o autor, em vez de produzir prova contra si, o condutor terá, na realização do exame de teor alcoólico, a possibilidade de produzir prova a seu favor, no sentido de certificar que não se encontra sob influência de álcool, quando o agente fiscalizador assim estiver afirmando, em razão de tê-lo surpreendido em ato de fiscalização.

O recolhimento de animais é medida administrativa que se impõe quando da presença

⁴² **Lei n. 12.760, de 20 de Dezembro de 2012.** Alterou a Lei n. 9.503, de 23 de setembro de 1997, que instituiu o Código de Trânsito Brasileiro. Casa Civil. Sub Chefia para Assuntos Jurídicos.

⁴³ **Resolução n. 432, de 23 de janeiro de 2013, do CONTRAN.** Dispõe sobre os procedimentos a serem adotados pelas autoridades de trânsito e seus agentes na fiscalização do consumo de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência, para aplicação do disposto nos arts. 165, 276, 277 e 306 da Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997 – Código de Trânsito Brasileiro (CTB). Disponível em: [http://www.denatran.gov.br/download/Resolucoes/\(resolu%C3%A7%C3%A3o%20432.2013c\).pdf](http://www.denatran.gov.br/download/Resolucoes/(resolu%C3%A7%C3%A3o%20432.2013c).pdf)

⁴⁴ GOMES, Ordéli Savedra. **Código de trânsito brasileiro comentado e legislação complementar.** 9ª ed. Curitiba: Juruá, 2014, p. 216-217.

⁴⁵ Art. 165 do CTB: Dirigir sob a influência de álcool ou de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência. Infração - gravíssima Penalidade - multa (dez vezes) e suspensão do direito de dirigir por 12 (doze) meses. Medida administrativa - recolhimento do documento de habilitação e retenção do veículo, observado o disposto no § 4º do art. 270 da Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997 - do Código de Trânsito Brasileiro. Parágrafo único. Aplica-se em dobro a multa prevista no caput em caso de reincidência no período de até 12 (doze) meses. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19503.htm. Acesso em: 02 abr 2015.

destes em via de circulação de veículos, ou quando transitarem sem o devido acompanhamento, nas condições exigidas pelos incisos do art. 53 do CTB⁴⁶.

Segundo Rizzardo⁴⁷ a realização de exames de aptidão física, mental, psicológica, de legislação, de prática de primeiros socorros e direção veicular, que é pressuposto para a habilitação à direção, restou vetada na categoria medida administrativa. No entanto, tal medida retornou ao CTB, por força da Lei nº 9.602/1998.

Nessa seara, acrescenta, oportunamente, Silva⁴⁸ que tais exames são realizados: 1. Como procedimentos para fins de habilitação, consoante previsto no art. 147 do CTB; 2. Quando vencido o prazo de validade da habilitação para conduzir veículo automotor (art. 147, §§ 2º e 3º); 3. Quando ocorrer condenação por delito de trânsito (vide art. 160 do CTB); e 4. Quando, a juízo da autoridade, houver indícios de deficiência física, mental ou psicológica do condutor (art. 147, § 4º do CTB).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo demonstrou que as penalidades e medidas administrativas previstas no CTB são Institutos completamente diferentes, nota-se que as penalidades são verdadeiras sanções administrativas impostas aos que as desrespeitam, sendo resposta repressiva (punitiva) do Estado, que age desta forma com a finalidade de desencorajar os usuários das vias a cometerem novas infrações de trânsito.

As medidas administrativas, por sua vez, são ações adotadas, via de regra, pelos agentes de trânsito diante do cometimento de uma infração de trânsito, tais como, a retenção de veículo que esteja com um farol queimado; a remoção de um veículo que esteja estacionado sobre a calçada, prejudicando a livre circulação de pedestres.

Percebe-se, portanto, que as medidas administrativas, por vezes, têm a finalidade de obstar a continuidade de uma infração de trânsito, noutras vezes procura sanear uma infração (no caso

⁴⁶ O artigo 53 do CTB dispõe que os animais isolados ou em grupos somente podem circular nas vias quando conduzidos por um guia e neste caso, para facilitar os deslocamentos, os rebanhos, por exemplo, deverão ser divididos em grupos de tamanho moderado e separados uns dos outros por espaços suficientes para não obstruir o trânsito. Deve-se, também ter o cuidado para que os animais circulem pela pista de rolamento sejam mantidos junto ao bordo da pista.

⁴⁷ RIZZARDO, Arnaldo. **Comentários ao Código de Trânsito Brasileiro**. 9. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 201, p. 553.

⁴⁸ SILVA, João Baptista da. **Código de trânsito brasileiro: comentado e explicado artigo por artigo de acordo com as novas leis vigentes**. 2ª ed. Belo Horizonte: Líder, 2014, p. 628.

de remoção) e por fim, poderá servir de medida complementar à execução de uma penalidade como, por exemplo, a realização do teste do bafômetro em condutor alcoolizado, onde a obtenção do resultado viabilizará a aplicação da penalidade de suspensão do direito de dirigir, em momento posterior, através do devido processo administrativo de trânsito.

Outro aspecto enfatizado no presente artigo é que tanto as penalidades, quanto as medidas administrativas não podem ser aplicadas ao alvitre da Administração, ou seja, cabe à autoridade competente e/ou ao agente de trânsito a estrita aplicação da medida administrativa e/ou penalidade, a cargo da autoridade, de acordo com a previsão expressa de cada infração de trânsito.

Assim, certamente a leitura deste artigo permitirá ao leitor diferenciar com exatidão qual a real finalidade dos institutos abordados, eliminando eventuais entendimentos equivocados, tais como, na questão do agente de trânsito aplicou uma multa ao infrator e naquele exato instante penalizou o condutor com a cassação da Carteira Nacional de Habilitação.

No exemplo referenciado, pela atual sistemática adotada pela legislação de trânsito em vigor, diante da existência de uma infração de trânsito, flagrada por agente de trânsito, a lei impõe a este a lavratura de uma autuação de trânsito, exteriorizada através da confecção de um auto de infração de trânsito.

Portanto, não há que se falar em aplicação de multa no ato da fiscalização. De outro lado, em momento posterior, tal autuação poderá transformar-se em penalidade de multa, após o transcurso regular de processo administrativo de trânsito, no qual há previsão de defesa e oportunidades recursais para que o suposto infrator, em havendo interesse, possa defender-se.

O recolhimento da Carteira Nacional de Habilitação (CNH) ou Permissão para Dirigir não se constitui em penalidade de cassação, mas simples medida administrativa.

Cita-se, a título de exemplo, o recolhimento da CNH por infração de embriaguez ao volante, na qual a legislação dispõe que tal documento permanecerá sob custódia do órgão ou entidade de trânsito responsável pela autuação até que o condutor comprove que esteja sóbrio oportunidade em que lhe será restituída o documento de habilitação.

Eventual suspensão do direito de dirigir ou cassação da CNH, em hipótese de reincidência, decorrente da infração de embriaguez ao volante, pressupõe a instauração de regular processo

administrativo de trânsito, culminando na aplicação das penalidades a cargo da autoridade de trânsito competente.

Desse modo, é inconteste que para a aplicação da cassação da CNH, necessário se impõe que seja instaurado processo administrativo de trânsito, em momento posterior à lavratura do auto de infração de trânsito, e à vista das infrações de trânsito quem preveem tal penalidade, todavia, frise-se que não são aplicadas de imediato, diferentemente das medidas administrativas, as quais impõe uma intervenção do Estado imediata, pelos motivos de fato e de direito já expostos ao longo deste artigo.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ABREU, Waldyr de. **Código de trânsito brasileiro**: infrações administrativas, crimes de trânsito e questões fundamentais. São Paulo: Saraiva 1998.

ÁVILA, Vicente Fidélis de. **A Pesquisa na Dinâmica da Vida e na Essência da Universidade**: Ensaio de curso para estudantes, professores e outros profissionais. Campo Grande, MS: Ed.UFMS, 1995.

BRASIL. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL: promulgada em 05 de outubro de 1988. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

BRASIL. CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO. **Lei n. 9503 de 23 de Setembro de 1997**. Presidência da República. Casa Civil. Sub Chefia para Assuntos Jurídicos.

_____. CONSELHO NACIONAL DE TRÂNSITO. Resoluções do CONTRAN. Disponível em: <<https://www.denatran.gov.br>> Acesso em: 02 abr. 2015.

_____. Lei n. 12.760, de 20 de dezembro de 2012. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 21 dez. 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12760.htm> Acesso em: 20 set. 2010.

FIALHO, Francisco et al. **TCC Métodos e Técnicas**. Florianópolis: Visual Books, 2007.

GOMES, Ordeli Savedra. Código de trânsito brasileiro comentado e legislação complementar. 9ª ed. Curitiba: Juruá, 2014.

HONORATO, Cássio Matos. **Sanções do Código de Trânsito Brasileiro**: Análise das Penalidades e das Medidas Administrativas cominadas na Lei nº 9.503/97 Campinas: Millenium, 2004.

- LABES, Emerson Moisés. **Questionário: do planejamento à aplicação na pesquisa**. Chapecó: Grifos, 1998.
- LAZZARI, Ilton Roberto Rosa Witter. **Nova Coletânea de legislação de trânsito**. 24. ed. Porto Alegre: Dora Luzzatto, 2005.
- MIRABETE, Julio Fabrini. **Manual de direito penal**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2006.
- MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- MITIDIERO, Nei Pires. **Comentários ao código de trânsito brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito Administrativo Sancionador**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica: Teoria e Prática**. 11.ed. Florianópolis: Conceito Editorial/Milenium, 2008.
- RIZZARDO, Arnaldo. **Comentários ao Código de Trânsito Brasileiro**. 9. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- SILVA, João Baptista da. **Código de trânsito brasileiro: comentado e explicado artigo por artigo de acordo com as novas leis vigentes**. 2ª ed. Belo Horizonte: Líder, 2014.
- SILVA, Ricardo Alves da; BOLDORI, Reinaldo. **Tudo o que você precisa saber sobre as infrações de trânsito: doutrina, jurisprudências e pareceres dos órgãos executivos e normativos de trânsito**. 2. Ed. São Paulo: Letras Jurídicas, 2009.
- VITTA, Heraldo Garcia. **A sanção no direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2003.

OS PARADIGMAS DO PLURALISMO JURÍDICO E DA TRANSNACIONALIDADE FRENTE AO DIREITO PENAL TRADICIONAL

Frederico Wellington Jorge¹

Waldemar Moreno Junior²

INTRODUÇÃO

A modernidade ou aquilo que alguns querem definir por pós-modernidade, trouxeram mudanças nos paradigmas das concepções de Estado. A transnacionalidade e suas consequências lógicas são uma dessas mudanças. Paulo de Tarso Brandão afirma que “No primeiro termo (ou membro) da equação está à busca da estrutura transnacional que substitua o Estado-Nação em virtude de sua pretensa perda de função”.³

Joana Stelzer e Everton das Neves Gonçalves, na obra *Direito Internacional sob novos paradigmas*, nos apresenta uma síntese do novo cenário que se descortina a nossa realidade afirmando: “O processo de globalização, fortemente vinculado aos fatores determinantes de intercâmbio econômico, intensificou-se nos últimos anos com base em um conjunto de fatores”. Esses fatores, serão os Paradigmas que precisaremos compreender. “Nesse sentido, produziu desdobramentos de alto impacto, que chegam a afetar os conceitos de Soberania das nações e a perda de poder dos governos para o exercício da política econômica interna”.⁴

Pode-se entender o Direito como sendo o conjunto de normas emitidas pelo Estado e, “para que fossem normas jurídicas, garantidas pela força do Estado, era preciso que este expressamente as reconhecesse como tal.”⁵

¹ Doutorando e Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale de Itajaí – Univali, Professor de Direito Penal e Prática Jurídica na Universidade da Região de Joinville – Univille e advogado. e-mail: fwjorge@fwjorge.com.br

² Doutorando em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale de Itajaí – Univali, Mestre em Processo Penal e Cidadania – Universidade Paranaense - Unipar, professor de Processo Penal e Criminologia na Universidade da Região de Joinville – Univille. e-mail: wmj.moreno@gmail.com

³ MONTES, Mário Ferreira. **Direitos humanos e sua efetivação na era da transnacionalidade**; debate luso-brasileiro/Paulo de Tarso Brandão. Curitiba: Jurua, 2012, p. 31.

⁴ GONÇALVES, Everton das Neves e STELZER, Joana. **Direito Internacional sob novos paradigmas**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009, p.19.

⁵ HESPANHA, Antonio Manoel. **Pluralismo jurídico e direito democrático**. São Paulo: Annablume, 2013, p.17.

Assim, é preciso então delimitar as molduras para as quais o presente momento se apresenta, pois as estruturas do poder parecem já não atender as necessidades nesse novo cenário e a segurança que era a palavra de ordem e comandava o sistema monista perdeu força frente ao pluralismo e a transnacionalidade.

O paradigma da transnacionalidade e a globalização vêm colocando abaixo as fronteiras que no passado levaram nações à guerra em busca da dominação dos povos e nações.

A análise de Bauman seja talvez o quadro mais claro para o entendimento do presente.

[...] a separação e o iminente divórcio entre o poder e a política, a dupla da qual se esperava, desde o surgimento do Estado moderno e até muito recentemente, que compartilhasse as fundações do Estado-nação “até que a morte os separasse”. Grande parte do poder de agir efetivamente, antes disponível ao Estado moderno, agora se afasta na direção de um espaço global (e, em muitos casos, extraterritorial) politicamente descontrolado, enquanto a política – a capacidade de decidir a direção e o objetivo de uma ação – é incapaz de operar efetivamente na dimensão planetária, já que permanece local.⁶

Hodiernamente as nações passaram a presenciar imensuráveis transformações, dentre estas a evolução trazida com a energia elétrica e o conseqüente desenvolvimento dos meios de comunicação, desaguando no surgimento da rede mundial de computadores – internet.

Especialmente pela informatização global, fomentado pelos ritmos acelerados do capitalismo globalizado, as fronteiras geográficas perdem o lugar de destaque, aproximando cada vez mais os povos, surgindo novas formas de interpelação e comunicação, a transformação do comércio tradicional no *e-commerce*⁷, tudo isso impulsionando com cada vez mais força para essa nova forma de Estado, o Estado Transnacional.

Os efeitos da Transnacionalidade acabam atingindo as diferentes esferas ou dimensões do poder, mais especificamente a governança e governabilidade e os sistemas jurídicos. O presente estudo, situar-se-á nos efeitos do pluralismo jurídico, da globalização e transnacionalidade no Direito Penal ante sua fragmentariedade e subsidiariedade.

Conforme Hespanha, “O direito não é mais uma coisa do Estado. Mas também parece deixar de ser a expressão da vontade de um povo, como cria o melhor da tradição democrática.”

⁶ BAUMAN, Zygmunt. **Tempos líquidos**; tradução Carlos Alberto Medeiros. – Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2007, p.8.

⁷ E-commerce. O Comércio Eletrônico é um sistema de compra e venda virtual, que pode ser inserido no próprio site da empresa que esteja interessada em fazer parte deste novo ambiente, ou mesmo criar um site somente para esta finalidade. As vendas através deste sistema podem ser feitas de duas maneiras: B2B (Business-to-business; venda de empresa para empresa), ou B2C (Business-to-consumer; venda da empresa para consumidor final). Disponível em: <<http://inspireideias.ag/e-commerce-o-que-e-e-para-que-serve/>>. Acesso em: 05 dez. 2014.

Dividindo assim em dois pontos importantes: “neste mundo globalizado, já não é nada fácil (alguma vez foi?) saber o que é “um povo”. Afirmando ainda que “neste mundo atomizado e mutilo atento à diferença, mal se pode imaginar que um povo (seja isso o que for) possa ter uma vontade, e não muitas e voláteis vontades, dependendo de cada grupo (de género, de idade, de região, de cultura, de estrato social de interesses).”⁸

O “Pluralismo Jurídico é o fenômeno que possibilita o surgimento de ‘direitos’ extra estatais, ou seja, a possibilidade que existe do Estado não ser o único a impor/determinar”. Com isso compreende-se que “Esse fenômeno reconhece como legítimas, as relações jurídicas criadas por grupos “marginais”, no plano da luta social por direitos e pela democracia, como por exemplo, as lutas dos grupos pró-moradia, pró-cidadania, etc.”⁹

No presente artigo, busca-se fazer algumas indagações e apontar alguns problemas e crises advindas como resultado da pós-modernidade e da transnacionalidade visando demonstrar como uma das principais consequências, o surgimento dos denominados “crimes transnacionais” se apresenta ante a falta de legislação específica e de ferramentas de persecução penal transnacional eficaz.

Os crimes transnacionais como o tráfico de pessoas, o terrorismo, tráfico de drogas e principalmente os crimes ambientais vêm confirmando uma das consequências que a transnacionalidade poderá gerar nos sistemas de Estado e de governança.

O Direito é fragmentado, um de seus fragmentos, mais especificamente o Direito Penal, foi concebido inicialmente para atuar dentro dos limites territoriais do Estado-Nação por força de sua soberania. Com os novos paradigmas apresentados pela globalização e o pluralismo, a soberania estatal perde espaço, deixando o Direito Penal tradicional inadequado para fazer frente a essa nova criminalidade transnacional.

Em meio a tudo isso, surge outro questionamento que é a superação do modelo penal tradicional e sua insustentabilidade “que é a ausência de fundamentação racional sustentável para a aplicação de dor, mediante a pena”.¹⁰

⁸ HESPANHA, Antonio Manoel. **Pluralismo jurídico e direito democrático**. São Paulo: Annablume, 2013, p.19.

