



# THEMIS

## REVISTA DA ESMEC

V. 19, N. 1, Janeiro / Junho, 2021



TJCE

ISSN (IMPRESSO) 1808-6470  
ISSN (ELETRÔNICO) 2525-5096



# THEMIS

## REVISTA DA ESMEC

Publicação Oficial da Escola Superior da  
Magistratura do Estado do Ceará – ESMEC



Themis | Fortaleza | V. 19 | N. 1 | jan./jun. 2021

Pede-se que acusem o recebimento deste volume.

Rogamus ut acceptionem nunties.

Se ruego acusar recibo dei presente numero.

Con preghiera di accusare ricevuta dei presente numero.

On prie de vouloir accuser reception de cette revue.

Please acknowledge receipt of this exemplar.

Bitte, den Empfang dieser Zeitschrift zu bescheinigen.

Oni peats konfirmi la ricevon.

**Acesse a versão eletrônica:**



THEMIS : Revista da Esmec / Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará. – v. 1, n. 1, (1997-) –. Fortaleza : Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, 2021.  
v. 19, n. 1, 2021.

Semestral.

A partir do v. 15 com periodicidade semestral.

A partir de 2011 passou a ser publicada também em formato eletrônico.

Disponível em: <http://revistathemis.tjce.jus.br/>.

ISSN (versão impressa): 1808-6470

ISSN (versão online): 2525-5096

1. Direito – Periódico. 2. Doutrina. 3. Jurisprudência. I. Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará.

CDDir: 340.04

## **Permuta**

Solicita-se permuta/exchange requested/on prie échange/we request exchange/on demande l'échange/wir erbitten Austausch/se solicita canje/si chiede lo scambio/se pide intercambio.

### **Endereço para permuta**

#### **Biblioteca Juiz Roberto Jorge Feitosa de Carvalho**

Rua Ramires Maranhão do Vale, nº 70, Água Fria

CEP 60.811-670 - Fortaleza, Ceará, Brasil

Telefone (85) 3218.6188 / 6171

*E-mail:* [esmec@tjce.jus.br](mailto:esmec@tjce.jus.br)

Site: [www.tjce.jus.br/esmec](http://www.tjce.jus.br/esmec)

### **Correspondência**

Diretoria da ESMEC

Editor (a) da THEMIS – Periódico Científico da

Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará (ESMEC)

Rua Ramires Maranhão do Vale, nº 70 - Água Fria

CEP 60.811.670 - Fortaleza - Ceará - Brasil

Telefone: (85) 3218.6169 / 6157

*E-mail:* [revista.themis@tjce.jus.br](mailto:revista.themis@tjce.jus.br)

Site: [revistathemis.tjce.jus.br](http://revistathemis.tjce.jus.br)

### **Permitida a reprodução desde que citada a fonte.**

THEMIS – Periódico Científico da Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará (ESMEC) possui tiragem de 200 exemplares.

Distribuída gratuitamente aos autores, avaliadores, conselheiros editoriais, editores e às bibliotecas e instituições das escolas judiciais e institutos de pesquisa, em especial àqueles que nos solicitarem, pelo sistema de permuta.

Consulte a versão eletrônica da THEMIS – Periódico Científico da Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará (ESMEC)

em: <http://revistathemis.tjce.jus.br>

Copyright © THEMIS  
Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará

Todos os direitos desta edição reservados à  
EDITORA DO TRIBUNAL DE JUSTICA DO ESTADO DO CEARA.  
A reprodução de qualquer parte desta publicação será permitida desde  
que citada a obra. Reproduções para fins comerciais são proibidas.  
Disponível também em: <http://www.tjce.jus.br>

### **Conselho Editorial**

Des. Francisco de Assis Filgueira Mendes - Presidente  
Des. Mário Parente Teófilo Neto  
Desa. Maria de Fátima de Melo Loureiro  
Juiz Francisco Eduardo Fontenele Batista  
Juiz Antônio Carlos Pinheiro Klein Filho

### **Capa, Projeto Gráfico e Diagramação**

Hugo Leonardo Guedes Monteiro

### **Impressão e Produção**

Coordenadoria de Apoio Operacional  
do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará

### **Endereço**

#### **Tribunal de Justiça do Estado do Ceará**

Centro Administrativo Governador Virgílio Távora  
Avenida General Afonso Albuquerque de Lima S/N

Cambeba - Fortaleza - CE - CEP: 60.822-325

Fone: (85) 3207.7000

[www.tjce.jus.br](http://www.tjce.jus.br)

*E-mail:* [editoratjce@tjce.jus.br](mailto:editoratjce@tjce.jus.br) / [biblioteca@tjce.jus.br](mailto:biblioteca@tjce.jus.br)

**Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará**  
Edifício Desembargador Júlio Carlos de Miranda Bezerra  
Rua Ramires Maranhão do Vale, nº 70, Água Fria  
CEP 60.811-670 - Fortaleza, Ceará, Brasil  
Telefone (85) 3218.6188 / 6157  
*E-mail:* [esmec@tjce.jus.br](mailto:esmec@tjce.jus.br)  
[www.tjce.jus.br/esmec](http://www.tjce.jus.br/esmec)

### **DIREÇÃO**

Desembargador Francisco Luciano Lima Rodrigues

### **COORDENAÇÃO**

Juiz Alexandre Santos Bezerra Sá

### **EDITOR-CHEFE**

Juiz Marcelo Roseno de Oliveira

### **EDITORA-ADJUNTA**

Mércia Cardoso de Souza

### **ORGANIZAÇÃO E REVISÃO**

Gabriela Paiva Rocha Veras  
Marina Albuquerque de Andrade  
Mércia Cardoso de Souza

### **NORMALIZAÇÃO**

Bibliotecária: Hivana Evely Serpa de Mesquita (CRB-3/1568)  
Biblioteca da Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará

## CONSELHO EDITORIAL

Alexandre Coutinho Pagliarini, Dr.  
(Centro Universitário Internacional Uninter)

Alexandre Freitas Câmara, Dr.  
(Escola Superior da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro)

Antônio Augusto Cançado Trindade, Dr.  
(Corte Internacional de Justiça/  
Academia de Direito Internacional da Haia, Holanda)

César Oliveira de Barros Leal, Dr.  
(Instituto Brasileiro de Direitos Humanos)

Dimas Macedo, Me.  
(Universidade Federal do Ceará)

Edilson Baltazar Barreira Júnior, Dr.  
(Centro Universitário Fametro)

Fernando Luiz Ximenes Rocha, Me.  
(Universidade Federal do Ceará)

Flávio José Moreira Gonçalves, Dr.  
(Universidade Federal do Ceará)

Francisco de Assis Filgueira Mendes, Me.  
(Universidade Federal do Ceará)

Francisco Luciano Lima Rodrigues, Dr.  
(Universidade de Fortaleza)

Fredie Didier Júnior, Dr.  
(Universidade Federal da Bahia)

Gabriela Maciel Lamounier, Dra.  
(Fundação Pedro Leopoldo)

Gabrielle Bezerra Sales Sarlet, Dra.  
(Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul)

Hugo de Brito Machado, Dr.  
(Universidade Federal do Ceará)

Hugo de Brito Machado Segundo, Dr.  
(Universidade Federal do Ceará)

Ingo Wolfgang Sarlet, Dr.  
(Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul)

Isabelle Maria Campos Vasconcelos Chehab, Dra.  
(Escola Superior Associada de Goiânia)

João Paulo Braga Cavalcante, Dr.  
(Escola Superior da Magistratura do Ceará)

José Augusto Lindgren Alves, Emb.  
(Comitê Assessor do Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas)

José Filomeno de Moraes Filho, Dr.  
(Universidade de Fortaleza)

José Luiz Quadros de Magalhães, Dr.  
(Universidade Federal de Minas Gerais/  
Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais)

Leonardo Nemer Caldeira Brant, Dr.  
(Universidade Federal de Minas Gerais/  
Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais)

Leonardo Pasquali, Dr.  
(Facoltà di Giurisprudenza da Università di Pisa, Itália)

Lenio Luiz Streck, Dr.  
(Universidade do Vale do Rio dos Sinos)

Leonel Gois Lima Oliveira, Dr.  
(Escola Superior da Magistratura do Ceará)

Luiz Rodrigues Wambier, Dr.  
(Instituto de Direito Público)

Marcelo Roseno de Oliveira, Dr.  
(Universidade de Fortaleza)

Maria Glaucéria Mota Brasil, Dra.  
(Universidade Estadual do Ceará)

Mário Lúcio Quintão Soares, Dr.  
(Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais)

Mário Parente Teófilo Neto, Me.  
(Universidade de Fortaleza)

Martonio Mont'Alverne Barreto Lima, Dr.  
(Universidade de Fortaleza)

Mércia Cardoso de Souza, Dra.  
(Faculdade Luciano Feijão)

Monica Teresa Costa Sousa, Dra.  
(Universidade Federal do Maranhão)

Tenile Mascolo Gil, Dra.  
(Université de Strasbourg, França)

Theresa Rachel Couto Correia, Dra.  
(Universidade Federal do Ceará)

Waldimeiry Corrêa da Silva, Dra.  
(Universidad Loyola Andalucía, Espanha)

## PARECERISTAS CONVIDADOS

Álison José Maia Melo, Doutor  
(Centro Universitário Sete de Setembro)

Bruno Cunha Weyne, Doutor  
(Centro Universitário Metropolitano da Amazônia)

Cláudio Tucci Júnior, Doutor  
(Universidade Santa Cecília)

Isabelle Maria Campos Vasconcelos Chehab, Doutora  
(Escola Superior Associada de Goiânia)

João Paulo Braga Cavalcante, Doutor  
(Escola Superior da Magistratura do Ceará)

Jovina d Ávila Bordoni, Doutora  
(Escola Superior da Magistratura do Ceará)

Larissa Gabrielle Braga e Silva, Mestra  
(Escola Superior Dom Helder Câmara)

Luciano Tonet, Doutor  
(Universidade de Fortaleza)

Maurício Muriack de Fernandes e Peixoto, Doutor  
(Centro Universitário de Brasília)

Rocco Antônio Rangel Rosso Nelson, Mestre  
(Instituto Federal de Educação Ciência e Tecnologia do Rio Grande do Norte)

Sarah Dayanna Lacerda Martins Lima, Mestra  
(Centro Universitário Estácio do Ceará)

Sônia Aparecida Carvalho, Doutora  
(Universidade do Vale do Itajaí)

Valter Moura do Carmo, Doutor  
(Universidade de Marília)

## **LINHA EDITORIAL**

A revista publicará artigos selecionados pelo sistema duplo cego, dentro da principal linha de pesquisa “Justiça, Gestão Pública, Direitos Humanos, Educação e Políticas Públicas”, bem como artigos científicos, resenhas e/ou monografias oriundas de concursos realizados pela ESMEC ou de interesse desta Escola.

**COMPOSIÇÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA  
DO ESTADO DO CEARÁ**

**Desa. Maria Nailde Pinheiro Nogueira**  
Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará

**Des. Antônio Abelardo Benevides Moraes**  
Vice-Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará

**Des. Paulo Airton Albuquerque Filho**  
Corregedor Geral da Justiça do Estado do Ceará

**TRIBUNAL PLENO**

Desa. Maria Nailde Pinheiro Nogueira - Presidente

Des. Fernando Luiz Ximenes Rocha

Desa. Maria Iracema Martins do Vale

Des. Antônio Abelardo Benevides Moraes

Des. Francisco de Assis Filgueira Mendes

Des. Francisco Lincoln Araújo e Silva

Des. Haroldo Correia de Oliveira Máximo

Desa. Vera Lúcia Correia Lima

Des. Emanuel Leite Albuquerque

Des. Paulo Francisco Banhos Ponte

Desa. Francisca Adelineide Viana

Des. Durval Aires Filho

Des. Francisco Gladyson Pontes

Des. Francisco Darival Beserra Primo

Des. Francisco Bezerra Cavalcante

Des. Inácio de Alencar Cortez Neto

Des. Washington Luis Bezerra de Araújo

Des. Carlos Alberto Mendes Forte

Des. Teodoro Silva Santos

Desa. Maria Iraneide Moura Silva

Des. Francisco Gomes de Moura

Des. Luiz Evaldo Gonçalves Leite

Desa. Maria Vilauba Fausto Lopes

Desa. Lisete de Sousa Gadelha  
Des. Raimundo Nonato Silva Santos  
Des. Paulo Airton Albuquerque Filho  
Desa. Maria Edna Martins  
Des. Mário Parente Teófilo Neto  
Desa. Tereze Neumann Duarte Chaves  
Des. José Tarcílio Souza da Silva  
Desa. Maria de Fatima de Melo Loureiro  
Desa. Lígia Andrade de Alencar Magalhães  
Desa. Lira Ramos de Oliveira  
Des. Heráclito Vieira de Sousa Neto  
Des. Francisco Carneiro Lima  
Des. Francisco Mauro Ferreira Liberato  
Desa. Marlúcia de Araújo Bezerra  
Des. Henrique Jorge Holanda Silveira  
Des. Sérgio Luiz Arruda Parente  
Des. Antônio Pádua Silva  
Des. Francisco Luciano Lima Rodrigues  
Desa. Maria do Livramento Alves Magalhães  
Des. José Ricardo Vidal Patrocínio  
Dra. Rosilene Ferreira Facundo - Juíza Convocada  
Dr. Francisco Jaime Medeiros Neto - Juiz convocado

## **RELAÇÃO DOS DIRETORES E COORDENADORES DA ESCOLA SUPERIOR DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO CEARÁ (ESMEC)**

**Diretor Atual:** Desembargador Francisco Luciano Lima Rodrigues

### **Ex-Diretores**

Des. Heráclito Vieira de Sousa Neto (2016-2021)  
Des. Paulo Francisco Banhos Ponte (2015 - 2016)  
Des. Haroldo Correia de Oliveira Máximo (2013 - 2014)  
Des. Francisco Lincoln Araújo e Silva (2011-2012)  
Des. Raimundo Eymard Ribeiro de Amoreira (2009-2010)  
Des. João Byron de Figueiredo Frota (2007 - 2008)  
Des. Ademar Mendes Bezerra (2005-2006)  
Des. Francisco Hugo Alencar Furtado (2005)  
Des. José Cláudio Nogueira Carneiro (2003-2004)  
Desa. Gizela Nunes da Costa (2001-2002)  
Des. Raimundo Bastos de Oliveira (1999-2000)  
Des. Fernando Luiz Ximenes Rocha (1997-1998)  
Des. Francisco Haroldo Rodrigues de Albuquerque (1995-1996)  
Des. José Maria de Melo (1993-1994)  
Des. Ernani Barreira Porto (1991-1992)  
Des. Julio Carlos de Miranda Bezerra (1987-1990)

### **Coordenador Atual**

Juiz Alexandre Santos Bezerra Sá

### **Ex-Coordenadores**

Juiz Ângelo Bianco Vettorazzi (2017-2021)  
Juiz Marcelo Roseno de Oliveira (2016 - 2017)  
Juiz César Belmino Barbosa Evangelista Júnior (2016)  
Juiz Aluisio Gurgel do Amaral Júnior (2015 - 2016)

Juiz Antonio Carlos Pinheiro Klein Filho (2013 – 2014)  
    Juiz Emilio de Medeiros Viana (2011-2012)  
        Juiz Durval Aires Filho (2009-2010)  
            Juíza Sérgia Maria Mendonça Miranda (2009)  
Juiz Washington Luís Bezerra de Araújo (2007-2008)  
    Juiz Haroldo Correia de Oliveira Máximo (2007)  
        Juiz Marcelo Roseno de Oliveira (2006-2007)  
            Juiz Roberto Jorge Feitosa de Carvalho (2005)  
                Juiz Mantovanni Colares Cavalcante (2003-2004)  
                    Juiz Francisco Luciano Lima Rodrigues (2001-2002)  
                        Juiz Francisco de Assis Filgueira Mendes (1988-2000)

## OS ARGUMENTOS ECONÔMICOS E AS LIMITAÇÕES AO SEU USO

### *ECONOMIC ARGUMENTS AND LIMITATIONS ON THEIR USE*

**Bernardo Raposo Vidal**

Mestre em Direito da Universidade Federal do Ceará (UFC). Graduado em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Juiz de Direito - Tribunal de Justiça do Estado do Ceará.

Orcid: <http://orcid.org/0000-0003-1990-8660>

*E-mail:* bernardovidal@hotmail.com

**Nagibe de Melo Jorge Neto**

Doutor em Direito pela UFC. Juiz Federal. Professor do Centro Universitário Christus (UniChristus).

Orcid: <http://orcid.org/0000-0002-6922-0322>

*E-mail:* nagibemj@gmail.com

### **Resumo**

O presente artigo busca entender o que são argumentos econômicos e qual espaço eles ocupam na argumentação jurídica. Primeiro, delimita-se o conceito de argumentos econômicos. Em seguida, analisa-se a relação entre o argumento econômico e o argumento jurídico. Por fim, aborda-se a questão da prova ou da força dos argumentos econômicos, tendo por base a doutrina e o modelo argumentativo cunhado por Stephen Toulmin. Os argumentos econômicos, em última análise, são argumentos de fato, no sentido de que são produzidos a partir de fatos. Do ponto de vista da argumentação jurídica, argumentos de fato não podem ser utilizados sem que se verifique a verdade dos fatos. Sendo assim, é necessário provar os fatos que estruturam os argumentos econômicos. Como, então, deve se dar essa prova? Utilizando-se de pesquisa jurisprudencial, analisam-se julgados do Supremo Tribunal Federal que utilizaram argumentos econômicos, para concluir que seu uso deve ser compatibilizado com os valores trazidos pela norma jurídica, sendo de fundamental importância que tenham

fundamentos fáticos substanciosos, como estudos empíricos ou base de dados transparentes que possam ser verificados pelas partes em litígio e pela sociedade como um todo. Do contrário, o argumento econômico torna-se fraco e contribui para deslegitimar a decisão judicial.

**Palavras-chave:** Argumentos econômicos. Análise Econômica do Direito. Fundamento da Decisão Judicial. Pragmatismo Jurídico. Consequencialismo.

### **Abstract**

*This article seeks to better understand what economic arguments are, and what space they occupy in legal arguments. First, the concept of economic arguments will be delimited. Then, the relationship between the economic argument and the legal argument will be analyzed. Finally, the question of proof or the strength of economic arguments will be addressed. Economic arguments, in the final analysis, are arguments of fact, in the sense that they are produced from facts. From the point of view of legal arguments, de facto arguments cannot be used without verifying the truth of the facts. Therefore, it is necessary to prove the facts that structure the economic arguments. How, then, should this proof be given? Using jurisprudential research, judges from the Supreme Federal Court who used economic arguments will be analyzed, to conclude that its use must be compatible with the values brought by the legal norm, being of fundamental importance that they have substantial factual bases, such as studies empirical data or transparent database that can be verified by the parties to the dispute and by society as a whole. Otherwise, the economic argument becomes weak and contributes to delegitimize the judicial decision.*

**Keywords:** Economic arguments. Economic Analysis of Law. Basis of the Judicial Decision. Legal pragmatism. Consequentialism.

## **1 INTRODUÇÃO**

A chamada Análise Econômica do Direito (AED) tem ganhado significativo espaço na produção jurídica brasileira. Ocupa-se, basicamente, da utilização de ferramentas de análise próprias da Economia, sobretudo da

microeconomia, para tentar explicar ou prever quais as consequências, na organização social e econômica, da aplicação de determinadas normas jurídicas ou de determinadas interpretações das normas jurídicas. Tais consequências são deduzidas a partir da análise das escolhas racionais feitas por indivíduos ou grupos de indivíduos, com a utilização de ferramentas e modelos próprios da ciência econômica. Como ensina Ivo Gico Júnior (2019, p. 14), “a AED é a utilização da abordagem econômica para tentar compreender o direito no mundo e o mundo no direito”.

A partir dessa perspectiva, tem sido comum a colonização do Direito por argumentos econômicos. Diversas escolas do pensamento jurídico, como o pragmatismo de Richard Posner (NOVAIS, 2019, p. 96-115) e o consequencialismo, têm influenciado o pensamento jurídico brasileiro, ainda que essa influência não tenha produzido um pensamento sistematizado e apareça de forma ainda confusa na argumentação jurídica produzida pelos juízes e tribunais brasileiros.

Georges Abboud (2019, p. 1) fala em um ativismo judicial consequencialista. Segundo ele, “[e]ssa modalidade de ativismo é marcada por uma colonização da argumentação jurídica pelo discurso eficientista, pragmatista ou congênere que, de algum modo, coloque no centro da atividade decisória a realização de determinadas consequências práticas, no mais das vezes pouco ou nada lastreadas em elementos empíricos”.

O presente artigo não se insere propriamente no contexto da Análise Econômica do Direito; antes, tem por objetivo entender melhor o que são os argumentos econômicos, e qual espaço eles ocupam na argumentação jurídica. Primeiro tentaremos delimitar o que é possível entender por argumentos econômicos. Em seguida, analisaremos a relação entre o argumento econômico e o argumento jurídico. É possível que os juízes usem livremente um argumento econômico ou consequencialista ou esse argumento necessita de um fundamento jurídico?

Por fim, abordaremos a questão da prova ou da força dos argumentos econômicos. Os argumentos econômicos, em última análise, são argumentos de fato, no sentido de que os argumentos econômicos são produzidos à luz de fatos?

Do ponto de vista da argumentação jurídica, argumentos de fato não podem ser utilizados sem que se verifique a verdade dos fatos. Sendo assim, é necessário provar os fatos que estruturam os argumentos econômicos? Se a resposta for positiva, como deve se dar essa prova? A fim de ilustrar a exposição, analisam-se alguns julgados do Supremo Tribunal Federal que utilizaram argumentos econômicos.

Para o enfrentamento desse problema adotaremos como metodologia a revisão bibliográfica e a análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Primeiro definiremos argumentos econômicos e consequencialismo a partir de uma análise da doutrina nacional e estrangeira mais relevante sobre o tema. Depois, a partir dessas definições tentaremos entender o entrelaçamento entre argumentos econômicos e norma jurídicas e como se influenciam reciprocamente. Por fim, tendo por referência o modelo argumentativo proposto por Toulmin e algumas decisões do Supremo Tribunal Federal, analisaremos o problema da prova dos argumentos econômicos e proporemos uma avaliação do argumento econômico quanto à sua força.

## **2 ARGUMENTOS ECONÔMICOS E CONSEQUENCIALISMO**

Para fins desse artigo, chamaremos de argumentos econômicos aqueles argumentos que tragam em uma de suas premissas ou na conclusão uma consequência que a decisão judicial trará sobre a economia de modo geral ou sobre o gasto público, de modo particular. (JORGE NETO, 2019)

Economia aqui deve ser entendida no sentido amplo, como tudo que diz respeito a como os seres humanos administram recursos escassos. Pode ser uma premissa, como por exemplo, quando se diz que não há recursos suficientes e, por isso, uma política de saúde não pode ser suportada pelo Estado, portanto, não é devida. Ou pode ser uma conclusão, como por exemplo, quando se diz que a implementação de uma determinada política de saúde, como o fornecimento em larga escala de um determinado medicamento, pode levar à diminuição de outra política de saúde, como o programa de vacinação.

O argumento econômico pode aparecer muitas vezes como um juízo de prognose. O juiz ou o advogado avaliam quais serão as possíveis consequências econômicas de determinada decisão e, a partir dessa avaliação, fundamentam a própria decisão. Um juiz pode argumentar, por exemplo, que uma decisão que condene um banco a pagar indenização por dano moral em virtude de o cliente ter esperado mais tempo na fila do que determina a lei e os regulamentos bancários, acabaria por ocasionar um aumento de ações judiciais com pedidos semelhantes, o que geraria uma indústria do dano moral e resultaria no encarecimento dos serviços, sem evidentes benefícios de diminuição do tempo de espera. Nesse caso, temos que o juiz utiliza uma consequência econômica (encarecimento dos serviços bancários) para tomar a decisão de negar o direito à indenização.

Vê-se que o uso de argumentos econômicos é muito próximo do pragmatismo. Richard Posner (2012, p. 539) define o pragmatismo judicial como o método que dá mais ênfase às consequências da decisão do que à doutrina jurídica. Segundo Posner, “[j]udges who don’t insist that a legalistic algorithm will decide every case are what I call ‘pragmatists’, not in some pretentious philosophical sense but in the sense of an approach to decision making that emphasizes consequences over doctrine.”<sup>1</sup>

Quando se fala em enfatizar mais as consequências da decisão do que a doutrina jurídica, entramos no campo dos conceitos jurídicos indeterminados. Uma das funções primordiais da doutrina jurídica é densificar os chamados conceitos jurídicos indeterminados, o que é feito a partir da interpretação da lei, mas também sob a perspectiva da evolução histórica do direito de cada Estado, como compreendido por cada cultura. Por outro lado, se é verdade que a economia exerce influência sobre o Direito e que o Direito deve estar voltado para o desenvolvimento econômico, é também verdade que o Direito condiciona a economia e que algumas finalidades econômicas igualmente legítimas são conflitantes.

---

1 Em tradução livre: Os juízes que não insistem que um algoritmo legal decidirá todo caso são os que eu chamo “pragmatistas”, não em um pretensioso sentido filosófico, mas no sentido de uma abordagem da decisão que enfatiza as consequências sobre a doutrina.

A Constituição da República estabelece, por exemplo, que os fundamentos da ordem econômica são a valorização do trabalho e a livre iniciativa. Quando vistos como conceitos puramente econômicos, essas ideias podem aparecer como objetivos conflitantes. *Exempli gratia*, se a livre iniciativa é protegida com a menor intervenção do Estado no domínio das relações trabalhistas, o princípio da valorização do trabalho pode restar atingido em seu núcleo essencial. (ALEXY, 2017a)

A redução das desigualdades regionais e a busca do pleno emprego, previstas como princípios da ordem econômica no art. 170, incisos VII e VIII, da Constituição da República, podem entrar em conflito com o desenvolvimento nacional, considerado de modo mais amplo, que está previsto no art. 3º, inciso II, da Carta Magna, como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil. (Brasil, 1988, *on-line*)

Sendo assim, o uso dos argumentos econômicos apresenta uma série de problemas propriamente jurídicos, que dizem respeito à interpretação, à argumentação e à filosofia do Direito. O lugar de densificação e saturação (ALEXY, 2017b, p. 235) dos conceitos jurídicos indeterminados é o discurso jurídico, ainda que com base em conceitos econômicos ou com escora nas próprias consequências econômicas.

### **3 O USO DOS ARGUMENTOS ECONÔMICOS A PARTIR DE NORMAS JURÍDICAS**

A ordem jurídica influencia e condiciona a ordem econômica, ainda que seja certo também que a ordem econômica acaba por condicionar a ordem jurídica. Para o pensamento marxista, o Direito nada mais é que uma superestrutura determinada pelo modo como se organizam os meios de produção. Ferdinand Lassalle (2014, p. 35), seguindo o mesmo caminho, propõe que a Constituição são os fatores reais de poder, sendo esses as forças vivas da sociedade. Não se pode negar, todavia, que, ainda que tenha função de mera legitimação do

sistema, o discurso jurídico fundamenta-se em normas jurídicas e não em fatos puramente econômicos.

As teorias econômicas e os fatos econômicos acessam o discurso jurídico a partir das aberturas contidas nas normas jurídicas, com destaque para as normas constitucionais. Com efeito, é necessária uma compreensão econômica dos fenômenos sociais para interpretar e densificar conceitos jurídicos indeterminados como “valores sociais do trabalho” e “livre iniciativa” (art. 1º, CF/88), “desenvolvimento nacional”, “erradicação da pobreza e marginalidade”, “redução das desigualdades sociais e regionais” (art. 3º, e art. 170, CF/88), “livre concorrência” e “busca do pleno emprego” (art. 170, CF/88). Deve-se notar, todavia, que a densificação desses conceitos jurídicos indeterminados, pelo menos no que diz respeito às suas consequências jurídicas, tem lugar no discurso propriamente jurídico. (BRASIL, 1988, *on-line*).

Outro ponto de intersecção entre Economia e Direito está nos princípios constitucionais da proporcionalidade e da eficiência. O princípio constitucional da proporcionalidade estabelece regras para equacionar um *trade-off* entre dois princípios constitucionais; e o princípio da eficiência, aplicado sobretudo à Administração Pública, determina que a Administração deve preferir meios mais eficientes aos menos eficientes para atingir determinados fins. O meio será mais eficiente tanto mais ele proporcione a maximização dos benefícios com os menores custos.

A Análise Econômica do Direito propõe que existe uma relação entre eficiência e justiça. Toda norma ou interpretação da norma ineficiente seria também injusta. Segundo Ivo Gico Júnior (2019, p. 27), “se os recursos são escassos e as necessidades potencialmente ilimitadas, todo desperdício implica necessidades humanas não atendidas, logo, toda definição de justiça deveria ter como condição necessária, ainda que não suficiente, a eliminação de desperdícios (i.e., eficiência).”

As regras relacionadas ao orçamento público, como aquelas que estabelecem limites de gasto e que tratam sobre a repartição de receitas

públicas entre os diversos entes federativos, também são normas de conteúdo eminentemente econômico que devem ter seu conteúdo semântico determinado no discurso jurídico, pelo menos para os fins de estabelecerem-se as consequências jurídicas de tais regras.

Merecem ainda atenção os argumentos que não são propriamente econômicos, na medida em que não utilizam, na sua estrutura, conceitos da ciência econômica, no sentido estrito. Normalmente esses argumentos são chamados de argumentos consequencialistas. Embora não se utilizem de conteúdo da ciência econômica, esses argumentos se valem do raciocínio econômico, mais especificamente de raciocínios forjados pela microeconomia, que estão relacionados às consequências, estímulos ou incentivos que uma ou várias decisões judiciais podem ter sobre o comportamento das pessoas, com reflexos no próprio sistema de Justiça ou na economia.

Aqui, entram em cena os arts. 20 e 21, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, Decreto-Lei n. 4.657/42, incluídos pela Lei n. 13.655/2018. O art. 20, estabelece que “nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão”; e o art. 21, dispõe que “[a] decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expresso suas consequências jurídicas e administrativas”. (BRASIL, 2018, *on-line*)

O parágrafo único, do art. 21, é também digno de nota. Segundo esse dispositivo, “a decisão a que se refere o caput deste artigo deverá, quando for o caso, indicar as condições para que a regularização ocorra de modo proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais, não se podendo impor aos sujeitos atingidos ônus ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, sejam anormais ou excessivos”. (BRASIL, 2018, *on-line*)

Os ônus ou perdas são, efetivamente, consequências da decisão que devem obrigatoriamente ser avaliadas quando a decisão administrativa ou judicial invalidar ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa. Já as

consequências práticas da decisão, consequências jurídicas e administrativas estão ligadas aos estímulos que a decisão provocará nos jurisdicionados ou administrados, impactando o próprio Sistema de Justiça ou a economia.

É também muito relevante o art. 27, da Lei n. 9.868/99, que dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Esse dispositivo dispõe que:

[...] ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

A possibilidade de modulação dos efeitos da decisão foi posteriormente estendida para todos os Tribunais Superiores (art. 927, § 3º, CPC). (BRASIL, 1999, *on-line*)

As razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social a que se refere o dispositivo têm a ver precisamente com as consequências da decisão e, como se vê, esses termos representam um conceito jurídico indeterminado. É preciso densificar, saturar o que se entende por segurança jurídica ou por excepcional interesse social para fins da modulação das decisões. Os tribunais e a doutrina, contudo, estão longe de alcançar uma conclusão segura quanto à abrangência dessas expressões. Em um dos próximos tópicos, veremos alguns casos em que a utilização desses conceitos foi contraditória.

Até aqui, portanto, chamamos atenção para conceitos ou expressões normativas que impõem aos juízes e tribunais a análise das consequências da decisão, sejam essas consequências tomadas em sentido propriamente econômico, como no caso das expressões “valores sociais do trabalho” e “livre iniciativa” (art. 1º, CF/88), “desenvolvimento nacional”, “erradicação da pobreza e marginalidade”,

“redução das desigualdades sociais e regionais” (art. 3.º, e art. 170, CF/88), “livre concorrência” e “busca do pleno emprego” (art. 170, CF/88); sejam relacionadas com os princípios da proporcionalidade ou da eficiência; sejam, ainda, quando essas consequências não têm um conteúdo estritamente relacionado à ciência econômica, mas está ligada a um raciocínio econômico em sentido amplo, como sendo as escolhas tomadas por pessoas racionais em um ambiente de escassez<sup>2</sup>.

O consequentialismo está, portanto, ligado à Análise Econômica do Direito e à utilização de conceitos econômicos em raciocínios jurídicos. Mas não se resume a isso. Nem a AED se resume ao estudo dos argumentos propriamente econômicos no discurso jurídico. Aqui nos preocupam, de modo amplo, as consequências por trás dos argumentos econômicos, bem como as consequências usadas pelos argumentos jurídicos, seja nas premissas ou nas conclusões; sejam esses argumentos econômicos no sentido estrito ou no sentido mais amplo, quando, apesar de não usarem conceitos propriamente econômicos, utilizam métodos e raciocínios próprios da ciência econômica, sobretudo da microeconomia, que estão relacionados a incentivos, estímulos e comportamentos.

Podemos afirmar, do que vimos de expor, que, em grande parte dos casos, as consequências pretendidas pela norma jurídica são determinadas pela própria norma jurídica. Entender o que precisamente significam essas consequências, delimitar seu conteúdo semântico, depende de uma atividade hermenêutica que, normalmente, é feita em um contexto discursivo, a partir das regras que regem o processo de modo amplo e, mais especificamente, das regras que regem a argumentação jurídica.

Outras vezes, as consequências não são ditadas específica e expressamente pela norma jurídica, mas são usadas para justificar que uma determinada interpretação da norma seja melhor que outra. Nesses casos, temos dois problemas. O primeiro consiste em verificar se as consequências de uma determinada

---

2 Esse é um conceito econômico clássico, embora não se possa mais defender que as escolhas econômicas sejam completamente racionais. Muitas vezes, o cérebro humano funciona a partir de heurísticas e vieses não racionais. (KAHNEMAN; TVERSKY, 1979).

interpretação da norma são verossímeis; o segundo consiste em saber se a melhor interpretação da norma é a que pressupõe o atingimento ou afastamento de ditas consequências. Mais uma vez, estamos no âmbito da hermenêutica e da argumentação jurídica.

Não se pretende com isso diminuir a importância da Análise Econômica do Direito para o melhor entendimento das consequências das normas jurídicas ou das consequências de determinada interpretação da norma jurídica. O fato é que, embora essas consequências possam iluminar a interpretação da norma, elas não são pressupostos do sentido na norma. Ao revés, é o sentido da norma que acabará por determinar que consequências devem ser buscadas ou evitadas.

Aqui, nos deparamos com um problema que merece detida atenção: como as consequências usadas nos argumentos jurídicos são provadas? Ou, de outro modo, é possível usar argumentos econômicos, em sentido amplo, quando as consequências econômicas invocadas são nebulosas ou não estão devidamente atestadas?