⁹ VEDOVATO, Luís Renato; BARSALINI, Glauco et al. **Sociologia Geral do Direito**. São Pulo: Alínea, 2004. Cap. 8 O Pluralismo Jurídico. P. 157 – 164.

¹⁰ AMARAL, Augusto Jobim do. **Política da prova e cultura punitiva: a governabilidade inquisitiva do processo penal brasileiro contemporâneo**. 1. ed. São Paulo: Almedina, 2014, p. 215.

Diante da crise e da mudança radical de paradigmas estruturais que trazem a reboque novos crimes – transnacionais –, novas condutas humanas, resta à pergunta: Como encontrar (ou tentar ao menos) soluções que atendam às necessidades da sustentabilidade e governança no atual cenário transnacional?

O presente trabalho foi desenvolvido inicialmente identificando e conceituando os Paradigmas e a cientificidade empregada para sua quebra; Num segundo momento, apresentar os conceitos operacionais utilizados para as categorias Crime, Sustentabilidade, Transnacionalidade, Governabilidade e Governança. Completando, na terceira parte, a definição conceitual de Crime segundo a visão tradicional e as especificidades do Direito Penal Econômico, Crimes Transnacionais e seus efeitos na Sustentabilidade, Transnacionalidade, Governabilidade e Governança para ao final tentar demonstrar o atual cenário frente a temática enfrentada, a título de Considerações Finais.

1. PARADIGMAS E A ATUAL FORMAÇÃO ESTATAL: O FENÔMENO DE CIENTIFICO PARA SUA QUEBRA

Na busca da construção de um aporte e da especificação de um referente, socorre-se da cientificidade de Thomaz Kuhn e sua obra *A estrutura das revoluções científicas*¹¹, para dar suporte ao identificar o quanto é importante compreender o que significa a verdadeira mudança de paradigmas. Para Kuhn “O significado das crises consiste exatamente ao fato que indicam que é chegada a ocasião para renovar os instrumentos”.¹² A ciência não busca a inovação, mas afirmações daquilo que está posto, sendo necessário então uma crise para que surjam novos paradigmas.

De forma interessante, o referido autor revela que “A investigação histórica cuidadosa de uma determinada especialidade num determinado momento revela um conjunto de ilustrações recorrentes e quase padronizadas de diferentes teorias nas suas aplicações conceituais, instrumentais e na observação”.¹³ E continua concluindo portanto que “Esses são os paradigmas

¹¹ KUHN, Thomaz S. **A estrutura das revoluções científicas**. tradução Beatriz Viana Boeira e Nelson Boeira. 12 ed. São Paulo: Perspectiva, 2013, p. 156.

¹² KUHN, Thomaz S. **A estrutura das revoluções científicas**. tradução Beatriz Viana Boeira e Nelson Boeira. 12 ed. São Paulo: Perspectiva, 2013, p.158.

¹³ KUHN, Thomaz S. **A estrutura das revoluções científicas**. tradução Beatriz Viana Boeira e Nelson Boeira. 12 ed. São Paulo: Perspectiva, 2013, p.115.

da comunidade, revelados nos seus manuais. Conferências e exercícios de laboratórios. Ao estudá-los e utilizá-los na prática, os membros da comunidade considerada aprendem seu ofício”.¹⁴

Assim, pode-se perceber que a crise da pós-modernidade é fator que leva a abandonar os velhos paradigmas de Estado-Nação e a eleição de novos paradigmas baseados nesses novos valores. Em decorrência disso, serão necessários novos fundamentos, novos pontos, pilares de sustentação para criação de uma teoria que venha atender a essas necessidades, ou seja, uma superação do atual paradigma para essa nova forma apresentada.

A transformação do Estado e a superação da Soberania à Supranacionalidade, são paradigmas dessa mudança que Gonçalves e Stelzer assim analisaram: “A integração dos países, além de ser um fenômeno econômico é também jurídico e comporta vários assuntos afins. O papel do Direito na teoria da Integração Econômica está inserido na regulação dos fatores de produção, dos quais se lança mão para análises de cada um dos processos.”¹⁵

Para compreender esse fenômeno procura-se mudar o ponto de observação e olhar o problema sobre um novo ponto de vista, ou seja, uma nova forma de enfrentar o problema, a “partir da noção de paralaxe¹⁶ - um efeito de aparente deslocamento do objeto observado devido à modificação na posição do observador”.¹⁷

Paulo Marcio Cruz e Zenildo Bodnar ressaltam a dificuldade de conjugar as categorias Justiça e Globalização, e que é necessário demonstrar a “possibilidade da Justiça Transnacional na globalização Democrática”¹⁸ com uma visão da globalização da justiça em seus sentidos mais abrangentes.

Para tanto, os autores sustentam a necessidade desse novo paradigma, apontando a partir de agora, manifesta-se um novo modelo político-jurídico o qual deve diferenciar, “o ser humano, inteligente, criativo, dos demais seres vivos, tornando-o o grande promotor da preservação da

¹⁴ KUHN, Thomaz S. **A estrutura das revoluções científicas**. tradução Beatriz Viana Boeira e Nelson Boeira. 12 ed. São Paulo: Perspectiva, 2013, p.115.

¹⁵ GONÇALVES, Everton das Neves e STELZER, Joana. **Direito Internacional sob novos paradigmas**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009, p.19.

¹⁶ A **paralaxe** consiste em um aparente **deslocamento de um objeto observado**, que é causado por uma **mudança no posicionamento do observador**. Disponível em: <<http://www.significados.com.br/paralaxe/>>. Acesso em 02 dez. 2014.

¹⁷ Disponível em: <http://boitempoeditorial.com.br/livro_completo.php?isbn=978-85-7559-124-6>. Acesso em 02 dez. 2014.

¹⁸ CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. **A possibilidade da justiça transnacional na globalização democrática**. Disponível em: <<http://siaiweb06.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/2767/1857>>. Acesso em 28 set. 2014.

natureza, ao contrário do que acontece atualmente.”¹⁹

Assim, em vista de se estabelecer quais são esses novos paradigmas, é imperioso afirmar que:

Definitivamente, falta um novo paradigma para o direito e para a justiça que vá mais além do paradigma liberal, capaz de abordar o tema da governança transnacional a partir de uma concepção da democracia não circunscrita às fronteiras estatais. E, por outro lado, que ajude a repensar e viver a democracia a partir da diversidade cultural, assumindo sem medo um pluralismo que também é ecológico e cultural, além de ideológico.²⁰

Veja que, como visto, no atual cenário apresentado, fomentado pela globalização e o conseqüente fenecimento dos limites geográficos estatais, as formas como se conceituava importantes categorias como crime, sustentabilidade, governabilidade e governança merecem ser compreendidos sob a ótica atual transnacional.

2. APORTE CONCEITUAL: CRIME, SUSTENTABILIDADE TRANSNACIONALIDADE, GOVERNABILIDADE, GOVERNANÇA

Dentro das técnicas de indução, necessário se faz fincar alguns aportes conceituais teóricos para que se possa demonstrar o entendimento ora pretendido. Giza-se que os citados conceitos longe de serem exaustivos sobre o tema, buscam nortear a discussão ora proposta.

Transpassando sobre as teorias de modelo de estrutura de poder, Teubner apresenta uma visão de grande valia sobre o pluralismo jurídico e suas conseqüências à democracia, sustentando que:

Assim como a Pax Americana, a Pax Bukowina é a visão de uma ordem fundada na paz mundial e de um ordenamento jurídico mundial. Mas Clinton e Ehrlich discordam quanto ao caminho em direção ao novo direito mundial. Na nova ordem mundial de Bill Clinton, o novo direito comum para o mundo deverá vir no bojo da política internacional. O ordenamento jurídico mundial do ex-presidente dos EUA deverá assentar na gestão política de um sistema de blocos regionais. Em contrapartida, na “Bukowina global”, de Eugen Ehrlich, justamente não é a política, mas a própria sociedade civil que cria para si mesma o seu direito vivo – a uma distância relativa, e mesmo em oposição à política. Embora Ehrlich tenha errado no seu prognóstico para o direito nacional austríaco, essa conjetura provará, na minha opinião, ser correta para o ordenamento jurídico mundial em via de formação, dos pontos de vista tanto descritivo quanto normativo.

¹⁹ CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. **A possibilidade da justiça transnacional na globalização democrática**. Disponível em: <<http://siaiweb06.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/2767/1857>>. Acesso em 28 set. 2014.

²⁰ CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. **A possibilidade da justiça transnacional na globalização democrática**. Disponível em: <<http://siaiweb06.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/2767/1857>>. Acesso em 28 set. 2014.

Descritivamente, Ehrlich tem razão, pois o complexo industrial-militar – como já se pode prever hoje em dia – não estará em condições de dominar as múltiplas forças centrífugas de uma sociedade civil mundial. Sob o aspecto normativo ele também tem razão, pois a democracia terá, de qualquer forma, maiores chances de consenso, se a política for definida, na medida do possível, no plano local.²¹

A globalização, apesar da contribuição e dos aspectos positivos trazidos a sociedade, trouxe também a equalização dos aspectos negativos gerados pelo capitalismo, tendo efeito colateral “[...] a globalização altamente seletiva do comércio e do capital, da vigilância e da informação, da coerção e das armas do crime e do terrorismo, todos os quais agora desdenham a soberania nacional e desrespeitam quaisquer fronteiras entre Estados”.²²

Tem-se por globalização “[...] o contexto geral dos dias de hoje em que as relações jurídicas se formam independentemente de território ou de soberania, com uma pluralidade de atores e de questões que, por vezes, passam a ser tuteladas pelo direito”.²³

Ainda, no mesmo sentido, destacam-se as lições de Lima que, complementando o conceito sustenta que o “Direito e relações internacionais são campos que interagem, principalmente considerando os efeitos da globalização no direito, entre eles, os efeitos de pluralidade de atores na formação e na aplicação de normas jurídicas.”²⁴

Desta forma, no cenário de globalização, tem-se que o pluralismo jurídico, diferente do direito instituído pelas normas jurídicas do Estado, é uma forma de direito paralelo, onde a sociedade assume o papel de criar seus próprios mecanismos de defesa estejam esses mecanismos tutelados ou não pelo Direito, pois deve-se entender “o pluralismo jurídico como a teoria que sustenta a coexistência de vários sistemas jurídicos no seio da mesma sociedade.”²⁵

²¹ TEUBNER, Gunther. A Bukowina Global sobre a Emergência de um Pluralismo Jurídico Transnacional. *Impulso*, Piracicaba, 14(33): 9-31, 2003.

²² BAUMAN, Zygmunt. *Medo líquido*. Rio de Janeiro: Zahar, 2008, p. 126.

²³ LIMA, Gabriela Garcia Batista. Conceitos de relações internacionais e teoria do direito diante dos efeitos pluralistas da globalização: governança global, regimes jurídicos, direito reflexivo, pluralismo jurídico, correção e autorregulação. *Revista de Direito Internacional*, p. 217.

²⁴ LIMA, Gabriela Garcia Batista. Conceitos de relações internacionais e teoria do direito diante dos efeitos pluralistas da globalização: governança global, regimes jurídicos, direito reflexivo, pluralismo jurídico, correção e autorregulação. *Revista de Direito Internacional*, p. 217.

²⁵ SABADELL, Ana Lucia. **Manual de Sociologia Jurídica**: Introdução a uma leitura externa do Direito. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p.62.

3. CARACTERIZAÇÃO CONCEITUAL DE CRIME NO CONTEXTO TRANSNACIONAL

Conforme os ensinamentos de Frederico Marques. “A vida em sociedade, que é inclinação natural do homem, exige um complexo de normas disciplinadoras que estabeleçam regras indispensáveis ao convívio dos indivíduos”²⁶.

Bem definido por Zygmunt Bauman, “A justiça, essa condição preliminar de paz duradoura, também não pode ser obtida assim, muito menos assegurada”, vez que, “A perversa “abertura” das sociedades impostas pela globalização negativa é por si só a causa principal da injustiça e, desse modo, indiretamente do conflito e da violência”.²⁷

É nesse contexto que se mostra necessário compreender o atual conceito de crime e sua formal manifestação.

3.1 Conceito tradicional de Direito Penal

Para o conceito tradicional de crime deve-se considerar que “O Direito Penal apresenta-se como um conjunto de normas jurídicas que tem por objeto a determinação de infrações de natureza penal e suas sanções correspondentes – penas e medidas de segurança”.²⁸

Farta são as definições de Direito Penal, mas em essência esses conceitos derivam do pensamento de Franz Von Liszt, que sintetiza como sendo “o conjunto das prescrições emanadas do Estado que ligam o crime com o fato, a pena como consequência.”²⁹

Desta forma, resulta como a finalidade do Direito Penal “tornar possível a convivência humana, ganhando aplicação prática nos casos ocorrentes, observando rigorosos princípios de justiça”.³⁰

Regras Sociais, são aquelas que uma sociedade elabora para fazer imperar o direito e impor a seus membros a noção do justo e do injusto que nela predomina³¹

²⁶ MARQUES, José Frederico. “Tratado de direito Penal”. Campinas, Bookseller, 1997, p.19.

²⁷ BAUMAN, Zygmunt. **Medo líquido**. Rio de Janeiro: Zahar, 2008, p. 14.

²⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. volume 1. 9. ed. São Paulo: Saraiva, p. 2.

²⁹ LISZT, Franz Von. **Tratado de Direito Penal Alemão**. Tradução de José Higinio Duarte Pereira. Campinas: Russel Editores, 2003, p. 70.

³⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. volume 1. 9. ed. São Paulo: Saraiva, p. 2.

³¹ MARQUES, José Frederico. “**Tratado de direito Penal**”. Campinas, Bookseller, 1997, p.19.

Esse conceito tradicional de crime aparentemente se mostrou suficiente para os modelos de Estados baseados na denominada estrutura soberana Estado-Nação, mas, seria ele suficiente para o enfrentamento dos crimes transnacionais? Em uma análise puramente empírica já constatamos que não. Em exemplo: Um produto produzido em um determinado Estado que venha a causar mortes ou lesões em pessoas em outros países, dificilmente serão atingidos ou alcançados pela persecução criminal dentro de um modelo de Direito Penal Tradicional.

3.2. Conceito de Direito Penal Econômico

Das diversas especialidade do Direito Penal, elegemos o Direito Penal Econômico como exemplo, para demonstrar a ineficácia dos conceitos formais de Direito Penal na era da Transnacionalidade. Novamente nos socorremos do método empírico: Um determinado Estado mantém sua produção baseada na exploração da mão de obra e da prática “mascarada” de incentivo fiscal e introduz no mercado mundial seus produtos. As consequências que geram essa forma de produção na Governança e Governabilidade de um Estado são imediatas, e, mesmo que para baixar os preços de venda o Estado se valha de uma prática “aparentemente” criminoso, o Direito Penal Tradicional não alcança essas condutas para poder assim penalizá-las.

Definir Direito Penal Econômico, é uma árdua tarefa, uma vez que os doutrinadores que estudam esse tema não chegam ao um consenso conceitual por se tratar de um ramo do direito de extrema complexidade conceitual.

Nesse sentido, frente a essa imprecisão, o que se busca é conceituá-lo a partir do bem jurídico que se quer tutelar e seus efeitos dentro da atividade econômica que se vai abordar.

Direito Penal Econômico tem por escopo tutelar à proteção da atividade emoldurada e desenvolvida na economia de livre mercado. Partindo do entendimento que Direito Penal Econômico não possui autonomia própria, ele para a integral o Direito Penal como um todo, mas para fins apenas metodológica ou didático-pedagógica, destacamos como referente para que possamos compreender o tema desenvolvido.

Elegemos o conceito de Direito Penal Econômico assim definido como:

O Direito Penal Econômico pode ser conceituado como a disciplina que tipifica condutas lesivas ou potencialmente lesivas a uma determinada ordem econômica, cujo objetivo principal é resguardar as relações no comércio, protegendo o desenvolvimento da sociedade. É preciso, contudo, atentar para

a necessidade de coerência por parte do legislador quando tipifica determinados comportamentos, lembrando que somente as atitudes mais nocivas à sociedade merecem a tutela pelo Direito Penal.³²

Podemos destacar também que numa visão pragmática, nasceram outras teorias do Direito relacionando Direito e Economia, entre elas, destacamos o movimento Law and Economics, que no Brasil recebeu a denominação Análise Econômica do Direito (AED). Mereceu destaque esse tema, em razão do pensamento externado por Richard A. Posner. Onde encontramos os conceitos da ciência econômica para definir o sistema da common law norte-americana. Em sua teoria, Posner propõe como teoria geral, uma análise econômica do direito. Na obra A Economia da Justiça se descortina a ideia de pensar a justiça com uma perspectiva “econômica e de maximização da riqueza”³³

Conforme se perceberá, os conceitos tradicionais de Direito e em especial de Direito Penal como protetor de direitos econômicos, não farão frente ao cenário mundial da transnacionalidade e dos crimes transnacionais que se desvelaram a nossa frente.

3.3. Aporte conceitual de crime transnacional

O conceito básico de crime transnacional refere-se à prática de um crime executado por uma pessoa ou um grupo em um determinado local ou país, cujos efeitos irão se expandir além das fronteiras daquele local ou país. Com esse simples fundamento, as finalidades gerais do Direito Penal até atenderiam suas finalidades, qual seja, tornar possível a convivência humana, porém o Direito Penal, em sua concepção embrionária, por não passar de versar sobre uma conduta humana reprovável eleita pela sociedade e transcrita em uma Lei, que tem por resultado a aplicação de uma pena ou medida de segurança, não mais encontra consonância no contexto transnacional.