#### **4. O PROBLEMA DA FORÇA E DA PROVA DOS ARGUMENTOS ECONÔMICOS**

Um dos problemas mais candentes acerca da utilização dos argumentos econômicos no Direito é a sua força. Como e por quais critérios podemos afirmar que as consequências invocadas no argumento ocorrerão com razoável grau de certeza? Poder-se-ia afirmar que tais consequências deveriam ser provadas, e aqui leia-se “prova em juízo”, instrumento utilizado para verificar a ocorrência, no caso concreto, dos fatos hipotéticos previstos na norma, por meio do devido processo legal. Mas, a prova em juízo é destinada apenas aos fatos que são condição para a incidência da norma. (BRASIL, 2015, *on-line*)

As consequências de uma determinada interpretação da norma não se enquadram nessa categoria. Trata-se de elementos estranhos à hipótese de incidência da norma, mas que ocorrerão ou poderão ocorrer como consequência

da aplicação da norma. Ou seja, trata-se de possíveis fatos que são ou poderão ser consequências dos fatos hipotéticos previstos na hipótese normativa (ou da aplicação de determinada sanção a esses fatos hipotéticos), uma vez que eles ocorram no mundo real.

Como saber se um argumento econômico está suficientemente ancorado na realidade? Ou se o acórdão ou decisão judicial utilizou o argumento econômico de modo suficientemente seguro? Ou se as consequências ou juízos de prognose invocados pelo argumento jurídico são suficientemente verossímeis? A quem incumbe demonstrar as consequências da decisão, sua repercussão social e econômica? Suas premissas microeconômicas foram estabelecidas empiricamente ou com ajuda de *expert*?

No início do texto apresentaram-se formas de como as consequências práticas da norma jurídica ou de uma determinada interpretação da norma podem aparecer no discurso jurídico dentro do processo judicial. Como se viu, as consequências podem aparecer como premissas ou como conclusão dentro de um argumento jurídico. A isso estamos chamando de argumento consequencialista. As premissas ou a conclusão do argumento podem conter um juízo de prognose, ou seja, o argumento estima, prevê o que acontecerá a partir da aplicação da norma.

Como o escopo do artigo é análise do argumento econômico, é possível afirmar que as consequências invocadas como premissas ou como conclusões de argumentos econômicos não se submetem à prova em juízo. Na imensa maioria das vezes, além de não dizerem respeito aos fatos previstos nas hipóteses normativas, as consequências econômicas invocadas nos argumentos jurídicos dependem de estudos amplos, estudos esses que podem, inclusive, apontar para consequências distintas e até contraditórias, como é comum com os métodos e com a investigação científica até que se chegue a uma conclusão segura acerca de uma hipótese. O problema se dá porque, muitas vezes, as consequências da interpretação devem ser levadas em conta por força da própria norma, apesar de não existirem estudos conclusivos de confirmação dessas consequências.

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça ao julgar o REsp n. 69309-SC, que tratava como pano de fundo o ônus dinâmico da prova no processo civil, discutia sobre a responsabilidade civil em razão de um certo erro médico. O juiz de 1ª instância prolatou sentença lastreado em dados técnicos que ele mesmo pesquisou, para decidir se havia imperícia médica na cirurgia. Entretanto, esses dados não constavam do processo e nem derivavam de etapa probatória produzida no curso do processo. Citou esses dados e anexou as fontes à sua decisão. O caso foi parar no STJ, para saber se esses dados seriam ou não prova, pois se fossem não teriam sido submetidos ao contraditório e isso, em tese, nulificava a sentença. O STJ afastou a argumentação quanto ao contraditório, para definir que aquelas informações técnicas não seriam um dado de fato, mas apenas a forma pela qual o juiz construiu o seu senso comum para permitir o julgamento. Esse caso serve para demonstrar como o dado técnico, empírico, é um “incômodo” para o jurista no plano concreto.

Assim, o que se verifica na prática é que, na maioria das vezes, as consequências invocadas como razões pelos advogados ou como razões de decidir pelos magistrados não são objeto de prova de juízo nem têm, no conceito de Stephen Toulmin (2006, p. 96-115), um *backing* suficiente; permanecem nebulosas, ainda que as partes e os juízes, na maioria das vezes, as considerem evidentes por si mesmas. Muitas vezes, as partes consideram evidentes consequências contrárias da aplicação da mesma norma, com o intuito exclusivo de fortalecer o seu argumento.

O *backing* ou suporte, segundo o modelo Toulmin (2006, p. 96-115), nada mais é do que o dado que justifica a regra inferencial. As consequências são usadas em um argumento econômico dentro de uma regra inferencial do tipo: *se for dada uma interpretação I a essa norma, haverá consequências econômicas C*. O *backing*, portanto, é o conjunto de dados que autoriza a concluir que essas consequências econômicas, de fato, advirão da interpretação da norma ou muito provavelmente advirão.

A depender do ineditismo do caso concreto e da experiência do juízo, qualquer afirmação sobre as consequências da aplicação da norma ou da interpretação da norma defendida, é extremamente problemática. Isso porque, se o caso for novo, sem precedente judicial, quais dados concretos o magistrado terá à sua disposição para estabelecer inferências fundamentadas? Nesse caso, poderia o juiz utilizar-se dos modelos probabilísticos da Economia de modo a dar maior força ao seu argumento? O magistrado pode até ter prévio conhecimento em Economia e utilizá-lo empiricamente, mas na imensa maioria dos casos, mesmo contando com a ajuda de um perito em economia e/ou contabilidade pública, seria impossível chegar a conclusões inequívocas quanto às consequências da norma. Por isso, esses meios têm sido pouco utilizados, valendo-se o argumento apenas de ilações sem o respectivo substrato.

Há exemplo de uso de argumentos econômicos em juízo de prognose na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Lapidar caso refere-se à compatibilidade entre a penhorabilidade do bem de família do fiador, prevista pelo art. 3º, VII, da Lei n. 8.009 de 1990, e a garantia do direito à moradia prevista pelo art. 6º da Constituição Federal, com a redação conferida pela Emenda Constitucional n. 26 de 2000.

O relator ministro Cezar Peluso reconheceu a constitucionalidade da regra. Aduziu que em caso de procedência do Recurso Extraordinário n. 407.688-8 a consequência seria um rompimento do “equilíbrio do mercado, despertando exigência sistemática de garantias mais custosas para as locações residenciais, com conseqüente desfalque do campo de abrangência do próprio direito constitucional à moradia.”

Ou seja, caso afastada a penhorabilidade, a garantia fidejussória, que é a menos custosa para a maioria dos locatários, seria substituída pelo locador, por outros tipos de garantias, e.g. carta de fiança bancária, aumentando sobremaneira o custo contratual, restringindo o acesso à moradia.

Do outro lado, Eros Grau, que ficara vencido, adotou outra interpretação:

[S]e o benefício da impenhorabilidade viesse a ser ressalvado quanto ao fiador em uma relação de locação, poderíamos chegar a uma situação absurda: o locatário que não cumprisse a obrigação de pagar alugueis, com o fito de poupar para pagar prestações devidas em razão de aquisição da casa própria, gozaria de proteção da impenhorabilidade. Gozaria dela mesmo em caso de execução procedida pelo fiador cujo imóvel resultou penhorado por conta do inadimplemento das suas obrigações, dele, locatário. Quer dizer, sou fiador; aquele a quem prestei fiança não paga o aluguel, porque está poupando para pagar a prestação da casa própria, e tem o benefício da impenhorabilidade; eu não tenho o benefício da impenhorabilidade. (STF, 2006, *on-line*)

Flávio Jaime de Moraes (2019, p. 226) sintetiza o pano de fundo da argumentação jurídica:

[H]ouve uma evidente dúvida sobre se o direito social de moradia (1) abrangia o direito a ser proprietário do imóvel ou (2) deveria ser entendido como o direito a ter facilitada a residência, ainda que na condição de locatário. O legislativo havia optado pelo sentido (2) quando editou o art. 3º, VII, da Lei n. 8.069/1990 e o STF examinou se essa escolha era compatível com o referido preceito da Constituição. Para fazer essa análise, debateu consequências que sua decisão poderia ter no mundo real. Alguns ministros se sensibilizaram com os efeitos que a perda de efetividade da garantia fidejussória teria para os locadores no mercado imobiliário, outros entenderam que o gravame sustentado para evitar tal efeito era muito alto.

Frise-se que o voto do Ministro Peluso não fez referência a nenhum dado estatístico nem houve pesquisa com metodologia para sustentar suas ilações. Simplesmente pressupôs uma consequência (aumento do custo das locações residenciais), sem fornecer suporte ou *backing* ao ser argumento, que justificaria a ocorrência no mundo real dessas consequências. Sendo muito fraco ou inexistente, não deveria ser considerado como razão de decidir, posto que derrotável em suas premissas lógicas formais.

Maria Pargendler e Bruno Salama (2013, p. 233) observam que, frequentemente, os Tribunais Superiores, ao aplicarem o princípio da proporcionalidade, fazem uso de raciocínio consequencialista econômico, com análise de estímulos, mas nem sempre o argumento está escorado em estudos empíricos:

[C]ontudo, com frequência se atingem os mesmos objetivos por meio do vocabulário “proporcionalidade” — e é talvez por isso que ainda não se tenha refletido de forma cuidadosa sobre como lidar com as afirmativas empíricas controversas suscitadas por este tipo de exame. É certo, porém, que semelhante técnica de decisão gera demanda por estudos científicos — teóricos, empíricos ou experimentais — nos moldes das demais ciências. Caso tivesse sido detectado, por exemplo, que a penhorabilidade do bem de família do fiador não apresenta qualquer influência positiva no mercado de locações de modo a promover o acesso à moradia de não-proprietários, é possível que a Corte tivesse decidido de forma diferente.

Um outro exemplo do uso de argumentos consequencialistas econômicos em juízo, é representado por um dos casos da reforma trabalhista, sob julgamento pelo Supremo Tribunal Federal. Na ADI n. 5.766, a Procuradoria-Geral da República questiona três artigos da Lei n. 13.467/2017, que estabelecem a necessidade de pagamento de honorários periciais e advocatícios pela parte derrotada (honorários de sucumbência), mesmo que esta seja beneficiária da Justiça gratuita. Também é alvo da ADI dispositivo no qual se estabelece pagamento de custas pelo beneficiário da Justiça gratuita que faltar injustificadamente à audiência de julgamento. Além disso, créditos obtidos por vitórias em outros processos trabalhistas devem ser utilizados para pagar as custas do processo em que ocorreu a sucumbência.

Para o legitimado da ADI, as disposições violariam o acesso à Justiça (art. 5º, XXXV, da CRFB). Entretanto, em seu voto, o relator ministro Luís Roberto Barroso entendeu que não há desproporcionalidade nas regras questionadas, uma vez que a limitação tem como objetivo restringir a judicialização excessiva das relações de trabalho. Essa sobre-utilização do Judiciário leva, por sua vez, à piora

dos serviços prestados pela Justiça e prejudica os próprios empregados, dado que a morosidade incentiva os maus empregadores a faltarem com suas obrigações, buscando acordos favoráveis no futuro.

Durante seu voto, o ministro Barroso trabalha com a pesquisa empírica e a estatística contida nos relatórios do Justiça em Números do Conselho Nacional de Justiça. Aponta que foram ajuizadas, apenas em 2015, cinco milhões de novas ações trabalhistas, comparando com alguns países, como os Estados Unidos com 200 mil ações na seara trabalhista e França com 75 mil.

Aduz ainda que, dos custos para movimentar a máquina judiciária em cada processo, apenas 11% são recuperados por meio de taxas, custas e emolumentos. O restante é pago pela sociedade. Portanto, 89% do custo do Poder Judiciário acaba sendo retirado do erário que poderia ser destinado para outras políticas públicas maximizadoras de direitos fundamentais.

De acordo com dados de 2012 do CNJ, foram gastos R\$ 85 (oitenta e cinco) bilhões de reais com o Poder Judiciário e, 20% (vinte por cento) disso foi para a Justiça do Trabalho. Em outro ponto do voto, Barroso traz estudo realizado pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), em 2015, que indica que 22,6% das ações trabalhistas foram arquivadas ou pelo não comparecimento do reclamante ou pela inépcia da petição inicial no procedimento sumaríssimo. Para Barroso, o custo individual do litígio não pode ultrapassar o custo social.

Denota-se que o ministro Barroso, diferentemente do julgamento do Recurso Extraordinário n. 407.688-8 (penhorabilidade do bem de família do fiador em contrato locatício), trabalhou efetivamente com pesquisa empírica no Direito, reforçando o *backing* argumentativo de seu voto.

Com efeito, importante estudo sobre a Justiça Trabalhista no Brasil apontou que o excesso de litigância naquela seara tem direta relação com o baixo custo de litigar. (SALAMA; YEUNG; CARLOTTI; 2019, p. 5)

Nesse sentido, importante trazer a lume as considerações feitas por Luiz Fux e Bruno Bodart (2019, p. 37-38) sobre as consequências oriundas da reforma trabalhista:

[A]pós a reforma, houve dramática redução do total de novas ações naquele ramo do Judiciário [...]. Gilberto Santos Ferreira conclui que a Lei n. 13.467/2017 pode ter reduzido o número de ações ao nível real, eliminando o uso desnecessário da Justiça simplesmente por ser gratuita. No longo prazo, o autor conjectura que a reforma poderá proporcionar: (i) diminuição na estrutura da Justiça do Trabalho, provocando redução de custos aos cofres públicos; (ii) maior celeridade no julgamento dos processos ajuizados, pois a diminuição no número de ações levará a uma redução no estoque de processos; e (iii) melhoria nos indicadores de emprego, gerada pela maior segurança jurídica percebida pelas empresas.

Nesse caso, a consequência invocada pelo argumento do ministro Barroso estava amparada em estudo científico, o que dá ao argumento econômico maior sustentação, ou seja, maior força obtida por meio de um *backing* robusto. Os estudos apresentados no voto são o *backing* da regra inferencial segundo a qual as mudanças nos custos do processo trabalhista trouxeram por consequência maior efetividade da jurisdição e melhoria dos indicadores de emprego.

Também o voto do ministro Barroso no julgamento do Habeas Corpus n. 126.292/São Paulo, que analisou a possibilidade de execução de decisão penal condenatória proferida em segundo grau de jurisdição, ainda que sujeita a recurso especial ou extraordinário, trouxe análise das consequências da decisão a partir de dados coligidos através de pesquisa empírica direta e referencial. A metodologia do voto ilustra bem a repartição entre a análise dos argumentos jurídicos dos pragmáticos, *in verbis*:

[...] o voto que se segue está estruturado em três partes. A Parte I cuida do delineamento da controvérsia. A Parte II é dedicada à apresentação dos fundamentos jurídicos para a possibilidade de execução da condenação penal após a decisão de segundo grau. Por fim, a Parte III expõe os fundamentos pragmáticos para o novo entendimento, preconizado no voto. (STF, 2012, *on-line*)

Ainda na primeira parte da decisão, traz importantes dados oriundos de pesquisa empírica sobre os recursos extraordinários providos em favor dos réus:

[E]m primeiro lugar, funcionou como um poderoso incentivo à infundável interposição de recursos protelatórios. Tais impugnações movimentam a máquina do Poder Judiciário, com considerável gasto de tempo e de recursos escassos, sem real proveito para a efetivação da justiça ou para o respeito às garantias processuais penais dos réus. No mundo real, o percentual de recursos extraordinários providos em favor do réu é irrisório, inferior a 1,5%<sup>3</sup>. Mais relevante ainda: de 1.01.2009 a 19.04.2016, em 25.707 decisões de mérito proferidas em recursos criminais pelo STF (RE's e agravos), as decisões absolutórias não chegam a representar 0,1% do total de decisões<sup>4</sup>. (STF, 2012, *on-line*)

E continua, agora em relação à prescrição oriunda da espera no julgamento dos recursos extraordinários:

[E]m terceiro lugar, o novo entendimento contribuiu significativamente para agravar o descrédito do sistema de justiça penal junto à sociedade. A necessidade de aguardar o trânsito em julgado do REsp e do RE para iniciar a execução da pena tem conduzido massivamente à

---

3 Segundo dados oficiais da assessoria de gestão estratégica do STF, referentes ao período de 01.01.2009 até 19.04.2016, o percentual médio de recursos criminais providos (tanto em favor do réu, quanto do MP) é de 2,93%. Já a estimativa dos recursos providos apenas em favor do réu aponta um percentual menor, de 1,12%. Como explicitado no texto, os casos de absolvição são raríssimos. No geral, as decisões favoráveis ao réu consistiram em: provimento dos recursos para remover o óbice à progressão de regime, remover o óbice à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, remover o óbice à concessão de regime menos severo que o fechado no caso de tráfico, reconhecimento de prescrição e refazimento de dosimetria.

4 Em verdade, foram identificadas apenas nove decisões absolutórias, representando 0,035% do total de decisões (ARE n. 857130, ARE n. 857.130, ARE n. 675.223, RE n. 602.561, RE n. 583.523, RE n. 755.565, RE n. 924.885, RE n. 878.671, RE n. 607.173, AI n. 580.458). Deve-se considerar a possibilidade de alguma margem de erro, por se tratar de pesquisa artesanal. Ainda assim, não há risco de impacto relevante quer sobre os números absolutos quer sobre o percentual de absolvições.

prescrição da pretensão punitiva<sup>5</sup> ou ao enorme distanciamento temporal entre a prática do delito e a punição definitiva. (STF, 2012, *on-line*)

Em certo ponto do voto, o Ministro esclarece que os métodos de atuação e argumentação dos órgãos judiciais são essencialmente jurídicos, mas a natureza de sua função, notadamente quando envolva a jurisdição constitucional e os chamados casos difíceis, tem uma inegável dimensão política, que proporcionaria ao intérprete desempenhar uma atuação criativa – para atribuição de sentido a cláusulas abertas e para realização de escolhas entre soluções alternativas possíveis –, cotejando também as consequências práticas de suas decisões. Vertendo linhas a definir o pragmatismo, destaca duas características características relativas ao caso julgado:

[(i)] o contextualismo, a significar que a realidade concreta em que situada a questão a ser decidida tem peso destacado na determinação da solução adequada; e (ii) o consequencialismo, na medida em que o resultado prático de uma decisão deve merecer consideração especial do intérprete. Dentro dos limites e possibilidades dos textos normativos e respeitados os valores e direitos fundamentais, cabe ao juiz produzir a decisão que traga as melhores consequências possíveis para a sociedade como um todo. (STF, 2012, *on-line*)

Portanto, de grande importância é o voto do ministro Barroso para exemplificar como foi utilizado o argumento consequencialista (do qual é exemplo o argumento econômico) pelo Supremo Tribunal Federal, dentro da estrutura do modelo Toulmin.

Retornando à abordagem inicial, é necessário responder à indagação lançada: é necessário provar os fatos que embasam os argumentos econômicos? Como vimos, não se trata de prova em juízo, já que os dados que embasam os argumentos econômicos não se confundem com os fatos previstos na hipótese

---

5 De acordo com o CNJ, somente nos anos de 2010 e 2011, a Justiça brasileira deixou prescrever 2.918 ações envolvendo crimes de corrupção e lavagem de dinheiro <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/60017-justica-condena-205-por-corrupcao-lavagem-e-improbidade-em-2012>.

de incidência da norma. Todavia, esses argumentos devem estar embasados em elementos empíricos que deem sustentação à conclusão de que as consequências decorrentes de uma dada interpretação da norma ocorrerão ou provavelmente ocorrerão.

A Economia e o Direito podem estreitar laços para fins de saturação do argumento e maior legitimidade das decisões judiciais quando relativas a políticas públicas. Contudo, a economia não é uma ciência exata. Não à toa que os modelos econômicos não são considerados definitivos e muitas vezes não se consegue superar ou prever uma crise econômica. Há muitas críticas importantes à utilização de argumentos econômicos no Direito.

## 5 CRÍTICAS AO USO DE ARGUMENTOS ECONÔMICOS COMO FUNDAMENTO DE DECISÕES JUDICIAIS

A fim de entendermos as limitações dos argumentos econômicos, convém passar em vista às principais críticas ao seu uso. Essas críticas partem do pressuposto de que a premissa fundamental dos argumentos econômicos é a maximização da riqueza. Assim, a melhor interpretação da lei seria aquela que assegurasse a maximização da riqueza. Bruno M. Salama divide as críticas ao uso de argumentos econômicos como fundamento de decisões judiciais em dois grupos.

O primeiro grupo de críticas ressaltaria as limitações da própria análise econômica positiva<sup>6</sup>, para concluir que, “se a ciência econômica não consegue

---

6 No artigo “*The art of Law & Macroeconomics*”, *University of Pittsburgh Law Review*, v. 74, issue 2, 2012, Bruno Meyerhof resgata a classificação de John Keynes que por nós será seguida. Tendo sido analisada a forma com que o conhecimento jurídico importa para a formação de políticas macroeconômicas, surge uma questão sobre a natureza dessa relação. Em vista da ampla difusão da literatura de Direito & Economia, estamos habituados a pensar a relação entre direito e economia como sendo baseada na dicotomia entre análise positiva/normativa. Isto é, a pesquisa jurídica que se baseia em modelos econômicos ou está analisando uma descrição de como incentivos afetam o mundo (a dimensão positiva) ou, então, está analisando assuntos de ética aplicada e justiça (a dimensão normativa). A presente seção

sequer prever com grande acuidade os comportamentos em mercados, fora deles, no campo jurídico, o seu desempenho há de ser ainda pior.” (SALAMA, 2008, p. 43)

Sintetizando as críticas, o autor reporta que as hipóteses oriundas da análise econômica do Direito não podem ser testadas porque raramente há bancos de dados disponíveis e idôneos para confirmar tais inferências. Ainda, por levar em conta modelos ideais de comportamento ao invés de dados empíricos, as hipóteses formuladas sobre se determinadas doutrinas jurídicas são conducentes à maximização de riqueza frequentemente não são apuráveis empiricamente.

Outrossim, por variadas questões como a improbabilidade de aferição do bem-estar agregado até o distanciamento cognitivo da maioria dos operadores do Direito sobre a dogmática econômica, traçar um critério normativo como a maximização da riqueza não seria um critério de fácil aplicação e interpretação do Direito que se baliza por casos concretos; e, por fim, considerando-se que o Direito é influenciado pela história e a cultura, que estruturaram seus pilares normativos, os modelos microeconômicos, por serem não históricos e desconsiderarem tais peculiaridades, seriam de difícil aplicação.

Esse primeiro conjunto de críticas tem, em comum, o argumento de que qualquer sustentação que se possa dar a argumentos econômicos (*backing*) será frágil demais para ser levada seriamente em conta.

Um segundo conjunto de críticas é desvelado por Bruno Salama (2008, p. 45). De acordo com o autor, esse segundo grupo de críticas rejeitaria a confusão entre eficiência e justiça com base em argumentos puramente normativos. Elenca, então, os principais argumentos que sustentam sua assertiva:

---

argumenta que o Direito & Macroeconomia, como aqui concebido, é mais adequadamente enquadrado como uma arte – um exercício voltado a questões aplicadas – do que como uma ciência. Faz-se isso resgatando e explicando a mais útil (mas injustificadamente esquecida) distinção entre economia positiva, economia normativa e a arte da economia, trazida por John Neville Keynes.

[...] (a) a maximização de riqueza não é um valor porque não é um fim em si próprio (ou então, se for um valor, é um valor repugnante à maioria das pessoas e portanto não pode guiar nem as políticas públicas, nem o Direito); (b) diversas liberdades (como a liberdade religiosa) costumam ser defendidas por serem intrinsecamente desejáveis, e não por serem conducentes ao progresso econômico ou à criação de valor; (c) a maximização de riqueza ignora considerações sobre a distribuição inicial de direitos na sociedade, e por isso é no mínimo um critério incompleto de justiça, se não também uma nova capa para o pensamento puramente conservador.

Aponta ainda uma quarta inferência crítica relacionada à maximização da riqueza. Seguindo este *standard*, o indivíduo perderia espaço para o bem-estar coletivo. Tal linha de raciocínio, na visão de tais críticos, daria lastro a que teorias racistas ou xenófobas pudessem tornar-se moralmente aceitáveis, “[...] posto que a escravização, a tortura, ou mesmo o assassinato de uma minoria improdutiva, corrupta ou simplesmente diferente, poderia ser justificada se isso promovesse a prosperidade de uma sociedade [...]”. (SALAMA, 2008, p. 45).

Nesse segundo conjunto de críticas, temos o argumento de que as consequências econômicas da aplicação e interpretação da norma jurídica, não seriam fulcrais para o Direito.

Essas críticas são pertinentes, mas não invalidam completamente o uso dos argumentos econômicos. Na verdade, é necessário encontrar um equilíbrio. Em alguns casos, os dados (*backing*) que sustentam um argumento econômico têm força suficiente para serem levados em conta pelas decisões judiciais. Além disso, muitas vezes, como vimos, o alcance de certas consequências econômicas é previsto na própria norma e não podem ser ignorados.

Assim, se é verdade que a maximização da riqueza não pode se sobrepor a outros valores, é verdade também que, em muitos casos deve ser levada em conta, sobretudo quando há previsão normativa que conduza à maximização da riqueza, como é o caso, por exemplo, quando a norma preceitua a máxima eficiência ou o desenvolvimento econômico, ou a redução das desigualdades regionais. Esse,

portanto, é um problema de interpretação da norma e de compatibilização da maximização da riqueza com outros valores normativamente assegurados.

A favor da consideração do argumento consequencialista (*e.g.*, econômico) no Direito brasileiro, Tércio Sampaio Ferraz Junior (2019, p. 123) pondera tratar-se de um dilema que deve ser decidido pelo aplicador/intérprete constitucional, dentro de um conflito entre fazer o que é correto e aquilo que é bom. Tal conflito é desenvolvido na perspectiva da filosofia moral, pelas teorias deontológicas e teleológicas.

As deontológicas corresponderiam ao ideal de vida humana consistente em agir corretamente segundo as regras e princípios morais, nas quais as ideias de dever e correção seriam temas centrais. Já as teorias teleológicas corresponderiam ao ideal da vida humana consistente na tentativa de satisfação de determinados fins considerados bons, em que a ideia de justo constitui o tema central. Prossegue Ferraz Júnior (2019, p. 123):

[C]omo, porém, essas escolhas em que uma codificação estrita do tipo correto/incorreto, justo/injusto acaba por fracassar como guia de orientação, válvulas de escape tem de ser encontradas. E esse acaba sendo o papel exercido pela ponderação principiológica que, ao tomar princípios como argumentos, não os usa para aumentar uma certeza (no sentido funcional de generalidade, base da presunção de um constituinte racional), mas para aumentar ainda mais a variedade de pontos de vista surgidos do caso a decidir, legitimando novas e novas ponderações de benefícios, interesses, tendo em vista novas e novas consequências.

A questão sobre a possibilidade de interdisciplinaridade entre Direito e Economia é mais ampla e foge dos objetivos estritos propostos neste artigo. De toda forma, é importante diferenciar a defesa intransigente do uso dos argumentos econômicos da possibilidade proporcionada pelos modelos econômicos no enfrentamento adequado das políticas públicas submetidas à cognição judicial.

Por fim, oportuno citar a crítica de Fernando Rodrigues, que considera que a alteração promovida no art. 20 da LINDB não adotou o consequencialismo,

enquanto espécie da teoria da argumentação (MARTINS, 2019). Aduz que tal seria impor aos operadores o descarte das demais possibilidades hermenêuticas. Pondera, no entanto, que o referido dispositivo traria efeitos positivos ao exigir considerações quanto às consequências empíricas (práticas) da decisão, o que enseja comprovação, por parte dos operadores, de sua real e verossímil ocorrência, favorecendo a melhoria da fundamentação dos julgados.

O fato é que a Lei impõe a análise das consequências da decisão. Isso deve ser feito considerando dados objetivos de sustentação ao argumento (*backing*). Juízes e advogados devem evitar a invocação de argumentos consequentialistas se não são capazes de apresentar dados objetivos de sustentação que possam ser verificados e checados pela parte contrária. Não é necessário que tais dados sejam irrefutáveis. A característica própria do método científico é a falsificabilidade. Sendo assim, não se pode exigir que o *backing* invocado como sustentação do argumento econômico seja absolutamente certo; o que se deve exigir é que ele seja transparente, claro e que os dados e métodos possam ser auditados pelas partes.

O problema da prova do argumento econômico não envolve um problema de prova dos fatos relevantes para a incidência da norma, está mais ligado à estrutura do próprio argumento com a utilização de premissas que se baseiam em estudos empíricos e dados que possam ser verificados e falseados pela parte contrária. A força dos argumentos econômicos é, assim, um problema de argumentação jurídica e não um problema de prova dos fatos de acordo com os meios processuais de prova. Nem por isso é menos relevante. Muitas vezes, os argumentos econômicos são usados sem que se apresente um *backing* minimamente adequado.

## 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Para fins desse artigo, chamamos de argumentos econômicos aqueles que abordam, em uma de suas premissas ou na conclusão, uma consequência que a decisão judicial impingirá sobre a economia de modo geral ou sobre o gasto

público, de modo particular. A economia aqui deve ser entendida em sentido amplo, envolvendo todos os âmbitos em que os seres humanos administram recursos escassos.

Os argumentos econômicos têm sido cada vez mais utilizados na prática jurídica brasileira e estão diretamente ligados à argumentação jurídica, à fundamentação das decisões judiciais e ao ativismo judicial. O uso de argumentos econômicos pode encobrir desvios interpretativos, seja pelo afastamento do sentido expresso ou latente da norma, seja pela pressuposição de consequências não suficientemente verificadas ou não passíveis de verificação.

A fim de esclarecer um pouco melhor o uso dos argumentos econômicos é necessário entender suas limitações. A primeira delas diz respeito a reconhecer que algumas consequências da aplicação da norma jurídica são determinadas de modo autônomo pela própria norma. Sendo assim, é a norma e a densificação do seu sentido pelos intérpretes que são determinantes para se estabelecer quais as consequências desejáveis e não o contexto econômico em si mesmo e isoladamente considerado. Ainda que a norma não possa desconsiderar o modo de funcionamento da economia, na maioria das vezes pode conformar esse funcionamento, estabelecendo valores, diretrizes ou objetivos a serem alcançados.

Em suma, há um diálogo e tensão permanente entre a deontologia do Direito e a ontologia da Economia. Esse diálogo não pode ser rompido, *ex ante*, em favor de qualquer dos polos, sob pena de, ao se desconsiderar as leis econômicas, *e.g.*, criarem-se normas concretas inaplicáveis; por outro lado, quando se desconsidera a vontade do legislador para seguir a maximização econômica ou qualquer outro valor divorciado da vontade soberana do povo, haveria uma ameaça à separação dos poderes e ao princípio da democracia com a produção de decisões judiciais ilegítimas.

O uso dos argumentos econômicos, portanto, deve ser compatibilizado com os valores trazidos pela norma jurídica. Além disso, é de fundamental importância que seu uso esteja escorado em fundamentos fáticos substanciais,

como estudos empíricos ou base de dados transparentes que possam ser verificados pelas partes em litígio e pela sociedade como um todo. Do contrário, o argumento econômico torna-se fraco e contribui apenas para deslegitimar a decisão judicial e seu prolator.

## REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. Consequencialismo jurídico: o lugar da análise de consequências em direito e os perigos do ativismo judicial consequencialista. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, n. 1009, p. 1-9, nov. 2019.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2017a.

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como Teoria da Justificação Jurídica. 4. ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2017-b.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

BRASIL. **Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Senado, 2015.

BRASIL. **Lei n. 9.868, de 10 de novembro de 1999**. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Brasília, DF: Senado, 1999.

BRASIL. **Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942**. Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro. Brasília, DF: Senado, 1999.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 407.688-8**. Relator: Min. Cezar Peluso. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=261768>. Acesso em: 30 dez. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 126.292/São Paulo**. Relator: Min. Teori Zavascki. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>. Acesso em: 30 dez. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.766**. Relator: Min. Luís Roberto Barroso. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.aspbase=ADI&documento=13465868&s1=5766&numProcesso=5766>. Acesso em: 30 dez. 2020.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Consequencialismo, Neoconstitucionalismo e Argumentação Jurídica. *In: Adilson Abreu Dalari et al. Consequencialismo no Poder Judiciário*. Indaiatuba: Editora Foco, 2019.

FUX, Luiz; BODART, Bruno. **Processo Civil & Análise Econômica**. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

JARDIM, Flávio Jaime de Moraes. Positivismo, Subjetividade e Consequencialismo. Consequencialismo, Neoconstitucionalismo e Argumentação Jurídica. *In: Adilson Abreu Dalari et al. Consequencialismo no Poder Judiciário*. Indaiatuba: Editora Foco, 2019.

JORGE NETO, Nagibe de Melo. **Uma teoria da decisão judicial: fundamentação, legitimidade e justiça**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2019.

KAHNEMAN, Daniel; TVERSKY, Amos. Prospect theory: an analysis of decisions under risk. **Econometrica: Journal of the Econometric Society**. v. 47, n. 2, p. 263-291, mar. 1979, Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/1914185?origin=JSTOR-pdf&seq=1>. Acesso em: 30 dez. 2020.

LASSALLE, Ferdinand. **O que é uma Constituição?** 9. ed. São Paulo: Freitas Bastos, 2014.

MARTINS, Fernando Rodrigues. **Consequencialismo e valores jurídicos abstratos na Lindb**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-fev-11/direito-civil-atual-consequencialismo-valores-juridicos-abstratos-lindb>. Acesso em: 30 dez. 2020.

NOVAIS, Aline Lima Melo. Direito, democracia e economia: a democracia pragmática de Richard Posner. **Revista Arquivo Jurídico**, Teresina, n. 1, v. 6, p. 96-115, 2019.

PARGENDLER, Mariana; SALAMA, Bruno Meyerhof. Direito e Consequência no Brasil: Em Busca de um Discurso sobre o Método. **Revista de Direito Administrativo (RDA)**, Rio de Janeiro, v. 262, jan./abr. 2013. Disponível em: [https://works.bepress.com/bruno\\_meyerhof\\_salama/80/](https://works.bepress.com/bruno_meyerhof_salama/80/). Acesso em: 30 dez. 2020.

POSNER, Richard A. The rise and fall of judicial self-restraint. **California Law Review**. v. 100, n. 3, p. 519-556, June 2012.

SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é pesquisa em direito e economia? **Cadernos Direito GV**, São Paulo, v. 5, 2008.

SALAMA, Bruno Meyerhof. The Art of Law & Macroeconomics. **University of Pittsburgh Law Review**, v. 74, p. 1-37, 2012. Disponível em: <https://abdet.com.br/site/wp-content/uploads/2014/11/the-art-of-law-macroeconomics-janeiro-de-2013.pdf>. Acesso em: 30 dez. 2020.

SALAMA, Bruno; CARLOTTI, Danilo; YEUNG, Luciana. Quando litigar vale mais a pena do que fazer acordo: os grandes litigantes na justiça trabalhista. **FGV Working Paper - série: o judiciário destrinchado pelo 'big data'** (2019). Disponível em: <[https://direitosp.fgv.br/sites/direitosp.fgv.br/files/arquivos/relatorio2-litiganciajtfinal\\_fgv.pdf](https://direitosp.fgv.br/sites/direitosp.fgv.br/files/arquivos/relatorio2-litiganciajtfinal_fgv.pdf)>. Acesso em: 30 dez. 2020.

TIMM, Luciano Benetti *et al.* **Direito e Economia no Brasil**: estudos sobre a análise econômica do direito. 3. ed. Indaiatuba: Foco, 2019.