Atualmente, vivencia-se novas concepções, dentre elas destaca-se a “sociedade de risco”, assim, a construção e orientação do ordenamento jurídico e a estrutura do Poder Judiciário dos países diferem em formas conceituais e organizacionais. Desta forma, a conduta que é tida como reprovável por uma sociedade e por isso tipificada como crime é insignificante na categoria de

³² VECCHIETTI, Gustavo Nascimento Fiuza. "Ultima ratio" do Direito Penal. Comportamento frente aos crimes contra a ordem tributária e previdenciária. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 15, n. 2717, 9 dez. 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/18001>>. Acesso em: 10 dez. 2015.

³³ POSNER, Richard A. **A economia da justiça**. Tradução Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 63.

crimes de outros Estados e, conseqüentemente tal fato desagua, invariavelmente, em um desarranjo legal.

O modelo de soberania dos Estado-Nação e suas regras de proteção nacional, impedem muitas vezes que os efeitos da norma penal estrangeira sejam sentidos por um nacional, dentro dos limites geográficos até então conhecidos.

Medeiros, ao debruçar-se sobre o direito penal na sociedade de risco, alerta para “Uma aproximação da crise da ciência penal frente às exigências do contemporâneo” o que vem somente a confirmar o entendimento da “implicação dos “riscos” no Direito Penal da sociedade contemporânea”.³⁴

Num entendimento em paralaxe, já referido, é preciso visualizar outras faces desse problema, pois no conhecido acidente ambiental ocorrido no Japão, o vazamento da usina nuclear de Fukushima, trouxe reflexos de contaminação por radiação em grande parte da Ásia, Oceania, chegando até a Europa. As queimadas nas florestas tropicais vêm causando o aumento da poluição ambiental e problemas ao clima do mundo inteiro. Um crime praticado contra o sistema financeiro de um país, leva a queda da bolsa de valores e a flutuação do valor monetário da moeda daquele Estado e por conseqüência acaba abalando todo o sistema financeiro global.

Disso decorre o primeiro questionamento levantado no presente estudo: Se o Direito Penal tradicional tem por finalidade tornar possível a convivência humana, como poderá atingir e responsabilizar aquelas pessoas que praticam esses possíveis crimes num âmbito transnacional?

E nesta esteira, desperta maior atenção a temática da sustentabilidade e os reflexos decorrentes de tal panorama.

³⁴ “No início dos anos 80, depois de estudar os fenômenos emanados da sociedade moderna ao longo de seus processos de desenvolvimento, o sociólogo alemão Ulrich Beck concebe, por assim dizer, uma nova configuração para a sociedade contemporânea. Beck denomina sua concepção de “sociedade mundial do risco”. Nesta concepção, o complexo estágio de desenvolvimento da sociedade contemporânea possui como marca a incessante manifestação de conflitos institucionais; oriundos do momento em que a sociedade moderna toma conhecimento de que a ocorrência interligada de seus processos de desenvolvimento, como a globalização, a individualização, a revolução de gênero, o desemprego e, principalmente, o desenvolvimento tecnológico, traz consigo “riscos” iminentes de surgimento de efeitos colaterais de amplitudes globais, capazes, inclusive, de colocar em xeque a existência da vida humana no planeta. O sociólogo evidencia a ocorrência de incidentes como a degradação da camada de ozônio, o efeito estufa, a contaminação das águas e do ar por agentes químicos, o desmatamento desenfreado das florestas, a acumulação de lixo tóxico, incidentes nucleares como o de Chernobyl e do Bhopal, quedas de aeronaves e constantes ameaças de armas químicas e biológicas, entre outros.” MEDEIROS, Carlos Henrique Pereira de. **Direito Penal na sociedade mundial de riscos**. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6170>. Acesso em: 02 out. 2014.

4. SUSTENTABILIDADE

Conforme Kamilla Pavan e Liton Lanes Pilau Sobrinho, “O tema da sustentabilidade vem expressa, tanto no contexto social, quanto no contexto jurídico, de forma avultante, fato este, reflexo do crescimento social, econômico, que, na maioria dos fatos sociais, interligam-se a questões de natureza ambiental”.³⁵

É matéria praticamente pacífica que as atividades humanas, inexoravelmente, causam alterações, sejam estas diretas ou indiretas à natureza como um todo e, tais alterações, na maioria das vezes, materializam-se como prejudiciais ao meio ambiente.³⁶

Para compreensão do tema, imperioso se faz a compreensão do que se entende por Sustentabilidade para, adiante, conjuga-lo com os demais conceitos colacionados.

Segundo Fernando Almeida, “A noção de sustentabilidade pode ser melhor entendida quando atribuímos um sentido ampla à palavra “sobrevivência”. O desafio da sobrevivência – luta pela vida – sempre dominou o ser humano”.³⁷

Como trabalhar na dimensão da sustentabilidade num mundo tão desigual? Como podemos pensar em sustentabilidade em sociedades plurais e complexas interagindo entre si?

Para Jutta Gutberlet, “Desigualdades internacionais geralmente são estruturais e determinadas basicamente pela dimensão econômica. O sistema global influencia o nível de exploração dos recursos naturais, o nível de desenvolvimento econômico dos países emergentes e as prioridades/escolhas das políticas nacionais.”³⁸

Completando esse entendimento, pode se inferir que a nova população globalizada por força do capitalismo, mas regrada por essa necessidade de sustentabilidade, acaba por indicar a necessidade de mudança em todas as dimensões do direito, inclusive no Direito Penal com a inclusão de novas categorias como os crimes a distância e transnacionais. Um crime ambiental ocorrido em uma determinada região pode trazer resultados ou consequências em outros locais muito distantes. O desmatamento da floresta amazônica, por exemplo, vem sendo indicado como

³⁵ PAVAN, Kamilla; PILAU SOBRINHO, Liton Lanes. **O princípio do não retrocesso ambiental e o paradoxo da sustentabilidade**. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=084a8a9aa8cced91>>. Acesso em: 02 out. 2014.

³⁶ PAVAN, Kamilla; PILAU SOBRINHO, Liton Lanes. **O princípio do não retrocesso ambiental e o paradoxo da sustentabilidade**. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=084a8a9aa8cced91>>. Acesso em: 02 out. 2014.

³⁷ ALMEIDA, Fernando. **O bom negocio da sustentabilidade**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2012, p. 64.

³⁸ GUTBERTEL, Jutta. **Desenvolvimento desigual**: Impasses para a sustentabilidade. Fortaleza: Fundação Konrad Adenauer, 1998, p. 20.

um dos principais fatores do aquecimento Global.

A preocupação ambiental tornou-se assim globalizada, esse e inúmeros problemas vem sendo discutido buscando uma solução para esses problemas, o desenvolvimento sustentável deixa de ser irrelevante e ganha status de destaque nos debates mundiais.

Por fim a Justiça e a Sustentabilidade precisam caminhar juntas nessa construção dos novos paradigmas pois:

[...] é importante advertir que há uma degradação inominável dos tecidos socioecológicos da humanidade, com milhões de pessoas sofrendo na miséria e na pobreza, o que também gera intensa degradação ambiental, ao lado de uma acumulação e má distribuição de riqueza e de meios de bem-estar como nunca observados. O tema da justiça social, da justiça ecológica de preservação, da democratização do acesso aos bens e da inclusão na mesma família humana será o mais desafiador. E ainda existe a crescente degradação dos ecossistemas da terra cujos níveis já atingidos podem ameaçar a própria vida no planeta.³⁹

O mundo precisa de alimentos, o resultado dessa necessidade já é sentido com “Os impactos ambientais causados pelos sistemas produtivos e pelas ações do homem se agravam com a evolução tecnológica, científica e econômica da humanidade, que da economia agrária, de escassa circulação monetária”⁴⁰, disso decorre que se “chegou ao comercial exagerado, pautado num modelo de desenvolvimento que preza pelo grande aumento da produção e do consumo e como consequência, dos recursos naturais”.⁴¹

Se vivemos em sociedades complexas e globalizadas, necessitamos de sistemas de proteção, percebesse na atualidade que o Direito Penal, conforme já restou definido, criado como ferramenta de proteção, diante a esse novo paradigma, se mostra insuficiente, pois ainda está fundamentado a conceitos velhos e superados.

5. TRANSNACIONALIDADE

Como categoria a ser utilizada para o presente estudo, dentre as mais várias definições de Transnacionalidade, selecionou-se aquele apresentado por Joana Stelzer que assim conceitua:

³⁹ CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. **A possibilidade da justiça transnacional na globalização democrática**. Disponível em: <<http://siaiweb06.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/2767/1857>>. Acesso em 28 set. 2014.

⁴⁰ CASSOLI, Marcela Maria Marques. **A sustentabilidade como equilíbrio entre o desenvolvimento e a preservação ambiental**. Disponível em: <<http://revistas.unibh.br/index.php/dcjpg/article/view/1235/690>>. Acesso em 15 abril 2015.

⁴¹ CASSOLI, Marcela Maria Marques. **A sustentabilidade como equilíbrio entre o desenvolvimento e a preservação ambiental**. Disponível em: <<http://revistas.unibh.br/index.php/dcjpg/article/view/1235/690>>. Acesso em 15 abril 2015.

A transnacionalização pode ser compreendida como um fenômeno reflexivo da globalização, que se evidencia pela desterritorialização dos relacionamentos político-sociais, fomentado por sistema econômico capitalista ultravalorizado, que articula ordenamento jurídico mundial à margem da soberania dos Estados. A transnacionalidade insere-se no contexto da globalização e liga-se fortemente com a concepção do transpasse estatal. Enquanto a globalização remete à ideia de conjunto, de globo, enfim, o mundo sintetizado como único; transnacionalização está atada à referência de Estado permeável, mas tem na figura estatal a referência do ente em declínio.⁴²

A Transnacionalidade é aquilo que vem além do nacional, que supera fronteiras, que alarga o entendimento e os limites do alcance das relações, suplantando até os conceitos tradicionais de Soberania.

Neste contexto, Cruz chega a afirmar que “[...] os estados nacionais passam a relacionar-se, no âmbito externo, a partir de pressupostos de solidariedade, com a preservação da capacidade de decisão interna, superando o sentido conflitivo e de disputa dos termos “internacional” e “supranacional”.⁴³

Assim, é imperioso concordar com as palavras de Adriana Spengler que vem anunciar a necessidade de solução e preocupação dos problemas em escala global, superando os limites territoriais de soberania.

O fenômeno da sociedade pós-moderna que vem relativizando, como visto anteriormente a ideia de soberania, não passa despercebido quando se tem em mente a proteção penal dos riscos, isso porque há a necessidade de se resolver problemas de ordem global, que dizem respeito a várias nações, como os referentes aos direitos difusos das pessoas, relativamente aos danos causados ao meio ambiente, prática nucleares, manipulações genéticas, dentre outros riscos na seara econômica.⁴⁴

Portanto, só tendo a concepção clara da sociedade contemporânea, compreendendo está como uma manifestação organizada sem limites geográficos, caracterizada “pela desterritorialização dos relacionamentos político-sociais”⁴⁵ é que se pode buscar proteção penal adequada a todos, no entanto os fundamentos tradicionais clássicos fundantes do Direito Penal se descortinam obsoletos.

⁴² STELZER, Joana. **O fenômeno da transnacionalização da dimensão jurídica**. In Direito e Transnacionalidade. CRUZ, Paulo Márcio; STELZER, Joana (Orgs). 1 ed., 2 reimp. Curitiba: Juruá, 2011, p. 21.

⁴³ CRUZ, Paulo Márcio. **Da soberania à transnacionalidade**: democracia, direito e estado no século XXI. Itajaí: Univali Editora, 2011, p. 105.

⁴⁴ MONTES, Mário Ferreira. **Direitos humanos e sua efetivação na era da transnacionalidade**; debate luso-brasileiro/Paulo de Tarso Brandão. Curitiba: Juruá, 2012, p. 109.

⁴⁵ STELZER, Joana. **O fenômeno da transnacionalização da dimensão jurídica**. In Direito e Transnacionalidade. CRUZ, Paulo Márcio; STELZER, Joana (Orgs). 1 ed., 2 reimp. Curitiba: Juruá, 2011, p. 21.

6. GOVERNABILIDADE

Dentro de uma simples definição, entende-se que a categoria governabilidade não passa da habilidade de governar, conforme define Emerson Santiago.⁴⁶

Em uma concepção clássica de Estado-Nação essa definição bastaria para sua compreensão, no entanto, conforme foi discorrido esse modelo está superado e o novo paradigma da Transnacionalidade terá que criar um novo conceito e conseqüentemente novos paradigmas de governabilidade.

A relação entre Estados-Nação era simples e facilmente compreensível, mas essa relação na transnacionalidade é complexa e apresenta diversos pontos de observação - “paralaxe”.

É temerário acreditar simplesmente que “A autonomia da vontade”, princípio fundamental na realização dos contratos internacionais, permite às partes a escolha da lei para reger a obrigação. A *lex mercatoria*, entendida como um novo direito surgido da comunidade de comerciantes pode ser chamada, segundo alguns doutrinadores, à regular o contrato⁴⁷ para que seja suficiente para resolver esses conflitos.

Acredita-se assim que como a *lex mercatoria* prioriza a autonomia da vontade das partes envolvidas, seria esta então (um)a maneira eficaz para regularizar as negociações pois, “Regras específicas para cada situação vivida no comércio internacional, criadas pela própria comunidade de comerciantes, seriam a resposta adequada para os novos desafios do mundo globalizado.”⁴⁸

Paradigmas novos, velhos direitos. Acreditar que a *lex mercatória* seja suficiente para auto regular o mercado e assim proteger a sociedade é de uma ingenuidade sem tamanho. Hoje vivemos recorrentes crises econômicas, parte delas decorrentes de crimes contra o sistema financeiro ou da corrupção. Ocorre que seus efeitos não se limitam as fronteiras de seus Estados e são espargidos em todo o sistema financeiro mundial. Disso decorre que os limites fronteiriços, a

⁴⁶ “Trata-se de um conjunto de expertises na busca do social, financeira, política e permite ao poder executivo exercitar suas funções, governando de maneira estável. Tal situação se traduz na legitimidade do estado e do seu governo frente à sociedade civil, que permite àquele empreender transformações necessárias. Os governos sempre enfrentaram dilemas para atingir a condição de governabilidade, sendo o principal a escolha entre o que o povo precisa e o que o povo deseja, sem com isso perder a aprovação popular” Podemos definir a palavra governar como a condição de poder ou autoridade para administrar ou dispor de algo ou alguma coisa. Já habilidade é a aptidão ou capacidade para algo. Assim, é seguro afirmar que governabilidade é a capacidade em se dispor de poder ou autoridade para administrar, algo não tão fácil de conquistar em meio à administração pública”. Disponível em: <<http://www.infoescola.com/politica/governabilidade/>>. Acesso em: 24 set. 2014.

⁴⁷ AMARAL, Ana Paula Martins. *Lex mercatoria e autonomia da vontade*. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 592, 20 fev. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/6262>>. Acesso em: 02 out. 2014.

⁴⁸ AMARAL, Ana Paula Martins. *Lex mercatoria e autonomia da vontade*. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 592, 20 fev. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/6262>>. Acesso em: 02 out. 2014.

tradicional soberania, se impõe como limite de aplicação de normas de direito penal nesses casos de crimes transnacionais.

7. GOVERNANÇA

A definição de um termo comum para governança passa por uma tortuosa e múltipla busca.

Para Mônica Schiavinato “O que parece ser comum a todos que utilizam esse termo é que governança tem a ver com formas de governar”⁴⁹, porém a referida autora ressalta que ainda hoje há muita confusão sobre estabelecer um conceito preciso sobre tema em face da recorrente confusão que se faz entre governabilidade e governança. “Assim, para analisar a relação entre abordagem territorial do desenvolvimento e governança é fundamental definir esse conceito e suas variáveis”.⁵⁰

Dentre os diversos conceitos, portanto, verifica-se que o termo *governance* surge a partir de reflexões conduzidas principalmente pelo Banco Mundial, visando aprimorar o conhecimento das condições necessárias para garantia de um Estado eficiente.⁵¹

Eli Diniz ainda afirma que “[...] tal preocupação deslocou o foco da atenção das implicações estritamente econômicas da ação estatal para uma visão mais abrangente, envolvendo as dimensões sociais e políticas da gestão pública”⁵², pois fica claro que “A capacidade governativa não seria avaliada apenas pelos resultados das políticas governamentais, e sim também pela forma pela qual o governo exerce o seu poder”.⁵³

Cada vez mais os Estados nacionais tornam-se parte de um sistema de poder de teor supranacional, tornando artificial a rígida contraposição de fatores externos-fatores internos. Eis

⁴⁹ SCHIAVINATO, Mônica. Governança **Territorial e Novos Processos de Desenvolvimento**: um Estudo de Caso do Território da Cidadania Vale do Jamari – Rondônia. Disponível em: <http://www.anppas.org.br/encontro6/anais/ARQUIVOS/GT2-1381-1178-20120629150505.pdf>. Acesso em 02 out. 2014.

⁵⁰ SCHIAVINATO, Mônica. Governança **Territorial e Novos Processos de Desenvolvimento**: um Estudo de Caso do Território da Cidadania Vale do Jamari – Rondônia. Disponível em: <http://www.anppas.org.br/encontro6/anais/ARQUIVOS/GT2-1381-1178-20120629150505.pdf>. Acesso em 02 out. 2014.

⁵¹ DINIZ, Eli. **Governabilidade, Democracia e Reforma do Estado**: Os Desafios da Construção de uma Nova Ordem no Brasil dos Anos 90. In: DADOS – Revista de Ciências Sociais. Rio de Janeiro, volume 38, nº 3, 1995.

⁵² DINIZ, Eli. **Governabilidade, Democracia e Reforma do Estado**: Os Desafios da Construção de uma Nova Ordem no Brasil dos Anos 90. In: DADOS – Revista de Ciências Sociais. Rio de Janeiro, volume 38, nº 3, 1995, p. 400.

⁵³ GONÇALVES, Alcindo. **O conceito de governança**. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/Anais/Alcindo%20Goncalves.pdf>. Acesso em 02 out. 2014.

porque administrar com maior ou menor autonomia a inserção do país no sistema internacional não requer apenas capacitação técnica de elites iluminadas, mas depende de opções políticas em prol da defesa da soberania e do fortalecimento do poder de negociação dos governos nacionais.⁵⁴

Governança não é um conceito que nasceu no mundo jurídico. Originário, inicialmente de documentos oficiais do Banco Mundial, essa nada mais é que uma expressão ligada mais à Ciência Política e às Relações Internacionais⁵⁵. “Direito, como ciência social aplicada, interessa compreender e verificar a aplicabilidade do conceito à sua teoria e prática. Ora, os objetivos do Direito como ciência são de regular os conflitos. Sua ação e funcionamento desenvolvem-se dentro de um jogo de forças, sendo a norma um produto dessas disputas”⁵⁶.

Assim é preciso “apenas demonstrar a possibilidade de adaptação da categoria Justiça ao novo ambiente transnacional que se apresenta, possibilitado pela globalização. O propósito é o de se estabelecer os liames de necessidade de conjugação teórica para as categorias justiça transnacional e globalização democrática”⁵⁷, vez que, só assim agindo é que se pode, ao menos tentar, encontrar as respostas para os problemas atuais de ordem Transnacional.

Diante aos conceitos apresentados, consolidamos o entendimento que os crimes transnacionais acabam por atingir a governança internacional trazendo abalo nas relações, prejuízos coletivos e individuais e instabilidades generalizadas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O que vem após a modernidade é um conceito ainda em construção, alguns até arriscam chamar de pós-modernidade, diante a essa indefinição, fixamos no entendimento da percepção de mudança exteriorizada por Zigmunt Bauman e sua obra *Modernidade Líquida*⁵⁸, que prefere nos

⁵⁴ DINIZ, Eli. **Governabilidade, Democracia e Reforma do Estado**: Os Desafios da Construção de uma Nova Ordem no Brasil dos Anos 90. In: DADOS – Revista de Ciências Sociais. Rio de Janeiro, volume 38, nº 3, 1995, p. 415.

⁵⁵ CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. **A possibilidade da justiça transnacional na globalização democrática**. Disponível em: <<http://siaiweb06.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/2767/1857>>. Acesso em 28 set. 2014.

⁵⁶ CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. **A possibilidade da justiça transnacional na globalização democrática**. Disponível em: <<http://siaiweb06.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/2767/1857>>. Acesso em 28 set. 2014.

⁵⁷ CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. **A possibilidade da justiça transnacional na globalização democrática**. Disponível em: <<http://siaiweb06.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/2767/1857>>. Acesso em 28 set. 2014.

⁵⁸ “Pelo menos na parte “desenvolvida” do planeta, têm acontecido, ou pelo menos estão ocorrendo atualmente, algumas mudanças de curso seminais e intimamente interconectadas, as quais criam um ambiente novo e de fato sem precedentes para as atividades da vida individual, levantando uma série de desafios inéditos. Em primeiro lugar, a passagem da fase “sólida” da modernidade para a “líquida” – ou seja, para uma condição em que as organizações sociais (estruturas que limitam as escolhas individuais, instituições que asseguram a repetição de rotinas, padrões de comportamento aceitável) não podem mais manter

levar a crer que a mudança representa a passagem da fase “solida” da modernidade para a “liquida”.

Os efeitos das mudanças mais perceptíveis, são nas concepções conceituais de Estado e transferência do poder. Essa mudança de paradigma resultou em crises, que trouxeram reflexos no panorama global, carecendo assim de novas definições, conceitos e eleição de novos paradigmas para esse enfrentamento. A Transnacionalidade, superando o modelo de Estado-Nação e suas conseqüências lógicas é uma dessas mudanças.

É inegável que a Globalização e a Transnacionalidade vêm trazendo seus benefícios, mas, também, é inegável os problemas trazidos, e, neste espaço, importa destacar a chamada “nova criminalidade”⁵⁹, responsável por causar desordem estrutural que atinge as diferentes esferas ou dimensões, em especial, governo, governança, governabilidade e sustentabilidade.

Cerqueira aponta que essa nova criminalidade apresenta três principais características que diferem-na da criminalidade tradicional e, nesta esteira, merece um tratamento totalmente diverso do até então experimentado pela legislação penal e processual vigente. São elas: “[...] a “vitimização” difusa, que lhe é imprescindível, a “vitimização” transnacional e, por último, o emprego da corrupção”.⁶⁰

O controle social exercido pelo Direito Penal no denominado Estado-Nação tido como individual e soberano se mostra insuficiente para a nova demanda global, pluralista e complexa, a falta de regulação e regulamentação das novas formas sociais de interação trazidas pela Transnacionalidade acabam por destruir ou tornar obsoleto os conceitos tradicionais desse ramo do Direito.

Um crime ocorrido em um determinado Estado-Nação acaba por trazer reflexos em

sua forma por muito tempo (nem se espera que o façam), pois se decompõem e se dissolvem mais rápido que o tempo que leva para moldá-las e, uma vez reorganizadas, para que se estabeleçam. É pouco provável que essas formas, quer já presentes ou apenas vislumbradas, tenham tempo suficiente para se estabelecer, e elas não podem servir como arcabouços de referência para as ações humanas, assim como para as estratégias existenciais a longo prazo, em razão de sua expectativa de vida curta: com efeito, uma expectativa mais curta que o tempo que leva para desenvolver uma estratégia coesa e consistente, e ainda mais curta que o necessário para a realização de um “projeto de vida” individual. BAUMAN, Zygmunt. **Tempos Líquidos**. Tradução Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2007, p. 7.

⁵⁹ Essa *nova criminalidade* é, portanto, fruto do brutal avanço tecnológico e da transformação socioeconômica (revolução informática e globalização da econômica) que produziram, indubitavelmente, evoluções comerciais que destacaram novos caminhos e novos instrumentos de comércio transnacional e, desta forma, deram margem para sua utilização indevida. Assim, essa *nova criminalidade* pode ser taxada como sendo uma espécie de subproduto gerado pela sociedade de massa e pelos avanços tecnológicos. Conceito operacional extraído de: CERQUEIRA, Átilo Antônio. **Direito penal garantista & nova criminalidade**. 1ª ed. 4ª tir. Curitiba: Juruá, 2006, p. 53.

⁶⁰ CERQUEIRA, Átilo Antônio. **Direito penal garantista & nova criminalidade**. 1ª ed. 4ª tir. Curitiba: Juruá, 2006, p. 59.

diversos outros Estados que, por vezes, não possuem instrumentos ou ferramentas para exigir que seus autores sejam responsabilizados por essa prática tida como *desviante*.

Diante de tal cenário, portanto, com o descontrole causado pela ação criminosa, muitas vezes tem levado a necessidade de tomada de decisões complexas no contexto da governança e da governabilidade, principalmente pela necessidade de se estabelecer novos paradigmas, apresentar novas soluções para esse novo tempo transnacional.

Percebe-se que o Direito Penal tradicional foi idealizado numa época *intramuros* de um modelo de Estado voltado para soberania e controle social, mas, com os novos desafios, paradigmas do Estado transnacional conforme restou definido, não encontra um aporte teórico de sustentação.

Analisando os paradigmas conceituados, pode-se constatar pontualmente que: i. No caso da Sustentabilidade, o Direito Penal tradicional não apresenta uma base dogmática sólida para validar seus atos e fazer frente aos crimes ambientais transnacionais e, conseqüentemente impor uma sanção a uma pessoa jurídica; ii. No que diz respeito à governabilidade, a tradição dogmática penal não tem aporte teórico mínimo para validar as ações de combate ao terrorismo e os crimes transnacionais; iii. E por último, no item governança, o Direito Penal sequer reconhece esse tema como um bem jurídico a ser tutelado.

Assim, com essa análise sintética, buscou demonstrar que a incapacidade do Direito Penal tradicional frente aos novos paradigmas oriundos da transnacionalidade alertando para os riscos desse descontrole que, inexoravelmente, poderá levar ao “caos”⁶¹ e deste decorrerem conseqüências imensuráveis e até desconhecidas para a continuidade do planeta e de toda a raça humana.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ALMEIDA, Fernando. **O bom negócio da sustentabilidade** – Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2012.

⁶¹ A teoria do caos estabelece que uma pequena mudança ocorrida no início de um evento qualquer pode ter conseqüências desconhecidas no futuro. O estudo da desordem organizada (teoria do caos) foi proposto pelo meteorologista Edward Lorenz. Ele desenvolveu um modelo que simulava no computador a evolução das condições climáticas. Indicando os valores iniciais de ventos e temperaturas, o computador se encarregava de fazer uma simulação da previsão do tempo. Em suas simulações, Lorenz imaginava que pequenas modificações nas condições iniciais acarretariam alterações também pequenas na evolução do quadro como um todo. Mas o que ele obteve de resultado foi o contrário, as pequenas modificações nas condições iniciais provocaram efeitos desproporcionais. Conceito operacional extraído de: MARQUES, Domiciano. **Teoria do caos**. Disponível em: <<http://www.brasilecola.com/fisica/teoria-caos.htm>>. Acesso em 02 out. 2014.

BAUMAN, Zygmunt. **Medo líquido**. Tradução Carlos Alberto Medeiros, Rio de Janeiro, Zahar. 2008.

BAUMAN, Zigmunt. **Tempos líquidos**. Tradução Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2007.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**, volume 1,9.ed, São Paulo , Saraiva.

CADEMARTORI, Sergio. **Estado de direito e legitimidade**: uma abordagem garantista. Campinas: Editora Millennium, 2007.

CASSOLI, Marcela Maria Marques. **A sustentabilidade como equilíbrio entre o desenvolvimento e a preservação ambiental**. Disponível em: <<http://revistas.unibh.br/index.php/dcjpg/article/view/1235/690>>. Acesso em 15 abril 2015.

CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. **A possibilidade da justiça transnacional na globalização democrática**. Disponível em: <<http://siaiweb06.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/2767/1857>>. Acesso em 28 set. 2014.

CRUZ, Paulo Márcio. **Da soberania à transnacionalidade: democracia, direito e estado no século XXI**. Itajaí: Univali Editora, 2011.

GONÇALVES, Alcindo. **O conceito de governança**. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/Anais/Alcindo%20Goncalves.pdf>>. Acesso em 02 out. 21014.

GONÇALVES, Everton das Neves e STELZER, Joana. **Direito Internacional sob novos paradigmas**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009.

GUTBERTEL, Jutta. **Desenvolvimento desigual**: Impasses para a sustentabilidade. Fundação Konrad Adenauer, Fortaleza, 1998

KUHN, Thomaz S. **A estrutura das revoluções científicas**. tradução Beatriz Viana Boeira e Nelson Boeira. 12 ed. São Paulo: Perspectiva, 2013.

LISZT, Franz Von. **Tratado de Direito Penal Alemão**. Tradução de José Higino Duarte Pereira, Campinas, Russel Editores, 2003.

MARQUES, Domiciano. **Teoria do caos**. Disponível em:

<<http://www.brasilecola.com/fisica/teoria-caos.htm>>. Acesso em 02 out. 2014.

MARQUES, José Frederico. **“Tratado de direito Penal”**. Campinas, Bookseller, 1997.

MEDEIROS, Carlos Henrique Pereira de. **Direito Penal na sociedade mundial de riscos**. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6170>. Acesso em: 02 out. 2014.

MONTES, Mário Ferreira. **Direitos humanos e sua efetivação na era da transnacionalidade; debate luso-brasileiro**/Paulo de Tarso Brandão/Curitiba: Juruá, 2012.

PAVAN, Kamilla; PILAU SOBRINHO, Liton Lanes. **O princípio do não retrocesso ambiental e o paradoxo da sustentabilidade**. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=084a8a9aa8cced91>>. Acesso em: 02 out. 2014.

POSNER, Richard A. **A economia da justiça**. Tradução Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

STELZER, Joana; Cruz, Paulo Marcio *et al.* **O fenômeno da transnacionalização da dimensão jurídica**. Direito e Transnacionalidade. 1ed., 2009, 2 reimp., Curitiba: Juruá, 2011.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Introdução ao pensamento jurídico crítico**. São Paulo: Editora Saraiva, 2006.

VEDOVATO, Luís Renato; BARSALINI, Glauco *et al.* **Sociologia Geral do Direito**. São Pulo: Alínea, 2004. Cap. 8 O Pluralismo Jurídico. P. 157 – 164

VECCHIETTI, Gustavo Nascimento Fiuza. "Ultima ratio" do Direito Penal. Comportamento frente aos crimes contra a ordem tributária e previdenciária. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 15, n. 2717, 9 dez. 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/18001>>. Acesso em: 10 dez. 2015.

OS CONTRATOS E AS RELAÇÕES DE CONSUMO TRANSNACIONAIS SOB A ÓTICA DO DIREITO COMO SISTEMA AUTOPOIETICO

Patrícia Elias Vieira¹

INTRODUÇÃO

O objeto² da pesquisa é a investigação dos Contratos e as Relações de Consumo Transnacionais sob a ótica do Direito como Autopoiese dos Sistemas.

Justifica-se a reflexão posto que os interesses que se regulamentam nos Contratos sob a ótica jurídica recebem interferência dos sistemas sociais que embora sejam autopoieticos em si mesmos recebem informações e interferências dos outros sistemas sociais, tais como o sistema econômico e o sistema político. E, as relações sociais na atualidade se direcionam além do âmbito nacional e internacional, se caracterizam também no espectro transnacional.

O Contrato é instituto jurídico que recebeu novo *designer*, nova estrutura e nova releitura a partir do final do século XX. Longe de afirmar que o instituto irá desaparecer, visto que se adapta ao meio envolvente como um camaleão que se ajusta ao meio ambiente com novo colorido para evitar seus predadores.

Esta nova forma de pensar o Contrato no contexto atual caracterizado pela globalização, internacionalização e complexidade das relações jurídicas que nutrem o caminhar da humanidade pelo monopólio capitalista sob os passos do consumismo remete a reflexão das Relações de Consumo no olhar da teoria do Direito como Sistema Autopoietico.

O objetivo geral da pesquisa é investigar os Contratos e as Relações de Consumo Transnacionais sob a ótica do Direito como Autopoiese dos Sistemas; identificando-se o meio envolvente ao subsistema social “Direito” na esfera transnacional.

¹ Doutoranda do Curso de Doutorado em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí (Brasil) em co-tutela (dupla titulação) com a Universidade do Minho (UMINHO). Doutorado Sanduíche na Universidade do Minho (Portugal). Possui mestrado em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí (2004). É professora titular da Universidade do Vale do Itajaí. Advogada. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Teoria do Direito, atuando principalmente nos seguintes temas: obrigações, responsabilidade civil, contratos e direito processual civil.

² “OBJETO: motivo temático ou causa cognitiva que determina a realização da Pesquisa Científica.” Conforme PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica: Teoria e Prática**. 12 ed. rev. São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p. 206.

Alerta-se o leitor que as categorias operacionais ou termos estratégicos utilizados e seus conceitos operacionais serão esboçados no desenvolvimento da pesquisa.

A investigação, o tratamento de dados e o relato da pesquisa segue o método indutivo³ acionado com auxílio das técnicas do referente⁴, da categoria⁵, do conceito operacional⁶ e da pesquisa bibliográfica⁷.

1. OS CONTRATOS E AS RELAÇÕES DE CONSUMO

A concepção moderna ou tradicional dos Contratos que identificava o instituto até o início do século XX vê a relação jurídica formalizada entre os contratantes como harmonização ou acordo de vontades para regulamentação de interesses comuns. Nesta racionalização o Estado pode intervir apenas para fazer cumprir a vontade manifestada no Contrato.

A cultura social identificava o Consumo como derivado de relações pessoais diretas de compra e venda de produtos ou prestação de serviços desenvolvidos onde os produtos eram duráveis e as relações eram sólidas e estáveis.

Expõe Paulo Lôbo⁸ que: a noção de contrato, como expressão da liberdade contratual ou da autonomia privada, foi desenvolvida no contexto histórico preciso do Estado moderno, mais precisamente na fase do Estado liberal. Seu ápice coincide com o predomínio do capitalismo industrial da segunda metade do século XIX e da primeira metade do século XX, quando se elabora a teoria do negócio jurídico e se consagra a ideia de autonomia privada. O contrato se formaliza pela oferta e aceitação, pela livre manifestação de vontades e pela igualdade formal das partes.

A visão clássica do contrato reporta-o a um exclusivo relacionamento entre as partes

³ **“MÉTODO INDUTIVO:** base lógica da dinâmica da Pesquisa Científica que consiste em pesquisar e identificar as partes de um fenômeno e coleciona-las de modo a ter uma percepção ou conclusão geral.” Conforme PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica:** Teoria e Prática. 12 ed. rev. São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p. 205.

⁴ **“REFERENTE:** explicitação prévia do motivo, objetivo e produto desejado, delimitando o alcance temático e de abordagem para uma atividade intelectual, especialmente para uma pesquisa. (...)” Conforme PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica:** Teoria e Prática. 12 ed. rev. São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p. 209.

⁵ **“CATEGORIA:** palavra ou expressão estratégica à elaboração e/ou à expressão de uma idéia(sic).” Conforme PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica:** Teoria e Prática. 12 ed. rev. São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p. 197.

⁶ **“CONCEITO OPERACIONAL [COP]:** definição estabelecida ou proposta para uma palavra ou expressão, com o propósito de que tal definição seja aceita para os efeitos das idéias (sic) expostas.” Conforme PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica:** Teoria e Prática. 12 ed. rev. São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p. 198.