TOULMIN, Stephen E. **Os usos do argumento**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

**SUBMETIDO:** 30/12/2020

**APROVADO:** 12/04/2021

## A INFLUÊNCIA DO MACHISMO NO FEMINICÍDIO, NOS CRIMES SEXUAIS E NA VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER

### *THE INFLUENCE OF MACHISM ON FEMINICIDE, SEXUAL CRIMES AND VIOLENCE AGAINST WOMEN*

**Cristian Kiefer da Silva**

Doutor e Mestre em Direito pela PUC Minas. Estágio de Pós-Doutorado em Direito na PUC Minas. *Visiting Research Scholar na Northeastern State University-EUA. Visiting Foreign Professor na University of Tulsa-EUA. Visiting Foreign Professor na Oklahoma State University-EUA.* Professor de Graduação e Pós-Graduação em Direito em Belo Horizonte/MG.  
Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-5901-7179>  
E-mail: [cristiankiefer@yahoo.com.br](mailto:cristiankiefer@yahoo.com.br)

**Izabella Cristina Mendes Silva**

Bacharela em Direito pelo Centro Universitário UNA. Pesquisadora em Direito. Advogada.  
Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-2463-4679>  
E-mail: [izabellacms@hotmail.com](mailto:izabellacms@hotmail.com)

### **Resumo**

O presente trabalho procura analisar como o machismo é uma das ideologias primordialmente responsáveis pela perpetração de crimes como feminicídio, crimes sexuais e violência contra a mulher. Nesse sentido, será objeto da pesquisa a violência contra a mulher definida como todo ato que resulte lesão física, sexual, psicológica e que pode culminar, na maioria das vezes, em morte de mulheres, tanto na esfera pública quanto na esfera privada. Este tipo de violência é baseado em gênero, o que significa que os atos de violência são cometidos contra as mulheres expressamente porque são mulheres. Por seu turno, a pesquisa desenvolve-se em torno de uma pesquisa de cunho bibliográfico com o fito de verificar como as teorias e características machistas podem aumentar os índices de feminicídio, crimes sexuais e violência contra a mulher.

**Palavras-chave:** Discussões teórico-filosóficas. Machismo. Violência.

### **Abstract**

*The present work seeks to analyze how machismo is one of the ideologies primarily responsible for the perpetration of crimes such as feminicide, sexual crimes and violence against women. In this sense, violence against women defined as any act that results in physical, sexual, psychological injury and that can culminate, in most cases, in the death of women, both in the public and private spheres, will be the object of the research. This type of violence is based on gender, which means that acts of violence are committed against women expressly because they are women. In turn, the research is developed around a bibliographic research with the intention of verifying how sexist theories and characteristics can increase the rates of feminicide, sexual crimes and violence against women.*

**Keywords:** *Theoretical and philosophical discussions. Chauvinism. Violence.*

## **1 INTRODUÇÃO**

A consolidação da sociedade numa estrutura patriarcal, isto é, verticalizada, impôs às mulheres a submissão à figura do homem. Ressalta-se que o poder masculino é basilar para a organização social, mas fica bem evidente que a influência do machismo no feminicídio, nos crimes sexuais e na violência contra a mulher é facilmente impressa na cultura brasileira.

A discussão é pertinente à medida que se percebe uma tendência ao supremacismo mesmo em pleno século XXI, e como esse supremacismo parece não ter limites, surge no cenário a violência simbólica *versus* violência real. Acostrar mulheres tem se tornado atitudes axiomáticas. Desde as agressões verbais às torturas psicológicas e muitas vezes até à morte, a violência contra o gênero está se irradiando cada vez mais e seguindo as veredas da banalização. Inclusive, está presente na literatura, nas novelas, nas casas, nas ruas etc. Não chocam - nem poderiam chocar - àqueles que se encontram inseridos num contexto em que a violência contra gênero está internalizada como normal. Notadamente, dentre

todos os tipos de violência contra a mulher, destaca-se a violência doméstica. Esse tipo de violência é duplamente cruel, pois de um lado se caracteriza como uma violência de gênero e de outro se materializa no ambiente que deveria ser antes de tudo um lugar seguro e acolhedor.

Por essas constatações é que no decorrer desse trabalho foi possível percorrer os caminhos dialogais da temática à luz dos olhares atentos de diferentes teóricos do ramo. Nessa vertente, uma breve contextualização histórica da construção de pensamentos machistas de propriedade será apresentada no primeiro capítulo. Para tal intento, é estabelecido um diálogo entre a ideologia machista e as relações de poder.

Na mesma linha de raciocínio, pontua-se aqui uma questão que também ganha relevo nesta seara, em especial no segundo capítulo, ao abranger o significado de violência simbólica *versus* violência real, consoante com a visão de Pierre Bourdieu, quando o filósofo aponta para uma reflexão a respeito da violência simbólica no que toca a mulher na sociedade patriarcal. Ao julgar a mulher incapaz de ocupar determinados cargos, oferecer salários mais baixos para mulheres em mesmos cargos que homens e considerar que elas devem ganhar menos, por exemplo (há aí um *dolo simbólico* que reflete nos outros campos, como o econômico, social e psíquico). Extrapolando o valor simbólico, a ideia de dominação masculina sobre o corpo da mulher é refletida nos casos de feminicídio, crimes sexuais e na violência contra a mulher.

Nesse sentido, o desdobramento deste capítulo abordará que, à luz das considerações do doutrinador Marcelo Neves, a violência contra o gênero não é tratada com a celeridade esperada da lei, tendo em vista que existem sistemas infraconstitucionais que visam alentar àquelas pessoas que vêm seus direitos lesados através da edição de leis não passíveis de execução, como o especialista chamou de Constituição Simbólica. Essa instrumentalização traz a ideia de *legislação álibi*, ou seja, trata-se da discrepância entre a função hipertroficamente simbólica (excesso de disposições carentes de aplicabilidade) e a insuficiente concretização jurídica de diplomas constitucionais.

Dessa forma, fica evidente a necessidade de abordar como o ordenamento jurídico prevê penas para esses crimes bem como os posicionamentos doutrinários quanto à natureza qualificadora do feminicídio e de outros crimes contra o gênero também se faz nesse artigo. Será citada parte de um estudo que concluiu que grande parte da violência sofrida pelo homem ocorre no espaço público, já a mulher, na maioria das vezes, é vítima de violência em seu próprio lar, sendo que normalmente o agressor é o marido ou o companheiro. Diante de tal problema, o legislador viu a necessidade de editar leis específicas no fito de minimizar as agressões e punir os agressores.

Discorrer acerca dos posicionamentos doutrinários quanto à natureza da qualificadora do feminicídio e demais crimes contra a mulher é função deixada ao quarto capítulo que propõe uma discussão sobre os crimes cometidos contra a vida da mulher, sua disposição em lei e o entendimento dos doutrinadores sobre o tema.

Sem a intenção de esgotar o tema desse trabalho, deve-se destacar o seu caráter contributivo para a discussão, mesmo porque a realidade é muito mais rica e complexa do que as tentativas de definição e delimitação formais. Além do exposto, pelo caráter circunstanciado de seu objetivo não se pretende com tal explanação criar algum atrito, mas sobretudo, elucidar a existência de pontos ora comuns ou ora antagônicos.

## **2 CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA A RESPEITO DO PENSAMENTO MACHISTA DE PROPRIEDADE**

O machismo com suas práticas não é invenção moderna. Não se constroem padrões como esse do dia para noite, pois está em praticamente todos os tempos históricos. Ele não nasceu com o capitalismo, não nasceu com a Igreja, não nasceu com a propriedade privada. O machismo não tem origem, não tem nacionalidade, não tem idade, embora seja possível enxergá-lo há pouco tempo. Ele acompanha as culturas das quais somos herdeiros há milênios.

A cultura, embora possa ser definida de várias formas, exprime os diferentes modos de organização da vida social, referindo-se tanto à humanidade quanto às nações, às sociedades e aos grupos sociais. Segundo Houaiss, cultura é o:

Conjunto de manifestações artísticas, sociais, linguísticas e comportamentais de um povo ou civilização. Portanto, fazem parte da cultura de um povo as seguintes atividades e manifestações: música, teatro, rituais religiosos, língua falada e escrita, mitos, hábitos alimentares, danças, arquitetura, invenções, pensamentos, formas de organização social. (HOUAISS, 2009, p. 155).

Portanto, é o modo como os indivíduos se comportam e expressam seus valores, suas crenças e seus saberes, em um determinado período histórico. De acordo com Mello Filho, cultura é o:

[...] resultado final das atitudes, ideias e condutas compartilhadas e transmitidas pelos membros de uma determinada sociedade, juntamente com os resultados materiais dessa cultura, isto é, as invenções, os métodos de investigação do ambiente, e o (acúmulo de objetos manufaturados[...]) (MELLO FILHO, 1988, p. 184).

As Ordenações Afonsinas, ou Código Afonsino, são uma das primeiras coletâneas de leis pioneiras, promulgadas durante o reinado de Dom Afonso V em meados do século XV. No regime dessas Ordenações, ao marido não era imputado pena por aplicação de castigos corporais à mulher e aos filhos; à mulher era vedado ser testemunha em testamento público; o pátrio poder era de exclusividade do marido, não podendo a mulher ser tutora ou curadora sempre que contraísse novas núpcias; as viúvas poderiam sê-lo desde que “vivessem honestamente”. Não podia, à mulher, praticar quase nenhum ato sem a autorização do marido.

Com a implantação do regime republicano brasileiro, veio o Decreto n. 181, de 24 de janeiro de 1890, que manteve o domínio patriarcal. No entanto, de forma mais suave quando dispôs sobre o casamento civil e retirou do marido o direito de impor castigo corpóreo a mulher e os filhos. O Código Civil de 1916 sustentou os

princípios conservadores mantendo o homem como chefe da sociedade conjugal, limitando a capacidade da mulher a determinados atos como, por exemplo, a emancipação que será concedida pelo pai, ou, pela mãe apenas no caso de o pai estar morto. Vai mais além o Código Civil quando prevê, no artigo 186, que em havendo discordância entre os cônjuges prevalecerá a vontade paterna:

Art. 186. Discordando eles entre si, prevalecerá a vontade paterna, ou sendo o casal separado, divorciado ou tiver sido o seu casamento anulado, a vontade do cônjuge, com quem estiverem os filhos.

Parágrafo único. Sendo, porém, ilegítimos os filhos, bastará o consentimento do que houver reconhecido o menor, ou, se este não for reconhecido, o consentimento materno.

Art. 242 - A mulher não pode, sem o consentimento do marido:

I. Praticar atos que este não poderia sem o consentimento da mulher

II. Alienar, ou gravar de ônus real, os imóveis do seu domínio particular, qualquer que seja o regime dos bens.

III. Alienar os seus direitos reais sobre imóveis de outrem.

IV. Aceitar ou repudiar herança ou legado.

V. Aceitar tutela, curatela ou outros múnus públicos.

VI. Litigar em juízo civil ou comercial, a não ser nos casos indicados nos arts. 248 e 251.

VII. Exercer profissão.

VIII. Contrair obrigações, que possam importar em alheação de bens do casal.

IX. Aceitar mandato.

(BRASIL, 1916).

No início do século XIX, grupos de mulheres se reuniram almejando algum espaço na área da educação e do trabalho, sendo notória a figura de Myrtes de Campos como a primeira advogada do Brasil. No artigo intitulado “*Feminismo, Violência e Poder: Uma análise histórico-jurídica da trajetória e dos documentos que culminaram na Lei Maria da Penha e no feminicídio*”, os autores Cristian Kiefer da Silva, Débora Totini Seabra e Luiz Antônio Soares Júnior, discorreram que ao longo do século XIX houve uma releitura do medo que as mulheres tinham do sexo oposto, sobretudo com o desenvolvimento do comércio e da atividade industrial, seja ao se inserirem no labor ou administração

de lojas familiares, ou pequenas empresas artesanais, ou em outras lojas, embora em escalões inferiores:

[...] Não é difícil se verificar que a submissão das mulheres em relação aos maridos e aos demais patriarcas, como sogros e avôs, gerou uma submissão aos homens em geral. Mas o que se nota, também, com os avanços das relações sociais, é que esse processo levou à submissão das mulheres ao próprio aparelho estatal. Assim, pode-se dizer que a mulher, portanto, é submissa; sujeita e sujeitada ao aparelho Estatal. [...] (KIEFER *et al*, 2019, p. 302).

Ainda em passos lentos - depois de anos de reivindicações - apenas em 1932, oficialmente foi conquistado o direito de a mulher votar e ser votada, enquanto o do homem, relata-se que em meados de 1555, tal direito já fazia parte do universo masculino. No entanto, com viés machista, apenas as mulheres casadas, com autorização dos maridos, e as solteiras e viúvas que tivessem renda própria, possuíam tal direito. Em 1934, as restrições ao voto feminino foram eliminadas e, em 1946, a obrigatoriedade do voto foi estendida às mulheres após intensa campanha nacional pelo direito das mulheres ao voto (fruto de uma longa luta, iniciada antes mesmo da Proclamação da República).

Com a democracia, as mulheres ganham mais protagonismo no governo com a criação do Conselho Nacional dos Direitos da Mulher, em 1985. Foi também aberta a primeira Delegacia de Defesa da Mulher, especializada no atendimento de vítimas de agressão doméstica e de casos de violência contra a mulher. Anos mais tarde, em 2006, foi promulgada a Lei Maria da Penha, ou seja, um grande passo para a prevenção da violência doméstica. A figura feminina na sociedade brasileira, especificamente, foi bastante enraizada pela figura paternalista e pela posição do homem opressor, anulando durante muito tempo os direitos inerentes às mulheres. Esse contexto machista foi o propulsor para que episódios de violência se tornassem naturais e frequentes na sociedade brasileira, trazendo dados alarmantes até hoje, quase 33 (trinta e três) anos depois da promulgação da Constituição de 1988.

Não é de balde que em toda parte da sociedade, os bombardeios com ideais que aprovam e divulgam a violência contra o gênero feminino grassam livres. Um exemplar de aclamação à violência contra a mulher é oferecida pelo cantor e compositor Sidney Magal, com a caliente sonoridade latina a música “*Se te pego com outro te mato*”. Dificilmente alguém vai perceber uma pretensão ao feminicídio em uma canção tão dançante, ainda mais nos idos dos anos 70:

Dizem que eu estou errado  
Mas quem fala isto  
É quem nunca amou  
Posso até ser ciumento  
Mas ninguém esquece  
Tudo o que passou...  
Se te pego com outro te mato  
Te mando algumas flores e depois escapo.  
(MAGAL, 1977).

Não fosse necessário ir tão longe, as canções atuais, em especial, os *funks* e alguns *sertanejos*, anunciam, velada ou escancaradamente pretensões de violência contra o gênero. Segundo dados da Organização Mundial da Saúde – OMS, um terço dos homicídios de mulheres no mundo são cometidos por seus companheiros, enquanto uma pequena porcentagem dos assassinatos de homens é cometidos por suas parceiras. Já a projeção da Organização das Nações Unidas é que 70% de todas as mulheres no mundo já sofreram ou irão sofrer algum tipo de violência em algum momento de suas vidas. Em 2016, um terço das mulheres no Brasil - 29% - relataram ter sofrido algum tipo de violência. Delas, apenas 11% procuraram uma delegacia da mulher e em 43% dos casos a agressão mais grave foi no domicílio.

Esses dados alarmantes, quando analisados à luz da Criminologia, relatam as influências do machismo no feminicídio, nos crimes sexuais e na violência contra a mulher. É preciso pensar estratégias para minimizar esses efeitos catastróficos. Notadamente, a análise seguinte trata justamente quais são os fundamentos que dão respaldo ao pensamento machista.

## 2 O PENSAMENTO MACHISTA E SEUS FUNDAMENTOS

Para tratar essa questão, nada melhor que recorrer ao pensamento de Jean-Jacques Rousseau. Considerado um dos principais filósofos do iluminismo e um precursor do romantismo, o pensamento rousseauiano é paradoxalmente contratualista moderno a medida em que o iluminista legitima, em suas considerações a desigualdade de gêneros atribuindo essa desigualdade a “*fatores autorizados pela natureza*”, no dizer do filósofo.

Rousseau busca fundamentar legalidade ao confinamento da mulher ao espaço doméstico. Já a inferioridade do sexo feminino possui como fundamento a natureza e a razão. Isso está bem claro em sua obra *Emílio*. Esse livro, publicado em 1762 tem em seu prólogo: “*Magníficos, muito honrados e soberanos senhores,*” consiste numa proposta de educação dos indivíduos desde criança até adultos. O autor dedica quatro capítulos à educação de Emílio, que representa o sexo masculino, e um capítulo à educação de Sofia, representante do sexo feminino e que seria a futura esposa de Emílio. O contratualista, retomando Gênesis 2:18 apregoa:

[...] Não é bom que o homem fique só. Emílio é homem e nós lhe prometemos uma companheira. É preciso dar-lha. Esta companheira é Sofia. Onde se abriga? Onde a encontraremos? Para encontrá-la é preciso conhecê-la. Saibamos primeiramente como é e julgaremos melhor onde reside[...]. (ROUSSEAU, 1992, p. 412).

Ao analisar as palavras do filósofo na citada obra, percebe-se que o teórico considera a mulher como “*passiva e fraca*”, alegando, desta maneira que basta um pouco do uso da força masculina para que a mulher seja subjugada. A mulher, na ótica desse autor, foi criada para agradar ao homem. O homem agradar a mulher não é uma necessidade direta, “*seu agrado é natural e vem de sua potência, de sua força: essa é a lei da natureza*”, afirmou Rousseau. Se a mulher não agradasse ao homem, nos preceitos por ele estabelecidos, ela poderia ser punida e conseqüentemente substituída.

[...] Cabem apenas as mulheres, via sedução, que lhes é própria, buscarem mexer com os sentidos dos homens, desde que de forma moderada, se não traria à ruína dos dois gêneros. A astúcia é um talento natural das mulheres. Como as mulheres são naturalmente mais fracas do que os homens, se eles se enfraquecerem elas tornarão mais fracas ainda, por isso a astúcia desse ver prevenida de abusos [...]. (ROUSSEAU, 1992, p. 423).

Pensamento congruente a esse ganha luz com Parsons e Bales, segundo Maria de Fátima Guimarães (2005, p. 23) em *“Trajetória dos feminismos: introdução à abordagem de gênero”*, quando esses primeiros defendem a diferença de gênero no interior da família moderna em termos de papéis “expressivos” (femininos) e papéis “instrumentais” (masculinos). Esta concepção funcionalista continua relegando à mulher, através de uma explicação essencialista, à condição naturalmente subalterna ao homem.