⁷ **“PESQUISA BIBLIOGRÁFICA:** Técnica de investigação em livros, repertórios jurisprudenciais e coletâneas legais.” Conforme PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica:** Teoria e Prática. 12 ed. rev. São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p. 207.

⁸ LÔBO, Paulo. **Direito Civil:** contratos. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 19-20.

envolvidas, não cuidando de apurar, regular ou sistematizar as eventuais consequências que do mesmo podem resultar ao agregado social. Expõe António Raposo Subril⁹.

Já a partir do final do século XX o surgimento de novas relações jurídicas, inclusive por meio eletrônico, exigem uma nova forma de pensar o Contrato. Esta concepção é identificada como Pós-Moderna ou contemporânea e pensa o contrato como um instrumento que materializa a regulamentação dos interesses particulares em consonância com o interesse social. Nesta forma de pensar o Estado intervém para equilibrar a relação jurídica entre as partes contratantes que decorrem na maioria das vezes de um contrato de adesão.

No curso atual do tempo a cultura social é complexa e as relações pessoais são indiretas quanto ao fornecimento de produtos ou serviços onde os produtos são voláteis e as relações jurídicas são instantâneas, instáveis, como se fossem líquidas; e voltadas ao consumismo.

Para Zigmunt Baumann¹⁰ o consumismo associa a felicidade a satisfação de necessidades resultantes da tendência do consumo instantâneo necessário a um ambiente inóspito ao planejamento, investimento e armazenamento de longo prazo.

O Contrato na visão Pós-moderna ou Contemporânea traz a função social¹¹ como princípio¹² para tornar equivalente a relação jurídica contratual que anteriormente dependia exclusivamente da autonomia de vontades. E, ao lado da função social também a solidariedade, se legitima como paradigma contemporâneo do contrato¹³. Estas modificações se justificam porque

⁹ SUBRIL, António Raposo. **O Contrato e a Intervenção do Juiz**: estudo temático, jurisprudência relevante. Porto: Vida Económica Editorial SA. 2012, p.21.

¹⁰ BAUMANN, Zigmunt. **Vida para Consumo**: a transformação das pessoas em mercadorias. Tradução: Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar editor. 2008, p. 44-45. Título original: *Consuming Life*.

¹¹ A função social do contrato hoje deixou de ser a liberdade do indivíduo para ser a liberdade da coletividade, que é requisito para exercer qualquer direito, inclusive o direito contratual. O sistema jurídico para não se tornar imóvel ante as mudanças sociais deixa de ser um sistema fechado para ser um sistema aberto e pela função social dos contratos pauta-se nos princípios fundamentais e no bem comum. Neste sentido SANTOS, Eduardo Sens do. **A Função Social do Contrato**. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2004, p. 153-162.

¹² Princípio é: “[...] a emanção do espírito do ordenamento jurídico, ou conceitos superiores que se extraem de um conjunto de normas. Nesta medida, tais princípios dirigem a atividade integrativa que é desenvolvida pelo intérprete, fornecendo-lhe limites e critérios para que chegue à vontade da lei.” Expõe BIERWAGEN, Mônica Yoshizato. **Princípios e Regras de Interpretação dos Contratos no novo Código Civil**. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 12. Para a presente pesquisa entende-se que paradigmas são os modelos e os princípios serão adotados como expressões sinônimas.

¹³ Carlos de Cores no prefácio da obra de Juan J. Benítez Caorsi explica que: “[...] *La doctrina solidaria se erige em principio fundamental del derecho de los contratos. Cooperación leal y honesta de las partes em vista de la realización de los beneficios recíprocos acordados por el contrato, [...] Estrictamente del contratante se exige que se conduzca em base a uma actitud de cooperación com la contraparte sin frustrar la confianza legitima generada y salvaguardando el interés ajeno cuando sea posible. Para ello, se revaloriza a la persona, tutelándose las expectativas de justicia del contenido contractual y armonía entre los derechos y obligaciones de los contratantes. [...] uma visão del contrato sobre um perfil de utilidade social, de principio extraña a la noción tradicional de operación económica.[...] Em definitiva, el vínculo negocial que une al acreedor y deudor determina que no ocupen más posiciones antagónicas, sino que pasan a ser colaboradores. [...]*” CORES, Carlos de. Prefácio. In: CAORSI, Juan J.

as partes não estão mais em igualdade de condições conforme Juan J. Benítez Caorsi¹⁴.

A par da função social dos contratos surge a boa-fé objetiva¹⁵. Laerte Marrone de Castro Sampaio¹⁶ expõe que: o equilíbrio contratual limita a autonomia de vontades decorrente da intervenção do Estado através de normas jurídicas obrigatórias e através da edição de um novo paradigma, a boa-fé.

As Relações de Consumo se materializam por Contratos que regulam interesses instantâneos e instáveis perante contratantes que não estão em condições de igualdade quanto ao conhecimento técnico, econômico e jurídico. E, portanto, devem estar estas relações contratuais pautadas na função social, solidariedade contratual e boa-fé.

A análise das Relações de Consumo parte do raciocínio de identificar os seus elementos. Os elementos objetivos são o produto ou serviço e, os elementos subjetivos ou pessoais identificam a figura do fornecedor e consumidor.

No Brasil, produto¹⁷ é bem móvel ou imóvel, material ou imaterial que pode ser adquirido pelo consumidor, enquanto serviço¹⁸ é a atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.

Enquanto fornecedor¹⁹ é a pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, os entes despersonalizados que desenvolvem produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

Benítez. **Solidaridad Contractual**: noción posmoderna del contrato. Madrid: Editorial Reus, 2013, p. 21.

¹⁴ CAORSI, Juan J. Benítez. **Solidaridad Contractual**: noción posmoderna del contrato. Madrid: Editorial Reus, 2013, p. 25-26.

¹⁵ “O termo *boa fé* tem dois significados distintos: a boa fé em sentido subjectivo[sic] designa um *facto*; a boa fé em sentido objetivo designa uma *norma*. O *facto da boa fé em sentido subjectivo* relaciona-se com o *conhecimento* ou com o *desconhecimento* de uma circunstância de facto ou de direito [...]; a *norma da boa fé em sentido objetivo* relaciona-se com uma de duas coisas: ou com a *conduta dos contraentes* ou com o *conteúdo do contrato*. O *princípio da boa fé* designa sempre e só a boa fé como *norma – a boa fé em sentido objetivo*.” Conforme OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto. **Princípios de Direito dos Contratos**. 1ª edição. Coimbra: Coimbra. 2011, p. 161-194.

¹⁶ SAMPAIO, Laerte Marrone de Castro. **A Boa-fé Objetiva na Relação Contratual**. Barueri: Manole, 2004, p. 23.

¹⁷ Conforme o artigo 3º, parágrafo 1º da Lei n. 8078 de 11 de setembro de 1990. Disponível em: Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm. Acesso em: 18 mar 2015.

¹⁸ Conforme o artigo 3º, parágrafo 2º da Lei n. 8078 de 11 de setembro de 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm. Acesso em: 18 mar 2015.

¹⁹ Conforme o artigo 3º, *caput*, da Lei n. 8078 de 11 de setembro de 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm. Acesso em: 18 mar 2015.

E, consumidor²⁰ é a pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final²¹ fático e econômico do produto ou serviço que está adquirindo o produto ou serviço, identificando-se como o contratante vulnerável ou hipossuficiente da relação jurídica contratual.

A identificação de produto, serviço e fornecedor não gera discussão entre os estudiosos das Relações de Consumo, entretanto, para identificar consumidor são desenvolvidas três teorias: a teoria finalista²², a teoria maximalista e a teoria finalista aprofundada²³. Para esta pesquisa aplica-se o entendimento formalizado pela teoria finalista aprofundada.

Identificados os elementos objetivos e subjetivos que caracterizam a Relação de Consumo e compõe o objeto e os sujeitos do Contrato de Consumo, entende-se que Relação de Consumo, parafraseando Cláudio Bonatto e Paulo Valério Dal Pai Moraes²⁴, é a relação jurídica que vincula consumidor e fornecedor de produto ou serviço decorrente de um ato de consumo ou reflexo de um acidente de consumo a qual sofre a incidência da norma jurídica específica com o propósito de harmonizar as interações desiguais.

A Relação de Consumo gera efeitos em diferentes subsistemas sociais além do Direito, especialmente gera interferência na Economia e na Política determinando o rumo dos investimentos públicos e privados, por exemplo. Entretanto, estes subsistemas sociais são autopoieticos conforme abordar-se-á a seguir.

2. O DIREITO COMO SISTEMA AUTOPOIÉTICO E A GLOBALIZAÇÃO

Na atualidade o ser humano sobrevive à crise caracterizada pela instabilidade e incerteza. Predicados que colocam em dúvida o rumo que vem seguindo a Política nacional e internacional, a

²⁰ Conforme artigo 2º caput da Lei n. 8078 de 11 de setembro de 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm. Acesso em: 18 mar 2015.

²¹ O destinatário final deverá ser fático e econômico conforme TARTUCE, Flávio. A Teoria Geral dos Contratos de Adesão no Código Civil. Visão a partir da Teoria do Diálogo das Fontes. In: MARQUES, Cláudia Lima (coord.) **Diálogo das Fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro**. 1ª edição. 2ª tiragem. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2012, p. 216.

²² A teoria finalista ou minimalista estabelece que consumidor é a pessoa física e, excepcionalmente a pessoa jurídica vulnerada que de fato e sob o ponto de vista econômico retira do mercado de consumo o bem ou serviço. Enquanto para a teoria maximalista basta a simples destinação final fática para identificar o consumidor. Conforme MORAES, Paulo Valério Dal Pai. **Macrorrelação Ambiental de Consumo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2013, p. 92.

²³ A teoria finalista aprofundada também é identificada como teoria finalista mitigada.

²⁴ BONATTO, Cláudio; MORAES, Paulo Valério Dal Pai. **Questões Controvertidas no Código de Defesa do Consumidor: principiologia, conceitos, contratos atuais**. 5ª edição revista, atualizada e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2009, p. 63.

Economia e especialmente o Direito.

O consumo tem estado no núcleo do furacão pelos excessos de crédito para consumo e pela brusca redução do consumo; afirma Carlos Ferreira de Almeida²⁵.

É tempo de repensar o Direito sob pena deste subsistema social se tornar estranho a Sociedade.

A mudança de paradigma da teoria dos sistemas abertos para a dos sistemas autopoieticos²⁶ traz consigo uma transferência da ênfase dos aspectos de modelação e controle para os de autonomia e sensibilidade ao meio envolvente. A relação entre abertura ao meio envolvente e clausura sistêmica do Direito permite a regulamentação social através de informação e mecanismos de interferência sistêmica. Explica Gunther Teubner²⁷.

Portanto, o Direito é um sistema autopoietico que para regular o sistema social deve estar aberto à recepção das informações e interferências do meio para poder regulá-lo adequadamente. Sendo sistema autopoietico o Direito não interfere nos outros subsistemas tais como Economia e Política, nem os outros subsistemas sociais interferem no Direito.

Para Humberto Maturana e Francisco Varela²⁸ um sistema é autônomo se é capaz de especificar sua própria legalidade, aquilo que lhe é próprio. O modo, o mecanismo que faz dos seres vivos sistemas autônomos é a autopoiese, que os caracteriza como tal.

Acrescenta Gunter Teubner²⁹ que a base reprodutiva dos subsistemas sociais é o sentido. Os seus elementos constitutivos não são os seres humanos individuais, mas as comunicações. O sistema social é um sistema autopoietico de comunicação, ou seja, um sistema caracterizado por

²⁵ALMEIDA, Carlos Ferreira de. A Crise do Direito do Consumo. In: GOUVEIA, Jorge Bacelar; PIÇARRA, Nuno. (coord.) **A Crise e o Direito**. Coimbra: Almedina, 2013, p. 216.

²⁶ Explica TEUBNER, Gunther. **O Direito como Sistema Autopoietico**. Tradução: José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 1989, p. 129, 139. Título original: *Recht als autopoietisches system*; que: "A sociedade é um sistema autopoietico de comunicação." [...] Um sistema composto por atos de comunicação que geram novos atos de comunicação, a partir do circuito de comunicação geral desenvolvem-se e diferenciam-se circuitos comunicativos específicos, atingindo alguns deles um tão elevado grau de autonomia a ponto de os transformar em sistemas autopoieticos de segundo grau. São unidades de comunicação autorreprodutivas gerando os seus próprios elementos, estruturas, processos e fronteiras, construindo o seu próprio meio envolvente e definindo a sua própria identidade. Estes componentes sistêmicos autorreproduzidos são hipercíclicamente constituídos e se encontram articulados entre si no seio de um hiperciclo.

²⁷ TEUBNER, Gunther. **O Direito como Sistema Autopoietico**. Tradução: José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 1989, p. 128-130. Título original: *Recht als autopoietisches system*.

²⁸ MATURANA, Humberto; VARELA, Francisco. **A árvore do conhecimento: as bases biológicas da compreensão humana**. Tradução Humberto Mariotti e Lia Diskin. São Paulo: Palas Athena, 2001, p. 55-59.

²⁹ TEUBNER, Gunther. **O Direito como Sistema Autopoietico**. Tradução: José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 1989, p. XII. Título original: *Recht als autopoietisches system*.

um perpétuo movimento autorreprodutivo e circular de atos de comunicação que geram novos atos de comunicação.

Leonel Severo Rocha³⁰ ao refletir sobre sentido e autopoiese em Humberto Maturana, Niklas Luhmann e Gunther Teubner afirma que o último “[...] tem apontado para a importância de reflexão autopoietica na globalização.

Boaventura Souza Santos³¹ entende que a Globalização é um fenômeno complexo que atravessa as mais diversas áreas da vida social, em processos altamente contraditórios e desiguais distribuídos no interior do sistema mundial, considerando-se a globalização hegemônica. Acrescenta Boaventura Souza Santos³² que é o conjunto de relações sociais que se traduzem na intensificação das interações transnacionais, sejam elas práticas interestaduais, práticas capitalistas globais ou práticas sociais e culturas transnacionais.

A Globalização trouxe novos hábitos a população e portanto novas problemáticas ao Direito, independente do território nacional em que estejam situadas, ou seja, as pessoas continuam a ser identificadas pela sua nacionalidade, mas passaram a ter também o qualitativo de serem “cidadãs do mundo” e a se relacionar pelo meio virtual.

Paulo Márcio Cruz e Zenildo Bodnar³³ entendem que um mundo globalizado pressupõe novas relações de interdependência, novas necessidades, problemas e desafios. Pressupõe ainda novas ferramentas capazes de fazer frente aos seus atuais desafios. Esse novo projeto de civilização provavelmente passará pela reabilitação do político, do jurídico, do social e do cultural contra a hegemonia da razão econômica.

E, conforme Afonso Fleury e Maria Tereza Lema Fleury³⁴ esclarecem a “Globalização é um processo em função do qual as interconexões e interdependências nas várias áreas da atividade humana vão gradativamente aumentando.”

³⁰ ROCHA, Leonel Severo. Autopoiese e teoria do direito. In: SCHWARTZ, Germano. **Juridicização das Esferas Sociais e Fragmentação do Direito na Sociedade Contemporânea**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 20.

³¹ SANTOS, Boaventura de Sousa. Os Processos de Globalização. In: SANTOS, Boaventura de Souza (org.) **A Globalização e as Ciências Sociais**. 2ª ed. São Paulo: Cortez, 2002, p. 11-12.

³² SANTOS, Boaventura de Sousa. Os Processos de Globalização. In: SANTOS, Boaventura de Souza (org.) **A Globalização e as Ciências Sociais**. 2ª ed. São Paulo: Cortez, 2002, p. 85.

³³ CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. **A transnacionalidade e a emergência do Estado e do Direito Transnacionais**. In: CRUZ, Paulo Márcio; STELZER, Joana (org.). **Direito e Transnacionalidade**. Curitiba: Juruá, 2009, 2ª reimpressão em 2011, P 70.

³⁴ FLEURY, Afonso; FLEURY, Maria Tereza Leme. **Multinacionais brasileiras: competências para a internacionalização**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2012, p. 25-26.

Estas interconexões fluem e se aprofundam de tal modo que formam novas necessidades e relações jurídicas próprias, de modo a formar novos sistemas, novos contextos e não “novos” direitos.

Leonel Severo Rocha³⁵ afirma: [...]O Direito é fragmentado em um pluralismo em que o Estado é apenas mais uma de suas organizações,[...]”. Conforme Lucas Borges de Carvalho³⁶ ao tratar do Pluralismo Jurídico existem várias ordens jurídicas regulamentando as práticas sociais. O Direito não se resume ao estatal, envolve um direito vivo, social.”

Mas, este pluralismo exige o conhecimento local e total. Boaventura Souza Santos³⁷ ao tratar de conhecimento científico afirma que o paradigma emergente do conhecimento é total, mas, sendo total é também local. É autoconhecimento. E, não temos como aplicá-lo posto ser um momento de transição.

Esta transição exige a construção ou reconstrução de fundamentos ao Direito para evitar o estranhamento deste que é um subsistema autopoietico ao sistema social de informação autopoietico.

3. OS CONTRATOS TRANSNACIONAIS DE CONSUMO E A AUTOPOIESE DO DIREITO

Sistema, Sociedade, e subsistema, Direito são dinâmicos e não estáticos. E, a informação e interferência do meio exige do Direito a denominada reflexividade³⁸.

E a análise do Direito no contexto histórico social atual, bem como a avaliação e seleção normativa demonstram que os Contratos, especialmente os que tratam das relações de consumo, não se qualificam em nacionais e internacionais. Muitos Contratos são transnacionais.