Tal análise funcionalista é congruente à naturalistas no que concerne a clara legitimação do papel subordinado das mulheres a partir do entendimento de que estava limitado a mulher o espaço privado, da família e da reprodução social. Traçados os fundamentos do pensamento machista, é possível levantar a primeira hipótese para que tais crimes aumentem e prevaleçam na sociedade (o homem tem internalizado em si que a mulher é de sua propriedade).

Um motivo a ser combinado nas explicações de que buscamos sobre violência é sua relação com o poder. Sobre este aspecto, Cristian Kiefer explica que “parece haver uma associação direta entre o poder do agressor sobre a vítima e a prática da violência para reafirmar esse poder de cunho dominador.” (KIEFER *et al*, 2016, p. 317). Por outro lado, Hannah Arendt demonstra como muitos pensadores políticos, que a violência é a mais evidente manifestação de poder. Segundo a autora, poder e violência não só são diferentes, como opostos: “Onde um domina absolutamente, o outro está ausente. A violência aparece onde o poder está em risco, mas, deixada a seu próprio curso, conduz a desaparecimento do poder”. (ARENDRT, 2009, p. 73).

A fundamentação para o questionamento do machismo correlacionado ao feminicídio, por exemplo, se baseia em estatísticas e dados históricos, onde “No Brasil do século XX, a violência ainda atinge dois milhões de mulheres por ano. Uma brasileira a cada 15 segundos sofre com o terror doméstico.” (ONU, 2015).

Os dados estatísticos citados anteriormente, reforçam o conceito de feminicídio presente no Código Penal, o qual em seu parágrafo 2º, inciso I, caracteriza condições do sexo feminino quando o crime envolver violência doméstica e familiar. Conforme pesquisa divulgada pela Organização Mundial da Saúde, numa discussão realizada em 2011 no Rio de Janeiro intitulada: “*Diminuindo diferenças: a prática das políticas sobre determinantes sociais da saúde*”, destacou que uma em cada cinco mulheres já sofreu algum tipo de violência física, sexual ou outro abuso praticado por um homem. Tal citação incide ao segundo inciso do artigo e parágrafo mencionados anteriormente, o qual caracteriza o feminicídio com o menosprezo ou discriminação à condição de mulher.

A violência em âmbito doméstico e familiar tem amparo pela Lei n. 11.340 de 2006, que criou mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal de 1988. Pelo contrário do que se imagina, a maioria dos crimes contra a mulher, advém das relações domésticas. De acordo com as inúmeras formas de agressões contra a mulher, a história da sociedade brasileira é marcada por grande violência, seja ela sexual, verbal ou agressão física. Em razão da violência às mulheres no Brasil, foi necessária a criação da Lei Maria da Penha e o acréscimo ao Código Penal do crime de feminicídio, como uma qualificadora do crime de homicídio. Tais medidas foram criadas com o intuito de se buscar uma solução para os inúmeros crimes cometidos contra a mulher. Atualmente, tais medidas são importantes, mas ainda são relativamente ineficazes, pois a violência contra a mulher continua crescendo perante a sociedade contemporânea.

## **2.1 Violência contra a mulher: definições teóricas, problematizações filosóficas e jurídicas**

A cultura brasileira machista, da tradição histórica até os dias atuais, macula a imagem da mulher, tornando-a vulnerável. Nesse aspecto, o machismo é considerado paradoxal, servindo inclusive de alicerce para a prática crimes contra a mulher. Não obstante, o principal motivo para a discussão relacionada ao tema é a influência do homem machista envolto no seu modo de pensar e agir perante à mulher.

Segundo a Organização Mundial de Saúde, a violência pode ser classificada em modalidades: a) violência interpessoal: este tipo de violência pode ser física ou psicológica, ocorrer tanto no espaço público como no privado. São vítimas crianças, jovens, adultos e idosos. Neste tipo de violência destacam-se a violência entre os jovens e a doméstica; b) violência contra si mesmo: é aquela em que a própria pessoa se violenta, causando lesões a si mesma, também conhecida como autolesão; c) violência coletiva: é aquela cometida contra outra pessoa ou contra um grupo ou comunidade que resulte ou possa resultar em sofrimento, morte, dano psicológico, desenvolvimento prejudicado ou privação; d) violência física é aquela na qual uma pessoa, que está em relação de poder superior à outra, causa ou tenta causar dano não acidental, por meio do uso de força física ou de algum tipo de arma que pode provocar ou não lesões externas, internas ou ambas, levando-se em conta que castigos repetidos, não severos, também são considerados violência física; e) violência doméstica é o nome dado para descrever as ações e omissões que ocorrem em variadas relações. Engloba todas as formas, em especial aquelas que violem a integridade física e sexual das vítimas; f) violência sexual é toda ação onde uma pessoa em relação de poder e por meio de força física, coerção ou intimidação psicológica, obriga a outra ao ato sexual contra a sua vontade, ou que a exponha em interações sexuais que propiciem sua vitimização, da qual o agressor tenta obter gratificação; g) violência psicológica é toda ação ou omissão que cause ou vise causar dano à autoestima, à identidade ou ao desenvolvimento

da pessoa; h) violência patrimonial são todos os atos destrutivos ou omissões do (a) agressor (a) que afetam a saúde emocional e a sobrevivência de membros da família; i) violência institucional é aquela exercida nos próprios serviços públicos, por ação ou omissão. Pode incluir desde a dimensão mais ampla da falta de acesso à má qualidade de serviços. Abrange abusos cometidos em virtude das relações de poder entre usuários e profissionais dentro das instituições, até por uma noção mais restrita de dano físico intencional.

Com relação às vítimas, é importante considerar que, muitas vezes, em razão de inibições de toda sorte por parte do agressor, elas deixam de levar ao conhecimento de parentes e das autoridades os fatos por temor, vergonha ou outros motivos íntimos. Em outras vezes ocorre o desconhecimento de seus próprios direitos, principalmente pela forma banalizada como vem sendo tratada a violência doméstica e familiar, levando as próprias vítimas a descrever no sistema estatal de apuração.

### **3 A VIOLÊNCIA SIMBÓLICA SEGUNDO PIERRE BOURDIEU**

O termo “violência simbólica” é definido pelas relações de poder que se formam entre indivíduos e/ou instituições, que se situam em sistemas/estruturas de poder que se tornam instrumentos para ajudar a assegurar que uma classe domine outra. Na obra de Pierre Bourdieu, a violência simbólica denota mais do que uma forma de violência que opera simbolicamente. É “a violência exercida sobre um agente social com a sua cumplicidade” (BOURDIEU; WACQUANT, 2002, p. 167). Segundo Cecília Sardenberg, membro do Núcleo de Estudos Interdisciplinares sobre a Mulher - NEIM/UFBA, “o mundo simbólico aparece como um grande quebra-cabeça a ser decifrado”:

[...] e é nesse mundo simbólico que a violência simbólica se localiza e se manifesta, através de toda uma produção simbólica, via linguagem, arte, religião e outros sistemas simbólicos, que reforçam relações assimétricas e hegemônicas, desqualificações, preconceitos e violências

de todo tipo, a violência simbólica se infiltra por toda a nossa cultura, legitimando os outros tipos de violência[...]. (SARDENBERG, 2011, p. 1).

Ao iniciar a abordagem, Pierre Bourdieu explica que os sistemas simbólicos são responsáveis por produções simbólicas, que funcionam como instrumentos de dominação. Com base em Marx, Pierre Bourdieu elucida que tais produções se relacionam com os interesses da classe dominante e privilegiada: construindo e legitimando esta leitura distorcida e conivente com o instituído, encontrando o exercício do poder simbólico. Este é descrito sinteticamente da seguinte forma:

[...] O poder simbólico como poder de construir o dado pela enunciação, de fazer ver e fazer crer, de confirmar ou de transformar a visão do mundo e, desse modo, a ação sobre o mundo, portanto o mundo, poder quase mágico que permite obter o equivalente daquilo que é obtido pela força (física ou econômica) graças ao efeito específico de mobilização, só se exerce se for reconhecido, quer dizer, ignorado como arbitrário. Isto significa que o poder simbólico não reside nos «sistemas simbólicos» em forma de uma “*illocutionary force*”, mas que se define numa relação determinada – e por meio desta – entre os que exercem o poder e os que lhe estão sujeitos, quer dizer, isto é, na própria estrutura do campo em que se produz e se reproduz a crença. O que faz o poder das palavras e das palavras de ordem, poder de manter a ordem ou de a subverter, é a crença na legitimidade das palavras e daquele que as pronúncias, crença cuja produção não é da competência das palavras[...] (BOURDIEU, 2007b, p. 14-15).

O sociólogo francês destaca que com homem e mulher não é diferente. Essa oposição entre dois sexos só pode ser entendida no contexto de todas as oposições do pensamento ocidental. Ao se associar o feminino com a sensibilidade, a fraqueza ou a emotividade (em contraposição à racionalidade e à força), opera-se uma dimensão de poder que, na prática, leva à redução das possibilidades de ação, protagonismo e autonomia das mulheres.

Como decorrência desse exercício do poder simbólico, temos a violência simbólica, a qual se estabelece “[...] por meio de um ato de cognição e de mau reconhecimento que fica além – ou aquém – do controle da consciência e da vontade, nas trevas dos esquemas de *habitus* que são ao mesmo tempo gerados e generantes.” (BOURDIEU, 1998, p. 22-23).

Este tipo de representa uma forma de violência invisível, que se impõe numa relação do tipo *subjugação-submissão*, cujo reconhecimento e cumplicidade fazem dela uma violência silenciosa que se manifesta sutilmente nas relações sociais e resulta de uma dominação cuja inscrição é produzida num estado voltado para um conjunto de ideias e juízos tidos como naturais. Por depender da cumplicidade de quem a sofre, sugere-se que o dominado conspire uma traição a si mesmo. Quando reconhecido, estamos diante deste poder simbólico, uma vez que “o poder simbólico é, com efeito, esse poder invisível o qual só pode ser exercido com a cumplicidade daqueles que não querem saber que lhe estão sujeitos ou mesmo que o exercem.” (BOURDIEU, 1989, p. 7).

Exemplos do exercício da violência simbólica incluem relações de gênero, nas quais homens e mulheres concordam que as mulheres são mais fracas, menos inteligentes, menos confiáveis, e assim por diante (e para Pierre Bourdieu, as relações de gênero são o caso paradigmático da operação da violência simbólica), ou relações de classe em que tanto a classe operária quanto a classe média concordam que as classes médias são mais inteligentes, mais capazes de administrar o país, mais merecedoras de salários mais altos. No campo onde constituímos nossa forma de ver o mundo existe uma dimensão simbólica. É nesse espaço em que a violência simbólica é estabelecida.

[...] Como estamos incluídos, como homem ou mulher, no próprio objeto que nos esforçamos por apreender, incorporamos, sob a forma de esquemas inconscientes de percepção de apreciação, as estruturas históricas da ordem masculina; arriscamo-nos, pois, a recorrer, para pensar a dominação masculina, a modos de pensamento que são eles próprios produto da dominação. Não podemos esperar sair deste

círculo se não encontrarmos uma estratégia prática para efetivar uma objetivação do sujeito da objetivação científica[...]. (BOURDIEU, 2009, p. 31).

Para Pierre Bourdieu, os seres humanos possuem quatro tipos de “capital”, são eles: 1) o capital econômico, a renda financeira; 2) o capital social, suas redes de amizade e convívio; 3) o capital cultural, aquele que é constituído pela educação, diplomas e envolvimento com a arte; 4) capital simbólico, que está ligado à honra, o prestígio e o reconhecimento. É através desse último capital que determinadas diferenças de poder são definidas socialmente. Por meio do capital simbólico, é que instituições e indivíduos podem tentar persuadir outros com suas ideias.

A violência simbólica se dá justamente pela falta de equivalência desse capital entre as pessoas ou instituições. O conceito foi definido por Pierre Bourdieu como uma violência que é cometida com a cumplicidade entre quem sofre e quem a pratica, sem que, frequentemente, os envolvidos tenham consciência do que estão sofrendo ou exercendo.

### **3.1 A dominação masculina sobre a mulher como violência simbólica**

Em seu livro “*A dominação masculina*”, Pierre Bourdieu, traz uma reflexão a respeito da violência simbólica no que toca a mulher na sociedade patriarcal. Segundo ele, é sempre esperado que o homem tenha o capital maior do que o da mulher. Isso se dá pela naturalização da dominação masculina na sociedade. Ao julgar a mulher incapaz de ocupar determinados cargos, oferecer salários mais baixos para mulheres em mesmos cargos que homens e considerar que elas devem ganhar menos porque engravidam, há aí um dolo simbólico que reflete nos outros campos, como o econômico.

[...] A divisão entre os sexos parece estar “na ordem das coisas”, como se diz por vezes para falar do que é normal, natural, a ponto de ser

inevitável: ela está presente, ao mesmo tempo, em estado objetivado nas coisas (na casa, por exemplo, cujas partes são todas “sexuadas”), em todo o mundo social e, em estado incorporado, nos corpos e nos habitus dos agentes, funcionando como sistemas de esquemas de percepção, de pensamento e de ação [...]. (BOURDIEU, 2009, p. 17)

Ao abordar a violência simbólica, o pensador francês a denomina como forma de coação que se apoia no reconhecimento de uma imposição determinada, seja esta econômica, social ou simbólica. A violência simbólica se funda na fabricação contínua de crenças no processo de socialização, que induzem o indivíduo a se posicionar no espaço social seguindo critérios e padrões do discurso dominante. Devido a esse conhecimento do discurso dominante, a violência simbólica é manifestação desse conhecimento através do reconhecimento da legitimidade desse discurso dominante. Para Pierre Bourdieu, esta opressão específica é o meio de exercício do poder simbólico. O dominado não se opõe ao seu opressor, já que não se percebe como vítima deste processo: ao contrário, o oprimido considera a situação natural e inevitável. Um outro exemplo a ser citado é a mídia, ao impor a indústria cultural como cultura, uniformizando a cultura popular por um lado e delimitando cada vez mais o acesso a uma cultura, por assim dizer, “elitizada”. Pierre Bourdieu ainda afirma que elas seguem” [...] fazendo hierarquias sociais parecerem estar baseadas em hierarquia de “dons”, mérito ou habilidade, preenche a função de legitimação da ordem social [...]” (BOURDIEU, 2007a, p. 96).

A violência simbólica pode ser analisada por diferentes instituições da sociedade: o Estado, a mídia, a escola etc. O Estado mostra este tipo de opressão de forma bastante abrangente ao propor leis que naturalizam a disparidade educacional entre brancos e negros, como a Lei de Cotas para Negros nas Universidades Públicas.

### **3.2 Constituição simbólica: a hipertrofia da atividade legiferante**

Há no Brasil, assim como na maioria dos países periféricos, uma marcante preferência pelas legislações simbólicas. Isso possibilita aos operadores legais se esquivarem de sua função precípua, qual seja, representar os interesses

públicos primários. A expressão “Constituição Simbólica” foi criada pelo grande doutrinador Marcelo Neves, na sua obra denominada “*A constitucionalização simbólica*”. Ali o doutrinador aponta três modos de atuação desse simbolismo legislativo:

1º Serve tão-somente para confirmar valores sociais: o legislador assume uma posição em relação a determinado conflito social. Posiciona-se de um lado, dando uma vitória legislativa para um determinado grupo social, em detrimento da eficácia normativa da lei. Assim, a lei basicamente diferencia grupos e os respectivos valores e interesses.

2º Demonstrar capacidade de ação do Estado (legislação álibi): busca-se aparente solução para problemas da sociedade, mesmo que mascarando a realidade. Só cria a imagem de um Estado que responde rapidamente aos anseios sociais. Introduce um sentimento de bem-estar na sociedade. A exemplo: prestação de contas das políticas nos períodos eleitorais, mudanças na legislação penal para reduzir maioria penal.

3º Adiamento da solução de conflitos sociais através de compromissos dilatórios: é transferida a solução de conflitos para um futuro indeterminado.

Pode-se constatar que algumas normas constitucionais são inseridas no texto legal sem possibilidade de concretização, figurando como “letra morta” no sentido normativo-jurídico; resulta, por consequência, em mera retórica, em um álibi, sendo um fator de promoção de “desconfiança” e de “descrédito” no próprio Estado. Marcelo Neves destaca que o “desgaste da constitucionalização simbólica poderá conduzir a movimentos sociais e políticos por transformações consequentes em direção a um sistema constitucional democrático efetivo”. Mas, é “possível que conduza à apatia das massas e ao cinismo das elites”. (NEVES, 1994, p. 112)

Entretanto, não se deve esquecer que a reação mais grave, contudo, é o recurso à “realidade constitucional” mediante a imposição do padrão autoritário e o estabelecimento de constituição instrumental, na qual se exclui ou limita radicalmente o espaço da crítica à própria ‘realidade’ de poder. Marcelo Neves,

citando Loewenstein, indica que as Constituições foram classificadas em três tipos básicos: normativas, nominalistas e semânticas. Tal classificação foi feita levando-se em consideração “a função” da ação dos legisladores, a linguagem constitucional e a relação entre o texto legal e a realidade social. Preceitua Marcelo Neves que:

[...] as Constituições ‘normativas’ seriam aquelas que direcionam realmente o processo de poder, de tal maneira que as relações políticas e os agentes de poder ficam sujeitos às suas determinações de conteúdo e ao seu controle procedimental [...]. (NEVES, 1994, p. 115)

Neste contexto, a teoria da constitucionalização simbólica surge como um instrumento de grande utilidade para a compreensão da natureza destas normas, verificando a origem do problema no próprio processo de elaboração legislativa. Segundo Marcelo Neves, pode-se afirmar que a Constituição Simbólica é definida como aquela em que há predomínio ou hipertrofia da função simbólica (essencialmente político-ideológica) em detrimento da função jurídico-instrumental (de caráter normativo-jurídico), podendo-se dividir a Constituição Simbólica em dois sentidos:

NEGATIVO: a constitucionalização simbólica possui um déficit de concretização jurídico-normativa do texto constitucional, perdendo a sua capacidade de orientação generalizada das expectativas normativas; (NEVES, 1994, p. 93).