O Contrato usa a interferência sistêmica não para motivar a receptividade no meio envolvente jurídico, mas para evitar a motivação. Estabelece, o Contrato, a interferência entre

³⁵ ROCHA, Leonel Severo. Autopoiese e teoria do direito. In: SCHWARTZ, Germano. **Juridicização das Esferas Sociais e Fragmentação do Direito na Sociedade Contemporânea**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2012, p. 20.

³⁶ CARVALHO, Lucas Borges de. Caminhos (e descaminhos) do Pluralismo Jurídico no Brasil. In: WOLKMER, Antonio Carlos; VERAS NETO, Francisco Q.; LIXA, Ivone M. (org.) **Pluralismo Jurídico: os novos caminhos da contemporaneidade**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 16.

³⁷ SANTOS, Boaventura de Souza. **Um Discurso sobre as Ciências**. 7ª edição. Porto: Edições Afrontamento. 1995, p. 36-58.

³⁸ Reflexividade no direito significa a análise empírica da posição histórica atual do direito no contexto social e a avaliação e seleção normativa. Conforme TEUBNER, Gunther. **O Direito como Sistema Autopoietico**. Tradução: José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 1989, p. 138.

Direito e Economia; explica Gunther Teubner³⁹.

A Globalização consiste no marco da nova realidade mundial, conforme Paulo Márcio Cruz⁴⁰. E, uma das esferas que identificam a realidade complexa e policontextual influenciada pela Globalização é o subsistema econômico.

O fenômeno da Globalização quando se espalha pela Economia se identifica como Globalização econômica. Esta se caracteriza pelos traços do domínio do sistema financeiro, investimentos globais, processos de produção flexíveis e multilocais, baixos custos de transporte, revolução de informação e comunicação, desregulamentação econômica nacional e preeminente de agências financeiras multilaterais e preeminência dos três capitalismos transnacionais: americano, japonês e europeu. Esclarece Boaventura Sousa Santos⁴¹.

Estes elementos e estruturas que identificam a Globalização econômica influenciam diretamente na viabilidade e execução das Relações de Consumo que não encontram mais barreira na distância ou no crédito necessário a execução da compra. Estas Relações de Consumo são contratadas na esfera transnacional.

O termo Transnacional consiste no “espaço intermediário entre o nacional e o local”. E no “possível futuro Direito Transnacional”, expõe Paulo Márcio Cruz⁴².

Neste espaço intermediário que no contexto dos Contratos, situa-se entre o nacional e o internacional estão os Contratos Transnacionais de Consumo. São as Relações de Consumo materializadas por meio virtual que vinculam, por exemplo, uma pessoa física brasileira que adquire produto vendido por pessoa jurídica italiana.

E, se diferenciam em razão do(s) sistema(s) jurídico regulatório. Carla Noura Teixeira⁴³ expõe que: “[...]cada Estado politicamente organizado possui seu próprio ordenamento jurídico, inexistente [...] uma ordem jurídica supranacional que se sobreponha à ordem legal e institucional de cada nação.” Os Contratos nacionais são regidos pelo sistema nacional.

³⁹ TEUBNER, Gunther. **O Direito como Sistema Autopoietico**. Tradução: José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 1989, p. 181. Título original: *Recht als autopoietisches system*.

⁴⁰ CRUZ, Paulo Márcio. **Da Soberania à Transnacionalidade**: democracia, direito e estado no século XXI. Itajaí: Universidade do Vale do Itajaí. 2011, p. 147.

⁴¹ TEUBNER, Gunther. **O Direito como Sistema Autopoietico**. Tradução: José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 1989, p. 29. Título original: *Recht als autopoietisches system*.

⁴² CRUZ, Paulo Márcio. **Da Soberania à Transnacionalidade**: democracia, direito e estado no século XXI. Itajaí: Universidade do Vale do Itajaí. 2011, p. 148

⁴³ TEIXEIRA, Carla Noura. **Direito Internacional**: público, privado e dos direitos humanos. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 250.

Por via de consequência, se mais de um ordenamento jurídico de Estado puder ser aplicado ao contrato conforme Antônio Márcio da Cunha Guimarães⁴⁴, Irineu Strenger⁴⁵ e Jairo Silva Melo⁴⁶ não se poderá identificar o Contrato como Contrato Internacional. Ressalta-se que este entendimento não é pacífico na bibliografia pesquisada, mas é o adotado para fins deste trabalho.

Os Contratos desenvolvidos entre empresas de âmbito internacional são regulamentados pela *lex mercatória*. A *lex mercatoria* propicia que as empresas de âmbito internacional se guiem por suas próprias regras, o que não é objeto da pesquisa.

Mas, se o Contrato de Consumo não é objeto do Direito Internacional Privado, ante as inovações decorrentes da Globalização, como a a facilitação do acesso a internet, os Contratos Transnacionais de Consumo “devem ser” objeto do “Direito Transnacional”.

A sociedade é compreendida como o sistema social geral e os indivíduos figuram apenas como meio ou entorno para o sistema. Os indivíduos interagem na sociedade; conforme Dalmir Lopes Júnior⁴⁷. Acrescenta Dalmir Lopes Júnior que: “O contrato não é então um simples acoplamento entre o direito e a economia, mas um ato complexo de congruência de sistemas comunicativos, [...]”⁴⁸.

Niklas Luhmann⁴⁹ acrescenta que a teoria dos sistemas não se ocupa simplesmente com objetos especiais, isto é, sistemas, em contraste com quaisquer outros objetos. Ela ocupa-se com o mundo, visto com o auxílio de uma diferença específica, ou seja, aquela entre sistema e ambiente. Ela abrange, portanto, tudo o que existe, mas somente com a condição de que seja indicado, a cada vez, se se trata de sistema ou de ambiente.

Liton Lanes Pilau Sobrinho⁵⁰ afirma que diferenciar sistema e entorno é estratégia essencial

⁴⁴ GUIMARÃES, Antônio Márcio da Cunha. **Contratos Internacionais de Seguro**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 65.

⁴⁵ STRENGER, Irineu. **Contratos Internacionais de Comércio**. 4ª ed. São Paulo: LTr Editora. 2003, p.34-35.

⁴⁶ MELO, Jairo Silva. **Contratos Internacionais e Cláusulas hardship**. São Paulo: Aduaneiras, 1999, p. 43-45.

⁴⁷ LOPES JÚNIOR, Dalmir. O Contrato como Intertextualidade: o papel do direito privado em face da policontextualidade. In: SCHWARTZ, Germano. (org.). **Juridicização das Esferas Sociais e fragmentação do Direito na Sociedade Contemporâneas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 153.

⁴⁸ LOPES JÚNIOR, Dalmir. O Contrato como Intertextualidade: o papel do direito privado em face da policontextualidade. In: SCHWARTZ, Germano. (org.). **Juridicização das Esferas Sociais e fragmentação do Direito na Sociedade Contemporâneas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 157.

⁴⁹ LUHMANN, Niklas. Novos desenvolvimentos na teoria dos sistemas. In: NEVES, Clarissa Eckert Baeta; SAMIOS, Eva Machado Barbosa (Org.). **Niklas Luhmann: A nova teoria dos sistemas**. Porto Alegre: Editora da Universidade/Goethe-Institut, 1997. p. 50.

⁵⁰ PILAU SOBRINHO. Liton Lanes. **Comunicação e Direito à Saúde**. 2008 , p. 37. Tese de Doutorado apresentada no Programa de Pós-Graduação em Direito, na área de Ciências Jurídicas da Universidade do Vale do Rio dos Sinos em São Leopoldo/RS. Disponível em: <http://biblioteca.asav.org.br/vinculos/tede/comunicacao%20e%20direito.pdf>. Acesso em: 15 fev. 2015.

para a compreensão da formação dos sistemas sociais, pois é por esta bifurcação que é estabelecido o que pertence ao sistema e o que pertence ao entorno. O sistema é constituído das comunicações. E, tudo que não é comunicação pertence ao entorno.

Os Contratos Transnacionais de Consumo são instrumentos que através da interferência entre o subsistema do Direito e da Economia possibilitam a sua intercomunicação indireta. Mas, a “comunicação” decorrente do modo de viver na atualidade reflete na necessidade de estruturar o instituto em comento sob o olhar Transnacional, e não internacional.

Esclarece Gunther Teubner⁵¹ que o pluralismo é uma concepção de diferentes espaços jurídicos sobrepostos que se interpenetram e misturam na nossa consciência e ação no trajeto existencial e vida cotidiana. Vivemos num tempo de legalidade porosa ou porosidade jurídica de uma rede múltipla de ordens jurídicas que nos condenam a constantes transições e passagens. A nossa vida jurídica é constituída pela interseção de diferentes ordens jurídicas, ou seja, a interlegalidade. A interlegalidade reflete um espaço altamente dinâmico pois os diferentes espaços jurídicos são não-sincrônicos, resultando de mistura desigual e instável de códigos jurídicos.

Gunther Teubner⁵² reconhece a autonomia dos setores jurídicos especializados, exceto quando estiver em jogo a ordem pública, ou seja, cada setor jurídico desenvolverá as suas estruturas doutrinárias próprias de acordo com as exigências do setor social respectivo, mas em todos os casos onde se coloquem problemas daquela natureza deverá respeitar os princípios fundamentais e as políticas dos restantes setores jurídicos, internalizando-os como se se tratasse de restrições à sua doutrina autônoma.

Assim, o Contrato Transnacional de Consumo é instituto que deve ser reconhecido pelo subsistema social do Direito.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A análise do Direito como subsistema social autopoietico parte do pressuposto de que o Direito é um todo holístico organizado autorreferencial de interação entre os seus elementos

⁵¹ TEUBNER, Gunther. **O Direito como Sistema Autopoietico**. Tradução: José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 1989, p. 216-217. Título original: *Recht als autopoietisches system*.

⁵² TEUBNER, Gunther. **O Direito como Sistema Autopoietico**. Tradução: José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 1989, p. 129. Título original: *Recht als autopoietisches system*.

constitutivos produzidos e reproduzidos pelo próprio sistema.

No Direito, assim como nos outros subsistemas sociais a exemplo da Economia e da Política o sentido é a base reprodutiva destes elementos. Os seres humanos que se identificam como sujeitos de Direito são o entorno, o meio e as comunicações são o instrumento de interferência entre tais subsistemas.

Pensar o Direito como sistema autopoietico significa dizer que as normas jurídicas não interferem na Economia, por exemplo. As interações destes subsistemas é que permitem as regulações criadas e retroalimentadas pelo próprio sistema. Portanto, Direito não regula Economia, assim como o custo não pode interferir na elaboração e aplicação das normas jurídicas.

As Relações de Consumo se qualificam no cotidiano através de Contratos que podem ser nacionais, mas também podem se estender para além das fronteiras de onde contrata o consumidor, por via eletrônica.

A complexidade e policontextualidade decorrentes da Globalização redesenharam o cotidiano e as necessidades das pessoas direcionadas ao consumismo eudemonista, ou seja, como busca da felicidade tão volátil e fugaz quanto à durabilidade dos produtos adquiridos.

Identificar estas Relações de Consumo como internacionais é equivocado; pois o Direito Internacional privado é flexível aos interesses dos contratantes, visto que até então os negócios internacionais privados eram desenvolvidos entre empresas e, não entre fornecedores e consumidores vulneráveis ou hipossuficientes.

Os Contratos que regulam as Relações de Consumo são de fácil e rápida formalização. Mas, o cumprimento do pacto nem sempre é o convencionado e esperado, especialmente pelo consumidor.

O Direito é um sistema autopoietico e como tal vislumbra a existência do pluralismo de espaços jurídicos e interlegalidade de ordens jurídicas que se aprofundaram no contexto da atual Globalização. Assim, deverão os Contratos que regulam as Relações de Consumo entre fornecedor e consumidor que negociarem sob jurisdições diferentes serem vistos como instrumentos transnacionais.

O Direito Transnacional é um espaço em formação diferente do nacional e do internacional. E, os Contratos Transnacionais de Consumo são o ruído, ou, interferência que exige a formação de

novas sinapses intelectivas doutrinárias para a tutela destas relações.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ALMEIDA, Carlos Ferreira de. A Crise do Direito do Consumo. *In*: GOUVEIA, Jorge Bacelar; PIÇARRA, Nuno. (coord.) **A Crise e o Direito**. Coimbra: Almedina, 2013.

BAUMANN, Zigmunt. **Vida para Consumo**: a transformação das pessoas em mercadorias. Tradução: Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar editor. 2008. Título original: *Consuming Life*.

BIERWAGEN, Mônica Yoshizato. **Princípios e Regras de Interpretação dos Contratos no novo Código Civil**. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2003.

BONATTO, Cláudio; MORAES, Paulo Valério Dal Pai. **Questões Controvertidas no Código de Defesa do Consumidor**: principiologia, conceitos, contratos atuais. 5ª edição revista, atualizada e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2009.

BRASIL. Lei n. 8078 de 11 de setembro de 1990. Disponível em: Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm. Acesso em: 18 mar 2015.

CAORSI, Juan J. Benítez. **Solidaridad Contractual**: noción posmoderna del contrato. Madrid: Editorial Reus, 2013.

CARVALHO, Lucas Borges de. Caminhos (e descaminhos) do Pluralismo Jurídico no Brasil. *In*: WOLKMER, Antonio Carlos; VERAS NETO, Francisco Q.; LIXA, Ivone M. (org.) **Pluralismo Jurídico**: os novos caminhos da contemporaneidade. São Paulo: Saraiva, 2010.

CORES, Carlos de. Prefácio. *In*: CAORSI, Juan J. Benítez. **Solidaridad Contractual**: noción posmoderna del contrato. Madrid: Editorial Reus, 2013.

CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. **A transnacionalidade e a emergência do Estado e do Direito Transnacionais**. *In*: CRUZ, Paulo Márcio; STELZER, Joana (org.). Direito e Transnacionalidade. Curitiba: Juruá, 2009, 2ª reimpressão em 2011.

CRUZ, Paulo Márcio. **Da Soberania à Transnacionalidade**: democracia, direito e estado no século XXI. Itajaí: Universidade do Vale do Itajaí. 2011.

FLEURY, Afonso; FLEURY, Maria Tereza Leme. **Multinacionais brasileiras**: competências para a

internacionalização. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2012.

GUIMARÃES, Antônio Márcio da Cunha. **Contratos Internacionais de Seguro**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: contratos**. São Paulo: Saraiva, 2011.

LOPES JÚNIOR, Dalmir. O Contrato como Intertextualidade: o papel do direito privado em face da plicontextualidade. *In*: SCHWARTZ, Germano. (org.). **Juridicização das Esferas Sociais e fragmentação do Direito na Sociedade Contemporâneas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

LUHMANN, Niklas. Novos desenvolvimentos na teoria dos sistemas. *In*: NEVES, Clarissa Eckert Baeta; SAMIOS, Eva Machado Barbosa (Org.). **Niklas Luhmann: A nova teoria dos sistemas**. Porto Alegre: Editora da Universidade/Goethe-Institut, 1997.

MATURANA, Humberto; VARELA, Francisco. **A árvore do conhecimento: as bases biológicas da compreensão humana**. Tradução Humberto Mariotti e Lia Diskin. São Paulo: Palas Athena, 2001.

MELO, Jairo Silva. **Contratos Internacionais e Cláusulas hardship**. São Paulo: Aduaneiras, 1999.

MORAES, Paulo Valério Dal Pai. **Macrorrelação Ambiental de Consumo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2013..

OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto. **Princípios de Direito dos Contratos**. 1ª edição. Coimbra: Coimbra. 2011.

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica: Teoria e Prática**. 12 ed. rev. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

PILAU SOBRINHO. Liton Lanes. **Comunicação e Direito à Saúde**. 2008 , p. 37. Tese de Doutorado apresentada no Programa de Pós-Graduação em Direito, na área de Ciências Jurídicas da Universidade do Vale do Rio dos Sinos em São Leopoldo/RS. Disponível em: <http://biblioteca.asav.org.br/vinculos/tede/comunicacao%20e%20direito.pdf>. Acesso em: 15 fev. 2015.

ROCHA, Leonel Severo. Autopoiese e teoria do direito. *In*: SCHWARTZ, Germano. **Juridicização das Esferas Sociais e Fragmentação do Direito na Sociedade Contemporânea**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2012.

SAMPAIO, Laerte Marrone de Castro. **A Boa-fé Objetiva na Relação Contratual**. Barueri: Manole, 2004.

SANTOS, Eduardo Sens do. **A Função Social do Contrato**. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2004.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Os Processos de Globalização. *In*: SANTOS, Boaventura de Souza (org.) **A Globalização e as Ciências Sociais**. 2ª ed. São Paulo: Cortez, 2002.

SANTOS, Boaventura de Souza. **Um Discurso sobre as Ciências**. 7ª edição. Porto: Edições Afrontamento. 1995.

STRENGER, Irineu. **Contratos Internacionais de Comércio**. 4ª ed. São Paulo: LTr Editora. 2003.

SUBRIL, António Raposo. **O Contrato e a Intervenção do Juiz**: estudo temático, jurisprudência relevante. Porto: Vida Económica Editorial SA. 2012.

TARTUCE, Flávio. A Teoria Geral dos Contratos de Adesão no Código Civil. Visão a partir da Teoria do Diálogo das Fontes. *In*: MARQUES, Cláudia Lima (coord.) **Diálogo das Fontes**: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro. 1ª edição. 2ª tiragem. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2012.

TEIXEIRA, Carla Noura. **Direito Internacional**: público, privado e dos direitos humanos. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

TEUBNER, Gunther. **O Direito como Sistema Autopoiético**. Tradução: José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 1989. Título original: *Recht als autopoietisches system*.

O TESTAMENTO E A DESERDAÇÃO: DIFICULDADES DA PESSOA IDOSA DECLARAR E COMPROVAR CAUSAS DE DESERDAÇÃO

Celso Leal da Veiga Júnior¹

INTRODUÇÃO

Havendo um aumento da População Idosa no Brasil, maiores serão as responsabilidades da Sociedade, do Estado e da Família ao atendimento dos desafios decorrentes do Envelhecimento.

Admitindo-se que estamos em época da Longevidade, gerando consequências que afetarão o cotidiano das pessoas, com reflexos econômicos e sociais, o Direito nacional haverá de acompanhar o fato, adaptando-se aos ideais de Justiça.

Não há que pensar o Direito distanciado dos problemas inerentes a População Idosa, sejam eles sociais, laborais, econômicos, políticos, culturais. O Direito precisará, ao bem dos idosos e observando linhas da Constituição da República Federativa do Brasil, conviver também, com os problemas espirituais, médicos e psicológicos da Pessoa Idosa, sob pena da legislação, apesar de ampliada, não evoluir em relação a tal parcela da comunidade.

As Pessoas Idosas ensejam novos projetos ao Estado que precisará administrar a taxa negativa de nascimentos com a elevação da expectativa de vida e as variáveis de ambas.

Não restam dúvidas sobre o rigorismo exigido para uma pessoa efetuar Testamento e nele, querendo, adotar a Deserdação, corresponde a um formalismo que remete ao pensamento de Francesco Carnelutti: o maior mérito do ordenamento jurídico deveria ser a simplicidade, mas como desgraça, ele se transformou em labirinto infinito no qual está perdido aquele que guia deveria ser.²

No Brasil ainda somos deficitários em compreensões acerca do Direito e de como ele se aplica. Grande parcela de cidadãos não conhecem o Direito, nem imaginam as condições úteis e necessárias dispostas por ele.

¹ Doutorando em Ciência Jurídica pelo Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica, PPCJ, da Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI. Coordenador do Curso de Direito da UNIVALI, Campus Tijucas.

² CARNELUTTI, Francesco. **Como nasce o direito**. Tradução de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas, SP: Russell Editores, 2004, p. 41

Se os jovens, ocupados em estudos e trabalhos, não são bem informados sobre noções de Direito, mais difícil é o acesso da população idosa que, via de regra, está limitada ao âmbito residencial e sob dependência.

Partindo de tais enfoques, dividido em partes sequenciais, o presente trabalho, utilizando-se da pesquisa bibliográfica e do Método Indutivo, se propõe a relacionar o Testamento e a Deserdação com a Vontade, manifestada plenamente, equivocadamente ou não expressada pela Pessoa Idosa.

Aos fins da Deserdação, prevalecerá a Vontade do Testador ou ela poderá não ser reconhecida judicialmente?

Mesmo havendo Testamento e intenção de Deserdação, tudo devidamente registrado, inclusive mediante acompanhamento de profissionais, poderá a Deserdação não restar configurada considerando a análise do Poder Judiciário, caso a caso.

A Deserdação, correspondendo a declaração de ultima vontade de uma pessoa, depende de confirmação judicial, estando sujeita a propositura de ação tempestiva, a comprovação da causa ensejadora e aos critérios adotados pelo Judiciário.

Morto o Testador, se cumprida a execução testamentária, a Vontade manifestada em desacordo com a lei não ensejará os efeitos desejados por ele.

Como consignado no Código Civil nacional, o instituto da Deserdação, está em sintonia com os interesses e juízo pessoal do idoso, cujo Herdeiro Necessário merece ser deserddado?

Quando e como a Pessoa Idosa terá condições de testar, deserddar e efetivamente ter cumprida a sua vontade?

Eis alguns questionamentos, não plenamente respondidos, mas que possibilitam, à luz dos ensinamentos de Osvaldo Ferreira de Melo³, considerar a Deserdação como algo útil e justo, porém prejudicial a quem, na forma de lei, faltou gravemente com a Pessoa Idosa.

Um instrumento cuja utilização deveria ser intensificada pelo idoso-vítima do Herdeiro Necessário.

³ MELO, Osvaldo Ferreira de. **Fundamentos da Política Jurídica**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris-CPGD/UFSC, 1994. 136 p.

1. O TESTAMENTO E A SUCESSÃO TESTAMENTÁRIA: ALGUMAS CONSIDERAÇÕES DESTACADAS

O Testamento decorre da vontade de uma pessoa física capaz e é ato formal, sujeito a modificação, através do qual o ente natural interessado em fazê-lo, nas condições e tempo de lei, disporá de parte ou de todo o seu patrimônio, de modo que após a sua morte sejam cumpridas as disposições apontadas no documento.

Ressalta-se:

[...]embora geralmente o objetivo dos testamentos seja à disposição de bens, pela qual se opera a distribuição e partilha de seu patrimônio, no testamento pode ainda ser fixada qualquer outra disposição, concernente à tutoria dos filhos, ao reconhecimento da filiação, fatos que por sua natureza, não se mostram de valor patrimonial [...]⁴

Como regra, para José da Silva Pacheco, o Testamento,

É ato unilateral, pessoal, gratuito, revogável e solene. Assim, não exige prévia aceitação para valer; deve ser feito pela própria pessoa, não se permitindo a sua feitura por mandatário; não requer qualquer contraprestação, muito embora possa impor encargos; pode ser revogado ou substituído a qualquer tempo. Durante a vida do testador é simples projeto de manifestação de última vontade, que pode, a toda hora, ser modificado e substituído por outro, sem qualquer justificativa. A sua solenidade é essencial, as formalidades que a lei exige não são *ad probationem*, mas *ad solemnitatem*, de modo que a sua falta induz nulidade absoluta.⁵

Conforme o vigente Código Civil Brasileiro admite-se a existência de duas espécies de Testamento, primeiro, o Testamento Ordinário, que poderá ser materializado por pessoas físicas capazes através do Testamento Público, do Testamento Cerrado ou do Testamento Particular; segundo, o Testamento Especial, possível para algumas e determinadas pessoas físicas e que ocorrerá através do Testamento Marítimo, do Testamento Aeronáutico ou do Testamento Militar.

Para cada forma ou tipo serão exigidas cautelas especiais, em sintonia com o Código Civil e as normas derivadas dele em combinação com as medidas adotadas pelos Tabelionatos ou por quem, conforme a situação real, acompanhar a descrição da Vontade do Testador.

Eduardo de Oliveira Leite⁶ salienta que o Testamento se identifica mediante a reunião de sete elementos harmônicos: negócio jurídico; ato personalíssimo; ato unilateral; negócio gratuito; formal e solene; negócio jurídico revogável; negocio jurídico *mortis causa*.

⁴ SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. Atualizadores Nagib Slaib Filho e Gláucia Carvalho. 26 ed. Rio de Janeiro: Companhia Editora Forense, 2005, p. 1392.

⁵ PACHECO, José da Silva. **Inventários e partilhas na sucessão legítima e testamentária**. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 236.

⁶ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Direito civil aplicado**. V.6. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 179.

O Testamento é elemento fundamental na Sucessão Testamentária.

Ocorrerá Sucessão Testamentária quando existir um Testamento emitido pelo Autor da Herança, contendo o documento, as disposições de ultima vontade da pessoa falecida, cujo conteúdo será apreciado na forma de lei, considerando a possibilidade de nulidade ou validação da disposição, entre outros.

Sucessão Testamentária é “aquela que se dá em obediência à vontade do defunto, prevalecendo, contudo, as disposições legais naquilo que constitua *ius cogens*, bem como no que for silente ou omissivo o instrumento”.⁷

Para Orlando Gomes, a Sucessão Testamentária, “é um dos mais complexos institutos jurídicos, influenciado, como se acha, pelo estatuto da família e pelo regime da propriedade de cada povo no curso de sua evolução” sendo que:

[...] Tecnicamente, pode ser tratado como parte do Direito Hereditário ou como aspecto do regime legal das liberalidades. Compreenderia este regime as doações entre vivos e os testamentos sistematizados na categoria dos negócios gratuitos de intento liberal, que tem eficácia, respectivamente em vida dos seus participantes ou depois da morte do agente. Preferível no entanto, atribuir maior relevo ao aspecto da devolução do patrimônio de uma pessoa falecida a pessoas vivas conforme a vontade de quem o deixa. [...]⁸

Parece ser um desafio ampliar a cultura do Testamento no Brasil, fazendo com que ele seja mais conhecido e as suas regras difundidas ao conhecimento público, de modo que a Sucessão Testamentária possa expressar Vontade daqueles que, na forma da lei e conscientemente, adotaram o Testamento, observadas as limitações legais, para disporem sobre sua sucessão.

2. A VONTADE E A SUA INFLUÊNCIA NO TESTAMENTO

Conforme Simon Blackburn, Vontade “consiste em poder desejar um resultado e ter o objetivo de realizá-lo.”⁹

De outro lado, a Vontade, derivada do latim *voluntas*, pode envolver definições gerais e que para Jaqueline Russ, compreendem aspecto usual, sentido metafísico, sentido moral e aspecto psicológico, sendo usual a “qualidade do caráter que consiste na energia da tendência dominante

⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Vol. VI. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004. p. 187.

⁸ GOMES, Orlando. **Sucessões**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p 81.

⁹ BLACKBURN, Simon. **Dicionário Oxford de filosofia**. Tradução de Desidério Murcho *et al.* Rio de Janeiro, Jorge Zahar, 1997, p. 407. Título original: *The Oxford Dictionary of Philosophy*.

e fixada com firmeza na decisão, constância, etc.”¹⁰

Para Nicola Abbagnano, o termo Vontade:

[...] foi usado com dois significados fundamentais: 1º, como princípio racional da ação; 2º, como princípio da ação em geral. Ambos os significados, porém, pertencem à filosofia tradicional e à psicologia oitocentista, porque ligados à noção de faculdade, ou poderes originários da alma e que se combinariam para produzir as manifestações do homem...[....] mas hoje nem a filosofia nem a psicologia interpretam desse modo a conduta do homem [...]¹¹

Vinculando a Vontade aos aspectos do Direito Processual, José Cretella Neto a identifica em dois tipos, a Vontade Expressa e a Vontade Presumida, ambas decorrentes da “intenção; capacidade de escolha ou de decisão”.¹²

Deocleciano Torrieri Guimarães, indica ser a Vontade:

Faculdade que o homem possui de determinar, orientar a sua conduta, de optar, livremente, pela ação ou pela omissão. Exercício dessa faculdade. Livre disposição para agir e decidir por si próprio. A vontade é expressa, se manifestada verbalmente ou por escrito; tácita, se é presumida por atos ou omissões; unilateral, se produz o efeito jurídico desejado sem depender de outra, ou se é expressa por uma só pessoa, num grupo de outras; bilateral, se duas pessoas se manifestam na formação de ato ou contrato.¹³

Admite-se que o ser humano possa influenciar em sua Sucessão através do Testamento, existindo a possibilidade de interferência da Vontade da pessoa através da Sucessão Testamentária, meio pelo qual “o testador regula, em ato unilateral, a distribuição dos seus bens, conforme sua própria vontade”.¹⁴

Em estudos de Teoria Política, Jürgen Habermas indica ser autônoma “a vontade guiada pela razão prática”.¹⁵

Nos embates jurídicos a Vontade adota vinculações com a Última Vontade e para tanto:

No conceito do Direito Civil, a última vontade, sem furtar-se ao sentido gramatical, exprime a vontade que se manifestou em testamento, ou em codicilo, para ser cumprida ou atendida depois da

¹⁰ RUSS, Jaqueline. **Dicionário de Filosofia**. Tradução de Alberto Alonso Muñoz. São Paulo: Editora Scipione, 2003, p.314. Título original: *Dictionnaire de Philosophie*.

¹¹ ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. Tradução da 1ª edição brasileira coordenada e revista por Alfredo Bosi; revisão da tradução e tradução dos novos textos Ivone Castilho Benedetti. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 1203. Título Original: *Dizionario di filosofia*.

¹² CRETELLA NETO, José. **Dicionário de processo civil**. 3.ed. Campinas, São Paulo: Millennium Editora, 2008, p. 653.

¹³ GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri. **Dicionário técnico jurídico**. 14. ed. São Paulo: Rideel, 2011, p. 592.

¹⁴ Gomes, Orlando. **Sucessões**. 7. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 82.

¹⁵ HABERMANS, Jürgen. **A inclusão do outro: estudos de teoria política**. Tradução de George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Edições Loyola, 2002. p. 118

morte da pessoa que a manifestou. Por essa razão, na terminologia jurídica atos de última vontade são aqueles que resultam da vontade (ultima) manifestada em testamento, e que se cumprem ou se executam, depois que morto é o testador, ou seja, a pessoa que a formula.¹⁶

Se o Testamento terá de se aperfeiçoar por medidas judiciais posteriores ao passamento do Testador, admite-se a existência de critérios de interpretação daquilo que ele contém e realmente expressa.

Sendo o Testamento uma disposição de Última Vontade, pontua-se:

[...] A execução do testamento tem por objeto colocar em prática a vontade manifestada por alguém que morreu, mas, antes de morrer, pede para que lhe satisfaçam a vontade. Eis aqui um sentimento que parece decorrer do próprio instinto humano. Quantas vezes nós agimos de forma determinada, porque assim desejavam nossos pais, independente de testamento? [...] Por essa razão, havendo dúvidas quanto a uma ou mais cláusulas do testamento, ter-se-á em vista o que realmente devia querer seu autor. O testador não é um literato; é possível que encontre dificuldades em expressar suas idéias; ao expressá-las, poderá confundi-las [...]¹⁷

O Testamento, por ser ato de Vontade, há de ser considerado como a “expressão de liberdade n o direito civil, cuja força é o testemunho mais solene e mais grave da vontade íntima do ser humano”.¹⁸

Nos negócios jurídicos, a Vontade como expressão íntima, há de ser manifestada, exteriorizada, conforme a realidade e o desejo do interessado ou das partes envolvidas, podendo ela ser questionada apesar da sua aparência formal.

3. A DESERDAÇÃO: ASPECTOS DESTACADOS À SUA EFETIVAÇÃO

Através de Testamento, em condições especiais e claramente delimitadas, uma pessoa poderá alijar da sua Sucessão o Herdeiro Necessário.

Morto o Testador, aquele que interesse tiver, poderá propor ação competente visando confirmar a intenção manifestada pelo Autor da Herança.

A propositura ou a inércia acarreta conseqüências eis que “aquele a quem ela aproveita

¹⁶ SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. Atualizadores Nagib Slaib Filho e Gláucia Carvalho. 26 ed. Rio de Janeiro: Companhia Editora Forense, 2005, p.1439.

¹⁷ ROQUE, Sebastião José. **Direito das Sucessões**. São Paulo: Ícone, 1995, p.102.

¹⁸ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Disponível em <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=RESUMO&livre=1049354&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO> Acesso em 04 de abril de 2015.

incumbe provar a veracidade da causa invocada pelo testador, o que deve ser feito em juízo e através de ação ordinária”¹⁹, no prazo, observando-se:

O testador, ao deserdar, descreve a causa legal, o motivo de sua decisão. Pode, facilitando a ação que se seguirá à morte, indicar as provas ou meios de consegui-las. Cremos que nada obsta a que o testador, em vida, tome providencias judiciais cabíveis para perpetuar o fato, possibilitando uma melhor instrução do processo, já que este poderá ser ajuizado muitos anos após os fatos, quando apagadas as memórias, esmaecidas as emoções, desaparecidas as personagens e perdidos os indícios²⁰

O Código Civil vigente indica as hipóteses legais e possíveis de Deserdação, impondo-se necessária e complexa combinação do artigo 1814 (Causas de Exclusão) com os artigos 1961 a 1965 (Da Deserdação).

Para Silvio Rodrigues:

A deserdação é ato do testador visante a afastar herdeiro necessário que se revelou ingrato, privando-o até mesmo de sua legítima. Embora todas as causas de exclusão o sejam, também, de deserdação, nem todas as causas de deserdação servem para caracterizar a indignidade. Aliás, enquanto a indignidade tem sua força geradora na lei, a deserdação repousa na vontade do de cujus, que a manifesta em seu testamento. Enquanto a indignidade afasta da sucessão todos os sucessores, legítimos ou testamentários, necessários ou não, a deserdação serve apenas para privar da herança os herdeiros necessários.²¹

Portanto, as hipóteses literais e expressas para a Deserdação não comportam ilações ou ampliações, estando elas definidas e a exigir causa fundada e comprovada.

Destaca-se que a causa invocada para justificar a Deserdação manifestada em Testamento deverá anteceder o Testamento. É que sendo a Deserdação “disposicion por la cual se priva o se excluye a alguén de la herancia a que tenia derecho por ser heredero legitimo”²², ela requer reflexão, decisão, antecedência e cautela.

Para Silvio de Salvo Venosa²³, quatro são os requisitos da Deserdação, a saber: a) que existam herdeiros necessários; b) que exista testamento e nele a cláusula de Deserdação mediante descrição mais detalhada possível; c) inexistência de perdão por ato autêntico ou testamento; d) prova da existência da causa determinante em juízo.

¹⁹ RODRIGUES, Silvio. **Direito das Sucessões**. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p.255

²⁰ VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito das Sucessões**. 7.ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 297-8

²¹ RODRIGUES, Silvio. **Direito das Sucessões**. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2002 p.254

²² BERNAL, Beatriz; CONCEPCIÓN GÓMES, Róan. **Vocabulário del Derecho**. Madrid: Editorial Mayor, 1998, p. 51.

²³ VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito das Sucessões**. 7.ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 292-4.

Carlos Roberto Gonçalves²⁴ destaca que para a eficácia da Deserdação é necessário conjugar, a) existência de herdeiros necessários; b) testamento válido; c) expressa declaração de causa prevista em lei; d) propositura de ação ordinária.

De outro lado, considerando o Testamento, qualquer que seja a espécie, um ato dotado de requisitos indispensáveis; ao indicar nele eventual Deserdação, o Testador e quem o acompanha na elaboração documental deverão observar minúcias e especial atenção, pois conforme o artigo 1.964 do Código Civil: “Somente com expressa declaração de causa pode a deserdação ser ordenada em testamento”.

É que a “deserdação tem de ser fundamentada e a causa há de ser legal, vale dizer, expressamente prevista e discriminada pelo legislador”.²⁵

Francisco José Cahali e Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka acentuam:

[...] a deserdação, pois, excepciona aquela regra que reserva aos herdeiros necessários – descendentes, ascendentes e cônjuge – pelo menos a metade dos bens deixados pelo falecido, parte esta denominada quota indisponível. No entanto, embora útil, no nosso sentir, a existência desta possibilidade de algum afastar da sua sucessão aqueles a quem a lei garantiu, em princípio, toda proteção, não se imagine que possa se dar de modo arbitrário, conforme o momentâneo estado de espírito, por exemplo, do testador. Não. A exclusão só se dará por razões expressamente contempladas na lei, cujo rol é taxativo, razões essas que deverão estar claramente mencionadas no testamento, que é habitat obrigatório desta medida excludente extrema. Para que se configure a deserção, pois, são rigorosamente imprescindíveis: [...] d) a explicitação da causa constitutiva e determinante da deserdação, para que o imputado possa ter possibilidade de defesa [...].²⁶

Nota-se que a Deserdação nasce da Vontade do testador, mas a confirmação futura pressupõe esteja a mencionada Vontade fundamentada em razões sólidas, com causa facilmente comprovada.

Quem deserda deve entender que não estará presente quando a cláusula de exclusão for discutida, ciente que a Vontade hoje manifestada poderá não ser aceita no futuro.

²⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito das Sucessões**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p.401-4 401.

²⁵ MONTEIRO, Washington de Barros. **Direito das Sucessões**. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 244.

²⁶ CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito das Sucessões**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 355-6.

4. O ENVELHECIMENTO DA PESSOA E EVENTUAIS REFLEXOS NO TESTAMENTO COM CLÁUSULA DE DESERDAÇÃO

Considerando estudos e notícias, inclusive das Nações Unidas, consta que entre nove pessoas do mundo, uma está com 60 anos ou mais, havendo a possibilidade de em 2050 existirem 22 bilhões de pessoas sobre a terra, o equivalente a 22% da população, com idade superior a 60 anos.

No Brasil, já estamos com 23,5 milhões de pessoas idosas.

Em análise de 2006, Indicadores Sociodemográficos²⁷ relacionados ao período de 1991 a 2030 no Brasil, já alertavam:

[...] A questão do envelhecimento populacional e sua relação com as necessidades específicas dos grupos que vão adquirindo representatividade nas sociedades envolve discussões que, muitas vezes, conduzem ao exame minucioso de cada situação. As populações com elevada proporção de pessoas idosas podem ter prioridades econômicas diferentes e necessidades de instituições distintas, se comparadas àquelas sociedades formadas por uma elevada participação de crianças e jovens [...].

Há no Brasil há um visível avanço protetor em relação a Pessoa Idosa, merecendo retrospectiva entre a Lei 8.742, de 7 de dezembro de 1993; a Lei 8.842, de 4 de janeiro de 1994, instituidora da Política Nacional do Idoso, e a Lei 10.741, de 1º de outubro de 2003, definidora do Estatuto do Idoso, tudo em sintonia com a vigente Constituição da República Federativa que estabelece valores fundamentais vinculados ao cidadão, inclusive idoso, harmonizando responsabilidades da Sociedade, do Estado e da Família.

A Lei 10.741, de 1º de outubro de 2003, reconhecida como Estatuto do Idoso, regula direitos às pessoas com idade igual ou superior a 60 anos, identificando situações devidas aqueles com 65 anos.

No Brasil, em 25% das residências habita ao menos uma pessoa maior de 60 anos de idade e o fato dela residir com filhos não significa ausência de maus-tratos e nem a oferta de carinho e respeito, havendo a possibilidade de na residência e junto ao idoso estar um familiar criminoso.²⁸

A Pessoa Idosa, em parâmetros entre a Vida e a Morte, está relacionada com a Velhice que

²⁷ INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Indicadores Sociodemográficos – Prospectivos para o Brasil 1991-2030**. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/projecao_da_populacao/publicacao_UNFPA.pdf>. Acesso em 08 de abril de 2015.

²⁸ FELIX, Jorge. **Viver muito**: outras idéias sobre envelhecer bem no sec. XXI (e como isso afeta a economia e o seu futuro). São Paulo: Leya, 2010. p. 36 e p. 71

para Sêneca “é o nome que se dá ao período da vida em que o homem está, embora cansado, ainda não gasto de todo”.²⁹

Diversos os problemas de saúde que atingem a Pessoa Idosa, com reflexos em sua autonomia e independência, reconhecendo-se cinco deles: imobilidade; instabilidade postural; incontinência urinária; insuficiência cerebral e iatrogenia, conjugados ou originários da diminuição do cérebro; da falta de atividade física; da diminuição da força dos pulmões; do ressecamento da pele; do parcial funcionamento do sistema digestivo; da diminuição da absorção de cálcio e do comprometimento dos ossos; do desequilíbrio hormonal; da diminuição dos reflexos; dos problemas e ruídos do coração e vasos sanguíneos; da carência sexual; dos reflexos musculares, entre outros.³⁰

Porém, a Pessoa Idosa, com autonomia e discernimento, poderá fazer Testamento e nele incluir, se for o caso, a Deserdação em desfavor de Herdeiro Necessário.

Entende-se ruidoso o relacionamento da Pessoa Idosa com a prática testamentária, faltando maior orientação sobre os procedimentos indispensáveis, assim como poderá ocorrer lacunas quando da lavratura dos atos, principalmente se houver a intenção de Deserdação eis que a Vontade não bastará estar simplesmente consignada, devendo a causa ser uma ou mais daquelas expressas em lei, cuja comprovação dar-se-á oportunamente e quando não mais existir o Testador.

Diversas limitações contribuem para a Pessoa Idosa não adotar a Deserdação.

O cotidiano judicial aponta demandas envolvendo Pessoas Idosas que lavraram Testamento com Deserdação, sendo a Vontade considerada improcedente, entre outros porque o fato alegado não estava em acordo com a lei ou não restou comprovado, exemplificativamente:

Deserdação. Ausência de suficiente indicação, pelo testador, da causa que o levou a deserdar. Ademais, prova duvidosa da ocorrência dos fatos na demanda aduzidos. Inexistência, de todo modo, de injúria grave. Suposta agressão verbal à avó logo após o suicídio da mãe da herdeira e em contexto de desinteligência familiar a propósito do casamento da falecida. Improcedência. Honorários bem arbitrados. Sentença mantida. Retidos prejudicados. Recurso de apelação desprovido.³¹

²⁹ SENECA, Lúcio Aneu. **Cartas a Lucílio**. Tradução de J.A. Segurado e Campos. Lisboa, Portugal: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004, p. 98,

³⁰ PASTORAL DA PESSOA IDOSA. **Guia do líder da Pastoral da Pessoa Idosa**. Curitiba: CNBB. 2008. p. 48-51

³¹ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. Disponível em <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=7148795&cdForo=0&vICaptcha=KFHNX>>. Acesso em 04 de abril de 2015.

O Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD) publicou o Atlas do Desenvolvimento Humano no Brasil 2013³², no qual constam dados sobre a Longevidade, indicando que a expectativa de vida no Brasil é maior em dez municípios situados no Estado de Santa Catarina (Blumenau, Brusque, Balneário Camboriú, Rio do Sul, Rancho Queimado, Rio do Oeste, Joaçaba, Iomerê, Porto União e Nova Trento) e ainda, mediante fatores inerentes, Santa Catarina apresenta maior esperança de vida para mulheres, 81,4 anos; e, aos homens é de 74,7 anos a esperança de vida.

Todavia, em Santa Catarina, no período de 2008 a 2013 ocorreram 135 mil denúncias envolvendo interesses de Pessoa Idosa, fazendo com que a seccional da Ordem dos Advogados do Brasil apresentasse proposta ao governo estadual pleiteando a criação e instalação de Delegacias de Polícia exclusivas para idosos.³³

Tais fatos, se comparados com outros Estados da Federação e mais atrasados nos indicadores, podem subsidiar mudanças comportamentais para valorizar as Pessoas Idosas, dando-lhes melhores condições, buscando adaptar a legislação ou ampliar a sua divulgação para atender a população idosa, possivelmente em simetria ao alerta de Osvaldo Ferreira de Melo: não podemos esperar muita coisa do sistema jurídico que se mantém com formação dogmática e fechada aos problemas da felicidade humana³⁴.

Se de um lado, é possível minorar a rigidez normativa relacionada aos Testamentos³⁵, o mesmo não é admitido quanto a Deserdação diretamente³⁶ porque a Deserdação, tendo o efeito punitivo, deve ser interpretada restritivamente, apesar que sendo nulo o Testamento melhor sorte não socorre a Deserdação, ao que:

[...] lei humana não merece automaticamente nosso respeito e sua exigência legítima de nossa obediência depende de considerações morais as quais são independentes da lei humana [...]³⁷

³²PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO. **Atlas do Desenvolvimento Humano no Brasil 2013**. Disponível em: <http://www.pnud.org.br/IDH/Default.aspx?indiceAccordion=1&li=li_AtlasMunicipios> Acesso em 05 de abril de 2015.

³³ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. Disponível em <<http://www.oab-sc.org.br/noticias/comissao-quer-delegacia-policia-exclusiva-para-idosos/11202>>. Acesso em 09.04.2015.

³⁴MELO, Osvaldo Ferreira de. Sobre direitos e deveres de solidariedade. In DIAS, Maria da Graça dos Santos, SILVA, Moacyr Motta da; MELO, Osvaldo Ferreira de. **Política Jurídica e Pós-Modernidade**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009, p. 102.

³⁵ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=1419726&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=1>>. Acesso em 03 de abril de 2015.

³⁶ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Disponível em <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?ementa=DESERDA%C7%C3O&&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=2>>. Acesso em 10 de abril de 2015

³⁷ LYONS, David. **As regras morais e a ética**. Tradução de Luís Alberto Peluso. Campinas, SP: Papyrus, 1990, p. 18

Imaginando novos paradigmas do Direito em face ao Envelhecimento da população, é salutar provocar para que a Família seja o elemento agregador, recompondo conceitos indispensáveis e inerentes ao respeito, a solidariedade, ao prolongamento da vida útil do idoso, cuja idade elevada ou enfermidade não pode resultar em atos negativos e contrários a integridade física e moral da Pessoa Idosa.

Se mais abordagens teóricas devem existir objetivando Políticas Públicas úteis à população idosa, justificada está a intenção de diminuir o rigor das condições da Deserdação, dando-lhes caráter mais finalístico e menos formalista quando envolver Pessoa Idosa, valorizando a Vontade de deserdar e não simplesmente a interpretação bruta e fria do texto legislativo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Fazer Testamento no Brasil é um procedimento pouco usual, mas a opção tem sido valorizada, difundida e precisa ser incrementada.

A Deserdação, uma faculdade a ser exercitada através de Testamento, é também pouco utilizada. Todavia demandas jurídicas complexas envolvem a temática, algumas entre Pessoas Idosas ou outras prevenidas que discutem direitos e deveres familiares, sociais ou jurídicos.

O Envelhecimento da população nacional é uma realidade e acarreta consequências diversas, estando o Brasil despreparado para atender o aumento do número de Pessoas Idosas, muitas delas dependentes de familiares, outras sofrendo agressões amplas já que a falta de afeto, a ausência de solidariedade e outros interesses fraternos dificultam o relacionamento com os idosos, que pela idade e ou saúde deficitária, são carecedores de redobrada atenção.

Os seres humanos, personagens naturais e que envelhecem, gradativamente perdem a vitalidade; enfraquecendo, dependendo de cuidados especiais; podem ter a autonomia tolhida, fato agravado pelas mazelas financeiras e variáveis pessoais.

Antes de ser ato amoroso e fraterno, o convívio familiar pode ser maculado, ofensivo, tormentoso, triste, distanciado, desumano.

As Pessoas Idosas, atuando com liberdade, precisam ser conscientizadas sobre o instituto da Deserdação, inclusive como forma punitiva daquele que, Herdeiro Necessário, incorre nas hipóteses dos artigos 1.814, 1.962 e 1.963, do vigente Código Civil, causas taxativas, que devem

estar expressamente consignadas, fundadas em base concreta e facilmente comprovada.

Considerando as dificuldades vivenciadas pelas Pessoas Idosas, temerosas ou juridicamente ignorantes, elas não adotam o Testamento ou a Deserdação, quando poderiam utilizar tais instrumentos por terem os Herdeiros Necessários incorrido em hipóteses que possibilitam a Deserdação.

Conscientizadas e com autonomia, as Pessoas Idosas devem ter a Deserdação como argumento para evitar maldades promovidas pelos familiares, prevenindo e influenciando comportamentos mais dignos.

Os profissionais que acompanham a elaboração dos Testamentos podem melhor orientar os interessados em neles incluir a Deserdação, de modo que a Vontade do Testador seja realmente cumprida após a sua morte, abolindo-se interpretações gramaticais que dificultam a execução, colaborando para evitar a interpretação subjetiva de órgão julgador acerca da Vontade do morto.

As Pessoas Idosas precisam conhecer as hipóteses de Deserdação e as condições à efetivação dela, impondo-se ações cidadãs de divulgação e orientação esclarecedora, inclusive pelos meios de comunicação e através dos Conselhos que tratam acerca dos direitos dos idosos.

O Idoso com capacidade legal mas incapacitado pelo medo, desconhecimento ou outras necessidades, merece outro tratamento para a tomada de decisões, com melhor apoio institucional e familiar, visando o pleno exercício da Cidadania.

O Código Civil, como redigida nele a Deserdação e aos atos de Indignidade, parece dificultar ao Idoso a opção da Deserdação eis que o ritual, os detalhes e as características, inibem o alquebrado pelos anos, desconhecedor dos direitos, limitado economicamente e pela família, a não utilizar instrumentos legais disponíveis, apesar de rígidos.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. Tradução da 1ª edição brasileira coordenada e revista por Alfredo Bosi; revisão da tradução e tradução dos novos textos Ivone Castilho Benedetti. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. 1210 p. Título Original: *Dizionario di filosofia*.

BERNAL, Beatriz; CONCEPCIÓN GÓMES, Róan. **Vocabulário del Derecho**. Madrid: Editorial Mayor,

1998.

BLACKBURN, Simon. **Dicionário Oxford de filosofia**. Tradução de Desidério Murcho et al. Rio de Janeiro, Jorge Zahar, 1997. 437 p. Título original: *The Oxford Dictionary of Philosophy*.

CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito das Sucessões**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. 508 p.

CARNELUTTI, Francesco. **Como nasce o direito**. Tradução de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas, SP: Russell Editores, 2004. 60 p. Título Original: *Como nasce il diritto*.

CRETELLA NETO, José. **Dicionário de processo civil**. 3.ed. Campinas, São Paulo: Millennium Editora, 2008. 656 p.

FELIX, Jorge. **Viver muito**: outras ideias sobre envelhecer bem no sec. XXI (e como isso afeta a economia e o seu futuro). São Paulo: Leya, 2010. 176 p.

GOMES, Orlando. **Sucessões**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. 321 p.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito das Sucessões**. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2008. 552 p.

GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri. **Dicionário técnico jurídico**. 14. ed. São Paulo: Rideel, 2011. 598 p.

HABERMANS, Jürgen. **A inclusão do outro**: estudos de teoria política. Tradução de George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Edições Loyola, 2002. 390 p. Título Original: *Die Einbeziehung des Anderen – Studien zur politischen theorie*.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Direito civil aplicado**. V.6. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. 397 p.

LYONS, David. **As regras morais e a ética**. Tradução de Luís Alberto Peluso. Campinas, SP: Papyrus, 1990, 218 p.

MELO, Osvaldo Ferreira de. **Fundamentos da Política Jurídica**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris-CPGD/UFSC, 1994. 136 p.

MELO, Osvaldo Ferreira de. Sobre direitos e deveres de solidariedade. In DIAS, Maria da Graça dos Santos, SILVA, Moacyr Motta da; MELO, Osvaldo Ferreira de. **Política Jurídica e Pós-Modernidade**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009. 236 p.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Direito das Sucessões**. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

- PACHECO, José da Silva. **Inventários e partilhas na sucessão legítima e testamentária**. Rio de Janeiro: Forense, 1997. 754 p.
- PASTORAL DA PESSOA IDOSA. **Guia do líder da Pastoral da Pessoa Idosa**. Curitiba: CNBB. 2008. 144 p.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Vol. VI. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004. 454 p.
- RODRIGUES, Silvio. *Direito das Sucessões*. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2002. 342 p.
- ROQUE, Sebastião José. **Direito das Sucessões**. São Paulo: Ícone, 1995. 236 p.
- RUSS, Jaqueline. **Dicionário de Filosofia**. Tradução de Alberto Alonso Muñoz. São Paulo: Editora Scipione, 2003. 382 p. Título original: *Dictionnaire de Philosophie*.
- SENECA, Lúcio Aneu. **Cartas a Lucílio**. Tradução de J.A. Segurado e Campos. Lisboa, Portugal: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004. 713 p. Título Original: *L.ANNAEI SENECAE AD LUCILIUM EPISTULAE MORALES*.
- SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. Atualizadores Nagib Slaib Filho e Gláucia Carvalho. 26 ed. Rio de Janeiro: Companhia Editora Forense, 2005. 2001 p.
- VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito das Sucessões**. 7.ed. São Paulo: Atlas, 2007. 402 p.