POSITIVO: a constitucionalização simbólica serve para encobrir (mascarar) problemas sociais, obstruindo transformações efetivas na sociedade. (NEVES, 1994, p. 95).

Delas não decorre nenhuma modificação real no processo de poder. No mínimo, há um adiamento retórico da realização do modelo constitucional para um futuro remoto, como se esta fosse possível sem transformações radicais nas relações de poder e na estrutura social. (NEVES, 1994, p. 97).

Segundo o doutrinador, essa legislação simbólica tem três características fundamentais, a saber: atividade legiferante como forma de demonstrar supremacia

do grupo no poder; leis que trazem aparente resposta aos anseios sociais e finalmente legislações que adiam a solução de problemas. Considerar-se-á daqui por diante, cada uma dessas características.

### **3.3 Uma análise da atividade legiferante: a demonstração da supremacia de interesses**

Conforme salienta Hans Kelsen, essa característica acaba por tornar a confecção das leis num mero ato de demonstração de prevalência de determinado grupo político em detrimento do grupo de oposição, sem efetivar a real necessidade do verdadeiro titular do poder, qual seja, o povo. Assim, a validade de dever-ser de uma norma jurídica se não identifica com a sua eficácia da ordem do ser; *a eficácia da ordem jurídica como um todo e a eficácia de uma norma jurídica singular são – tal como o ato que estabelece a norma – condição da validade.* (KELSEN, 1998, p. 148)

Ocorre que, não se vislumbra interesse público primário a ensejar tamanho embate, depreendendo-se daí a notável tentativa dos grupos políticos confrontantes em demonstrar tão somente sua superioridade no poder, em vez de cumprir o papel de representantes do interesse do povo, de acordo com os preceitos constitucionais. A legislação simbólica comporta uma classificação baseada no conteúdo, conforme salienta Kinderman, “conteúdo de legislação simbólica pode ser: a) confirmar valores sociais, b) demonstrar a capacidade de ação do Estado e c) adiar a solução de conflitos sociais através de compromissos dilatórios.” (KINDERMAN, 1988, *apud* NEVES, 1994, p. 34).

### **3.4 Leis que trazem aparente resposta aos anseios sociais**

Depreende-se, das lições de Marcelo Neves, que outra consequência das legislações simbólicas é a confecção de leis sem o devido sopesamento das reais consequências, sobressaltando, aliás, o intuito de dar uma resposta às fluidas aspirações da sociedade num determinado momento. Ou seja, ante a inquietude

da massa frente a um determinado fato, o legislador elabora textos às pressas como resposta à aparente vontade da população, a fim de esquivar-se de suas reais atribuições.

É fato que o legislador é o representante dos interesses do povo, mas a simples ocorrência de determinado fato que afeta o clamor público não pode ensejar a confecção de leis desmedidas, uma vez que estas serão vigentes e imperativas para todas as pessoas, não justificando tais alterações.

### **3.5 Legislações que adiam a solução de problemas**

Outra característica apontada por Marcelo Neves a respeito das legislações simbólicas é justamente o fato de que elas não trazem solução para casos carecedores de disposição jurídica, adiando a solução de problemas constantes da sociedade. Tal adiamento se deve ora ao despreparo dos legisladores para tratar de assuntos de suma importância, ora à falta de comprometimento destes com os reais interesses sociais, e, ainda, ao fundado temor de tomar uma posição que desagrade interesses de classes ou de comparsas, o que poderia acarretar a extinção de sua carreira política.

Em decorrência disso, promessas eleitoreiras são descumpridas, programas não saem do papel e as leis que tratam de assuntos de maior importância não fazem mais do que adiar a solução real do problema. Assim, indo contra a tendência das legislações simbólicas o legislador brasileiro pôs uma pá de cal no problema referente ao conceito da expressão organização criminosa e não adiou a solução desse tema.

Enfim, conforme tentou-se demonstrar alhures, há no Brasil, assim como na maioria dos países periféricos, segundo salienta Marcelo Neves, uma marcante preferência pelas legislações simbólicas para que os representantes do povo possam esquivar-se da função precípua, qual seja, representar os interesses públicos. Em consequência, muitas leis sem aplicação são criadas, causando um inchaço da legislação simbólica e, principalmente, a descrença da sociedade nos poderes públicos em desenvolvimento.

#### **4 POSICIONAMENTOS DOUTRINÁRIOS QUANTO À NATUREZA DA QUALIFICADORA DO FEMINICÍDIO E DEMAIS CRIMES CONTRA A MULHER**

O ordenamento jurídico brasileiro busca previsões de condutas humanas a fim de preveni-las para a manutenção da ordem social e bem-estar geral. O arcabouço da legislação penal possui especial preocupação no que se refere aos crimes contra a pessoa. Dentre tais previsões, há o homicídio. O homicídio consiste na ação de matar alguém. Entretanto, tal enunciado possui caráter complexo e atribui a cada caso concreto suas devidas especificações como, por exemplo, o homicídio qualificado que abarca a característica hedionda e recebe tal tipificação em casos de feminicídio.

De fato, feminicídio é o homicídio doloso praticado contra a mulher por “razões da condição de sexo feminino”, ou seja, desprezando, menosprezando, desconsiderando a dignidade da vítima enquanto mulher, como se as pessoas do sexo feminino tivessem menos direitos do que as do sexo masculino. A partir desta perspectiva, pode-se diferenciar o conceito de feminicídio, o qual consiste no ato cometer homicídio meramente contra uma mulher.

Atendendo a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, o Brasil editou lei, criando a qualificadora de feminicídio. Antes da Lei n.º 13.104/2015, não havia nenhuma punição especial pelo fato de o homicídio ser praticado contra a mulher por razões da condição de sexo feminino. Em outras palavras, o feminicídio era punido, de forma genérica, como sendo homicídio (art. 121 do Código Penal).

A depender do caso concreto, o feminicídio (mesmo sem ter ainda este nome) poderia ser enquadrado como sendo homicídio qualificado por motivo torpe (inciso I, do § 2º, do art. 121) ou fútil (inciso II) ou, ainda, em virtude de dificuldade da vítima de se defender (inciso IV). No entanto, o certo é que não existia a previsão de uma pena maior para o fato de o crime ser cometido contra

a mulher por razões de gênero. A Lei n.º 13.104/2015 veio alterar esse panorama e previu, expressamente, que o feminicídio, deve agora ser punido como homicídio qualificado.

Vale ressaltar que a Lei Maria da Penha não traz um rol de crimes em seu texto. Esse não foi seu objetivo. A Lei n.º 11.340/2006 trouxe regras processuais instituídas para proteger a mulher vítima de violência doméstica, mas sem tipificar novas condutas, salvo uma pequena alteração feita no art. 129 do Código Penal. Desse modo, o chamado feminicídio não era previsto na Lei n.º 11.340/2006, por mais que a Sra. Maria da Penha Maia Fernandes, que deu nome à Lei, tenha sido vítima de feminicídio duas vezes (tentado).

A fim de se evitar e buscar a justiça a todo custo, tais atos contra a mulher devem ser alvo da tutela estatal e o legislador deve ter a sabedoria para melhor tipificar a violência contra a mulher, visto que é um delito com alta incidência na sociedade brasileira (cerca de 5.664 mortes a cada ano - de 2001 a 2011) e caracteriza-se como crime hediondo por haver a noção de extermínio, a qual é bem observada por Cézar Roberto Bitencourt, como se segue: “Extermínio é a matança generalizada, é a chacina que elimina a vítima pelo simples fato de pertencer a determinado grupo ou determinada classe social ou racial, como, por exemplo, mendigos, prostitutas, homossexuais, presidiários etc.” (BITENCOURT, 2002, p. 16).

A impessoalidade da ação genocida é uma de suas características fundamentais, sendo irrelevante a unidade ou pluralidade de vítimas. Caracteriza-se a ação de extermínio mesmo que seja morta uma única pessoa, desde que se apresente a impessoalidade da ação, ou seja, pela razão exclusiva de pertencer ou ser membro de determinado grupo social, ético, econômico, étnico etc.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os estudos voltados para a violência doméstica contra a mulher tiveram, aqui no Brasil, como um dos principais propulsores a iniciativa de denúncias contra os crimes de assassinatos de mulheres por seus parceiros. Algumas vertentes

acadêmicas apontam para causas sociais, já outras, para causas individuais. Afirmou-se, durante o estudo, que para nós torna-se pouco eficaz qualquer tentativa de separação destes dois aspectos, por isso trabalhou-se a questão da subjetividade dos sujeitos envolvidos, tendo como entendimento, que a subjetividade é formada tanto pelas estruturas como pelas vivências e significados que cada sujeito atribui ao que é apreendido da cultura.

Um fenômeno tão abrangente como a violência doméstica contra a mulher, que tem se mostrado presente em diversas culturas, diferentes camadas sociais e espaços demográficos, não pode ter como causa somente aspectos individuais. Apesar das transformações ocorridas na sociedade e nas diversas culturas, no que se refere às relações de gênero, alguns estereótipos persistem, assim como alguns comportamentos e valores ligados à cultura patriarcal.

De fato, nas palavras de Marcelo Neves (1994, p. 75) “como historicamente o homem sempre foi considerado o detentor único do poder e a mulher sempre se viu excluída dele, isso condicionou o modo de pensar de ambos [...]”. Essa representação social partilhada por todos representaria, como já afirmado, o que Pierre Bourdieu chama de violência simbólica. No caso da violência psicológica, esta, por sua sutileza, encontra uma das faces de sua invisibilidade nas malhas da cultura, do que é “natural”, “normal”, no “*habitus*” de gênero. Torna-se invisível sob o “manto do amor romântico” e no que se espera do feminino e do masculino.

Se os assassinatos de mulheres não são mais tolerados, a violência psicológica é tolerada como parte dos comportamentos culturalmente aceitos e encontra aí uma de suas faces invisíveis, que vem somar-se à outras invisibilidades já mencionadas. Se nos últimos anos a violência contra a mulher vem alcançando certa visibilidade no espaço público, gerando debates e ações (nem sempre eficazes), ele não se pode afirmar no que diz respeito à violência psicológica. Se nos referirmos à invisibilidade da violência contra a mulher, a violência psicológica é, sem dúvida, sua faceta mais oculta, principalmente por se relacionar à subjetividade dos sujeitos.

Nesse sentido, é possível afirmar que ela também representa uma violação dos direitos da mulher. Ao se realizar o presente estudo, são apresentados vários desafios. O primeiro foi situar a violência psicológica dentro deste fenômeno amplo e complexo que constitui a violência contra a mulher. Considera-se que sem a visão do todo, tornava-se improvável a compreensão da forma sutil que, muitas vezes a violência psicológica assume. O segundo desafio foi lidar com valores subjetivos e para tornar claro essa linha de raciocínio, optou-se por trabalhar com valores tradicionais e valores modernos. Os primeiros ligados ao novo patriarcado e ao modelo de família tradicional, e os segundos, ligados ao que os autores da área de família apontam como mudanças ocorridas, isto é, quais valores vêm sendo considerados como mais modernos na família.

O terceiro desafio, consistiu em tentar não dicotomizar aspectos culturais e individuais, transmitindo a noção de que a subjetividade é produto da rede entre essas duas esferas. O ambiente onde mais ocorre a violência doméstica contra a mulher é o interior da residência. Os motivos que geram a violência diferenciam-se significativamente dentro da percepção dos homens e das mulheres, sendo os principais, segundo a visão das vítimas, a não aceitação por parte do agressor de seus comportamentos e/ou ciúmes.

Em contrapartida, na percepção dos agressores, a violência é negada ou minimizada em geral, e eles culpabilizam a mulher ou terceiros, pela violência. A inserção no mercado de trabalho e sua contribuição para a renda familiar, traço de modernização encontrado em algumas mulheres, não garante à mulher não ser vítima de violência. O poder simbólico da figura masculina, ainda assim continua presente.

Como explanado, o machismo, além de ser uma prática, é uma ideia e, como tal, precisa ser combatido para que haja uma harmonia das relações sociais. Embora demonstrado, o machismo, de certo modo, ganhou um *status* de naturalidade na sociedade, e precisa ser questionado e combatido veementemente. Já diziam os autores iluministas que o desenvolvimento social se dá pela razão, ou seja, pela racionalidade, pelo estudo e pelo combate ao dogmatismo: verdades absolutas.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, João Ferreira. **A Bíblia: Velho testamento e Novo Testamento**. Rio de Janeiro: King Cross Publicações, 2008.

ARENDT, H. **Sobre a Violência**. Rio de Janeiro: Ed. Relume-Dumará, 1994.

ARENDT, H. Que é liberdade? *In*: ARENDT, H. **Entre o passado e o futuro**. 6. ed. São Paulo: Perspectiva, 2009.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Código Penal Comentado**. São Paulo: Saraiva, 2002.

BOURDIEU, P. **A dominação masculina**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2009.

BOURDIEU, P. **O poder simbólico**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1989.

BOURDIEU, P. **Razões práticas: sobre a teoria da ação**. Campinas: Papirus, 1996.

BOURDIEU, P. **As Regras da Arte: gênese e estrutura do campo literário**. São Paulo: Companhia das Letras, 1996a.

BOURDIEU, P. Conferência do Prêmio Goffman: a dominação masculina revisitada. *In*: LINS, D. (Org.). **A dominação masculina revisitada**. Campinas: Papirus, 1998, p. 11-27.

BOURDIEU, P. **O poder simbólico**. 10. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2007.

BOURDIEU, P. **A distinção: crítica social do julgamento**. São Paulo: Edusp; Porto Alegre: Zouk, 2007a.

BOURDIEU, P.; EAGLETON, T. A doxa e a vida cotidiana: uma entrevista. *In*: ŽIŽEK, S. (Org.). **Um mapa da ideologia**. Rio de Janeiro: Contraponto, 2007b.

BRASIL. **Lei Maria da Penha**. Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm)>. Acesso em: 11 nov. 2019.

BRASIL. **Código Civil**. Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l3071.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm)> Acesso em: 11 nov. 2019.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. **Assembleia Geral das Nações Unidas em Paris**. 10 dez. 1948. Disponível em: <<http://www.dudh.org.br/wpcontent/uploads/2014/12/dudh.pdf>>. Acesso em: 19 jul. 2019

GONÇALVES, Andréa Lisly. **História e Gênero**. Belo Horizonte: Autêntica, 2006, p. 154.

GUIMARÃES, L. M. P. et al. **O IOAB na Primeira República**. Brasília, DF: Ed. da OAB, 2003. V. 1, n. 3. (Coleção História da Ordem dos Advogados do Brasil).

GUIMARÃES, M. F. de. Trajetória dos feminismos: introdução à abordagem de gênero. *In: Marcadas a ferro. Violência contra a mulher, uma visão multidisciplinar*. Brasília: Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres, 2005.

HOUAISS, A.; VILLAR, M. S. **Dicionário Houaiss de Língua Portuguesa**. Elaborado pelo Instituto Antônio Houaiss de Lexicografia e Banco de Dados da Língua Portuguesa S/C Ltda. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6. ed. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KIEFER, Cristian; JÚNIOR, Luiz Antônio Soares; SEABRA, Débora Totini. Feminismo, Violência e Poder: Uma Análise Histórico-Jurídica da trajetória e dos documentos que culminaram na Lei Maria da Penha e no Femicídio. **Revista Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito PPGDir. / UFRGS**. Disponível em: <[http:// https://seer.ufrgs.br/ppgdir/article/view/66459](http://https://seer.ufrgs.br/ppgdir/article/view/66459)>. Acesso em: 24 out. 2019.

MAGAL, Sidney. **Se te pego com outro te mato**. *In: OURO e Cobre*. Polydor: 1977. 1LP. Faixa 6: lado B. (2:31min). Disponível em: <<https://soundcloud.com/cicerosalins>>. Acesso em: 01 jul. 2019.

MELLO FILHO, J. de. **Psicossomática hoje**. Porto Alegre: Artes Médicas, 1988.

NEVES, M. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Acadêmica, 1994.

ROUSSEAU, J.J. **Emílio ou da Educação**. Trad. Roberto Leal Ferreira. 2. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

ROUSSEAU, J.J. **Emílio ou da educação**. Tradução de Sérgio Milliet. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1992.

SARDENBERG, C. M. B.; MACEDO M. S. Relações de gênero: uma breve introdução ao tema. **Ensino e gênero: perspectivas transversais**, Salvador, 2011. p. 33-48.

**SUBMETIDO:** 23/02/2020

**APROVADO:** 28/04/2021

## **A EFICÁCIA DO SISTEMA DE MONITORAMENTO DA ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO NO BRASIL: O CASO DA REFORMA TRABALHISTA**

### ***THE EFFECTIVENESS OF THE INTERNATIONAL LABOR ORGANIZATION MONITORING SYSTEM IN BRAZIL: THE CASE OF LABOR REFORM***

**Elizabeth Alice Barbosa Silva de Araujo**

Doutoranda em Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC). Mestre em Direito Constitucional pela UFC. Professora da pós-graduação em Direito do Trabalho. Auditora Fiscal do Trabalho do Ministério da Economia.

Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-8543-3731>

*E-mail:* bethalicearaujo@hotmail.com

#### **Resumo**

O artigo analisa a estrutura da Organização Internacional do Trabalho (OIT) enquanto mecanismo garantidor do trabalho digno e sua capacidade de implementar e monitorar a aplicação de seus instrumentos normativos ante a comunidade internacional. A justificativa da pesquisa é a necessidade de analisar a atuação da OIT no monitoramento de suas convenções no Brasil, notadamente após a edição da Lei n. 13.467/2017 “reforma trabalhista”. O objetivo é saber se o controle exercido é um mecanismo eficaz para garantir o respeito às convenções ratificadas. A metodologia foi a análise da estrutura da OIT e seus mecanismos de controle na literatura especializada, de forma mais detalhada na questão do *naming and shaming*, posteriormente foram analisados os argumentos extraídos dos documentos utilizados pela OIT para que o Brasil fosse incluído na lista dos países com necessidade de providências quanto à obediência de Convenções. Concluiu-se que o sistema repercute na atitude do governo brasileiro e que no passado trouxe avanços no sentido de tornar efetivas as normas internacionais de

proteção ao trabalho. No caso da reforma trabalhista, o resultado, até o momento, não foi a adequação às observações feitas pela OIT, havendo questionamentos procedimentais e metodológicos quanto à atuação do órgão internacional.

**Palavras-chave:** Organização Internacional do Trabalho. Reforma Trabalhista. Lei 13.467/2017. Lista Suja. *Naming and Shaming*.

### **Abstract**

*The article analyzes the structure of the International Labor Organization (ILO) as a mechanism that guarantees decent work and its ability to implement and monitor the application of its normative instruments. The research justification is the need to analyze the ILO's role in monitoring its conventions in Brazil, notably after the Law n. 13.467 / 2017 "labor reform". The objective is to find out whether the control exercised through the ILO is an effective mechanism to guarantee compliance with ratified conventions. The methodology used was the analysis of the structure of the ILO and its control mechanisms in the specialized literature, in more detail in the question of "naming and shaming", and the study of arguments extracted from the documents used by the ILO including Brazil in the list of countries in need of attitudes regarding compliance with ratified Conventions. The research concluded that the system has repercussions on the attitude of the Brazilian government in the past, making progress towards the international labor protection standards ratified by Brazil. In the case of labor reform, the result, so far, has not been adapted to the observations made by the ILO, with procedural and methodological questions regarding the performance of the international organization.*

**Keywords:** *International Labor Organization. Labor Reform. Law n. 13.467/2017. Dirty List. Naming and Shaming.*

## **1 INTRODUÇÃO**

O presente artigo tem por objetivo analisar a estrutura da Organização Internacional do Trabalho (OIT) enquanto mecanismo garantidor da efetividade

de suas convenções ratificadas pelos países membros, verificando de forma mais específica o caso do Brasil. A justificativa para a escolha do tema são as mudanças ocorridas na legislação trabalhista brasileira nos últimos anos, notadamente após a edição da Lei n. 13.467/2017, conhecida como reforma trabalhista. Diversos autores questionaram a lei por uma tendência à desregulamentação no tocante aos direitos dos trabalhadores brasileiros, o que suscitou a preocupação com violações a direitos historicamente conquistados. (KREIN, 2017; SOUTO MAIOR, 2019).

Resta ao trabalhador brasileiro duas vias que podem ser utilizadas do ponto de vista jurídico para salvaguardar seus direitos. A mais óbvia é a proteção advinda da Constituição Federal de 1988, que garante um rol de direitos sociais aos trabalhadores com status de direitos fundamentais. (SARLET, 2008; MARMELSTEIN, 2008). A segunda via está na busca de parâmetros e freios advindos de mecanismos de proteção internacional dos trabalhadores, que tem como fonte produtora a OIT.

A pergunta chave da pesquisa é: O controle exercido através da OIT é um mecanismo eficaz para coibir uma eventual ofensa às convenções ratificadas pelo Brasil?

Para chegar a resolução da pergunta de partida iremos apresentar a estrutura da OIT e seus mecanismos de controle, de forma mais detalhada na questão do *namings and shaming*<sup>1</sup> como mecanismo de sanção para os países que descumprirem convenções e acordos internacionais. Serão perquiridos quais os critérios utilizados pelas comissões da OIT para concluir pela inclusão de um país no rol daqueles que descumprem seus preceitos. Para tanto será pesquisada literatura nacional e estrangeira sobre o tema. Será enfrentada a questão de acusações de politização no procedimento de controle de aplicação das normas da OIT através de uma revisão dos atos praticados e da postura do governo brasileiro acerca das considerações feitas por este organismo internacional.

---

1 Expressão utilizada para designar o mecanismo de tornar pública uma desobediência a normas internacionais de direitos humanos.

Na fase de coleta de dados a pesquisa apontará de forma mais específica para a realidade brasileira. O ponto culminante será a investigação das indagações sobre a Lei n. 13.467/2017, reforma trabalhista, que orbitam nos tópicos a seguir reportados: artigo 611-A, que trata da supremacia dos acordos e convenções coletivas de trabalho sobre a lei em matéria trabalhista; artigo 444, que trata do empregado hipersuficiente, e o artigo 442 – B, novo tratamento dado ao trabalhador autônomo. A base de dados está contida nos documentos da OIT que registraram os debates em torno destes temas, notadamente a memória dos procedimentos do Comitê de aplicação de *Standards* da Conferência Internacional.

Após estudar os trâmites nestes casos de reclamações e do acompanhamento regular sobre a obediência a convenções ratificadas, se irá pesquisar se ocorreu alguma providência por parte do governo brasileiro sobre os dispositivos legais questionados. Tudo isto, com vistas a atingir o objetivo de avaliar a eficácia dos mecanismos de controle da OIT no caso de uma possível ofensa às convenções ratificadas pelo Brasil.

A pesquisa será bibliográfica e documental, envolvendo livros e artigos em periódicos nacionais e estrangeiros, bem como a transcrição dos debates que constam dos documentos publicados pela OIT nas assembleias gerais e comissões.

## **2 A ESTRUTURA DA OIT PARA O CONTROLE E EFICÁCIA DE SUAS NORMAS**

A OIT é hoje uma agência das Nações Unidas que tem por missão “promover oportunidades para que homens e mulheres possam ter acesso a um trabalho decente e produtivo, em condições de liberdade, equidade, segurança e dignidade” (OIT, 2021). Sua fundação é anterior à própria Organização das Nações Unidas (ONU), tendo sido criada em 1919, no momento após a primeira guerra mundial, ligada à antiga Liga das Nações.

É o único organismo internacional que possui estrutura tripartite e independente, isto porque cada País tem o direito de trazer dois representantes do

governo, um representante da classe dos trabalhadores e outra dos empregadores, para participar da Conferência Geral. Sua independência se dá inclusive em relação à própria Organização das Nações Unidas, à qual é vinculada, mas não integra. (SUSSEKIND, 2000)

Em toda a composição da OIT se observa a preocupação em deixar representados os atores sociais que compõem as relações entre capital e trabalho. É uma instância essencialmente de composição de interesses em conflito, e isto deverá ser considerado quando se avalia sua eficácia dentro da resolução de problemas internos dos Estados membros e os possíveis questionamentos sobre sua atuação política. A evolução das relações de consumo e produção mundiais deixam clara a globalização dos mercados, sendo que a política de relações de trabalho utilizada por cada país irá repercutir em suas relações comerciais e de produção no mundo inteiro. Desta forma, o respeito aos parâmetros internacionais postos pela OIT não pode estar vinculado a nenhum tipo de ideologia ou organização econômica e social, pois possui como membros Estados dos mais variados matizes ideológicos. Não é possível prender dentro dos *standards* “direita ou esquerda” as regras advindas desta instituição.

Embora não seja a política comercial internacional o seu intento é imperioso reconhecer que suas decisões possuem ampla repercussão em relação a esta e, sobretudo, tem impacto na economia global.

É correto afirmar que a OIT não é um órgão estritamente técnico, sua estrutura traz uma necessária participação da política em busca de harmonização. Em sua composição tripartite, empregadores, empregados e governo geralmente tem visões diferentes do fenômeno trabalho, será dentro de uma perspectiva a um só tempo política e técnica que irão chegar aos arranjos necessários. Com relação à representação governamental, temos que ela se move pelos interesses de desenvolvimento econômico de cada nação e sua inclinação ideológica pode variar de acordo com o grupo político que esteja à frente do país em cada momento histórico.

Sendo assim, não se pode inferir que a OIT seja um órgão somente de proteção ao trabalhador, pois se trata de um órgão de reflexão sobre as forças produtivas e suas limitações para garantir direitos humanos. Por óbvio que a proteção dos direitos humanos do trabalhador está em sua gênese, mas o desenvolvimento econômico dos países também é fator que norteia a criação de suas normas. Desta forma, a eficácia de seu sistema de controle deve beneficiar a totalidade dos países envolvidos, garantindo a saúde do mecanismo de produção e consumo globais.

## **2.1 Os Mecanismos de Controle da OIT sobre a legislação local de cada País**

O sistema de acompanhamento da aplicação das convenções ratificadas se dá através da confecção de relatórios periódicos enviados por cada país membro para a Repartição da OIT. A Constituição da OIT determinava em seu artigo 22 que cada Estado membro deve apresentar à Repartição um relatório anual sobre a adaptação da legislação local às convenções por este ratificadas. Posteriormente, por questões logísticas e de volume de material a ser analisado, o Conselho de administração passou a exigir os relatórios detalhados por convenção a cada quatro ou dois anos, dependendo da importância da Convenção. Aquelas que não exigem um relatório detalhado podem ser apenas mencionadas em um relatório geral anual a ser apresentado pelo governo de cada país. (SUSSEKIND, 2000)

Este sistema de controle normativo funciona através de instâncias e ferramentas específicas, como a Comissão de Peritos para a Aplicação de Convenções e Recomendações, que vai analisar os relatórios enviados por cada estado membro e apresentar para a Conferência Internacional do Trabalho um estudo detalhado que será debatido e publicado.

### *2.1.1 O Sistema Regular de Supervisão da Adoção de Normas*

Existem dois sistemas de supervisão na OIT, um deles é o regular que se inicia com os relatórios obrigatórios enviados por cada Estado-membro e que

podem vir acompanhados de observações e complementos feitos pelas associações de empregadores e empregados. Os relatórios são entregues à Repartição Internacional do Trabalho.

Tais relatórios serão examinados pela Comissão de Peritos que é composta por vinte juristas com mandatos de três anos, a composição da comissão prima pela participação de juristas oriundos de países com culturas e realidades sociais diferentes, sempre com vistas a adquirir uma postura imparcial de avaliação, seu perfil deverá ser técnico (OIT, 2019a, p.106). Atualmente existe um brasileiro fazendo parte do comitê, o Ministro do Tribunal Superior do Trabalho Lélío Bentes Correa.

A primeira etapa do processo regular de supervisão de normas pela OIT é realizada pela Comissão de Peritos e se apresenta na forma de observações que são publicadas dentro de seu relatório anual ou então em pedidos de esclarecimentos feitos diretamente ao país de origem. Estes pedidos de esclarecimentos visam dirimir dúvidas e realizar observações que não serão de plano publicados em relatório, geralmente envolvem questões de natureza técnica. (OIT, 2019-a, p. 106)

A comissão exerce um controle da eficácia das normas internacionais dentro de sua harmonia com as normas internas e um controle de legalidade de fato, observando na concretude a realidade nacional e a obediência à Convenção ratificada. É nesta vertente que a comissão pode averiguar, por exemplo, se determinado país que ratificou a convenção sobre o trabalho forçado ou “trabalho escravo” estaria, no mundo dos fatos, controlando a existência de tal prática em seu território, se estaria organizando de forma satisfatória seu sistema de fiscalização e se as sanções para os empregadores que adotassem tal prática seriam suficientes para coibi-la. Mais uma vez vale lembrar que o uso de trabalho em condições análogas à escravidão gera a exploração de mão-de-obra barata, com conseqüente produção a um menor custo, o que provoca injustiça social e concorrência desleal entre as nações produtoras. (SUSSEKIND, 2000)

No caso daquelas convenções que denotam uma feição promocional, como por exemplo aquelas que tratam da igualdade de remuneração para homens e mulheres, políticas de promoção de emprego, combate à discriminação no

acesso ao trabalho, dentre outras, o compromisso dos países se dá de maneira paulatina. A comissão irá avaliar os progressos que vêm sendo alcançados ao longo do tempo, auxiliará o país na criação de objetivos factíveis e verificáveis e irá oferecer alternativas e sugestões para que as nações alcancem a médio e longo prazo os objetivos promocionais colocados nas Convenções. (SUSSEKIND, 2000)

Ao analisar cada relatório duas atitudes são possíveis: o comitê pode retornar o relatório com um pedido direto de esclarecimentos ou providências ao governo do país ou à entidade de empregadores ou trabalhadores que realizou observações, ou, pode realizar as suas observações diretamente quanto àquele relatório e publicar no relatório anual por ela confeccionado que será encaminhado à Conferência Internacional do Trabalho. (OIT, 2019, p. 107)

Os relatórios da comissão serão encaminhados para a Comissão de Aplicação de Normas da Conferência (CAS), esta funcionando dentro da Conferência Internacional e em composição tripartite, ou seja, já com o caráter político de composição de empregadores, governo e trabalhadores. A CAS irá avaliar o relatório desenvolvido pelos peritos e escolherá aqueles que irão à discussão, publicando a memória dos procedimentos realizados pela Conferência, verificando casos individuais e revelando observações relativas a países determinados, ensejando publicidade aos procedimentos de submissão, discussão e aprovação pelos membros da conferência. (OIT, 2019a, p. 107)

Desta forma, é na Conferência que reúne todos os membros que o relatório do Comitê de Peritos passará pela Comissão Tripartite encarregada de seu exame, discussão e elaboração de observações que, finalmente, será discutido e aprovado em sessão plenária. (OIT, 2019a, p.107). Importante reiterar a peculiaridade do sistema, em que a primeira comissão avaliadora é de caráter eminentemente técnico, sendo que ao se chegar à comissão tripartite, se observa a composição de representantes do governo, dos trabalhadores e dos empregadores, o que evidencia uma abordagem mais política do tema, com a participação dos diversos atores sociais da cadeia produtiva.

Tem sido avaliado o impacto da supervisão regular desde 1964, sendo que a Comissão mapeou, desde então, 3000 casos em que a legislação do país se adequou a observações verificadas ou em que o país membro obteve progressos no mundo dos fatos sobre a aplicação das Convenções da OIT. (OIT, 2019a, p. 108).

### *2.1.2 O Sistema Contencioso: Reclamações e Queixas.*

O sistema também se encarrega de receber as reclamações e queixas realizadas por outros países membros e por associações de empregadores ou trabalhadores que versem sobre a desobediência por parte de algum país sobre a aplicação das convenções da OIT.

Neste momento cabe diferenciar uma reclamação de uma queixa dentro do sistema da OIT. A diferença básica é a origem do ato, ou seja, o agente que vai proferir uma declaração de que um Estado-membro não está sendo fiel às convenções ratificadas. Quando se trata de queixa, o agente que delata uma possível irregularidade é outro Estado-membro. No caso de uma reclamação é uma associação que congregue empregadores ou trabalhadores internacionalmente ou dentro de cada país. Não há previsão legal de que um trabalhador determinado entre individualmente com uma reclamação junto à OIT.

Além de outro Estado-membro que tenha ratificado a mesma convenção denunciada, qualquer membro da Conferência Internacional, ou o próprio Conselho de Administração, agindo de ofício, podem apresentar queixa. Neste último caso, o Conselho de administração pode nomear diretamente uma comissão de inquérito formada por três membros para investigar os fatos narrados, nível mais alto de investigações da OIT, é uma medida considerada extrema, sendo utilizada apenas quando a desobediência do país é grave e reiterada, tanto o é que na história da OIT esta medida foi tomada apenas treze vezes. (OIT, 2019b, p. 112)

Em seus procedimentos, o sistema de reclamações e queixas passa por mecanismos similares àqueles adotados na análise dos relatórios de rotina. A diferença está que no sistema de reclamações as associações de empregadores ou

trabalhadores apresentam uma reclamação à OIT a qualquer tempo. Sendo que esta será entregue ao Conselho de Administração, que irá analisar de primeira plana a reclamação, podendo arquivá-la quando concluir impertinente ou indicar uma comissão tripartite para avaliar o pedido. Esta comissão pedirá informações ou indicará providência a serem adotadas pelo governo reclamado, fazendo observações e recomendações e elaborando um relatório que será reenviado ao Conselho, este, analisando o relatório, fará também suas observações e poderá enviar a situação para acompanhamento da Comissão de Peritos. (OIT, 2019a, p. 110)

Cabe aqui a análise de um caso prático envolvendo o Brasil. Em 1995 a Central dos Trabalhadores da América Latina fez reclamação contra o Brasil por desrespeito à Convenção dos Trabalhos Forçados (n. 29) e de Abolição do Trabalho Forçado (n. 105). O procedimento foi encerrado e o relatório plenamente aceito pelo governo brasileiro, que foi instado a adotar diversas medidas, dentre as quais reforçar o sistema de inspeção nos casos de trabalho escravo, o que de fato foi levado a efeito com a instauração da fiscalização móvel do extinto Ministério do Trabalho, medida efetiva e que foi posteriormente elogiada pela OIT no relatório 1B da 98ª sessão da Conferência Internacional de 2009, denominado “O Custo da Coerção”. (OIT, 2009, p. 66)

A OIT ainda oferece através de seu escritório uma assistência técnica para seus países membros no sentido de ajudar na elaboração de normas e na adoção de programas e práticas que possam facilitar a efetiva adequação da legislação e realidade locais aos standards presentes nas Convenções. Esta prática, além de estimular o diálogo social, ainda evita problemas que podem acontecer no futuro por uma má interpretação das normas convencionadas ou mesmo da criação de legislação local incompatível com a mudança social almejada. (OIT, 2019a, p. 118).

## **2.2 O mecanismo de exposição internacional dos países membros da OIT que desobedecem suas convenções, sistema *naming and shaming***

É bastante peculiar para uma cultura normativa baseada na sanção, como a brasileira, lidar e compreender os institutos do direito internacional.

Sua força normativa baseada nos conceitos de soberania guarda pouca afeição com institutos sancionadores e acontece muito mais em uma vertente de moral internacional, do que em algum tipo de reação propriamente dita.

Pode-se considerar que o sistema de acompanhamento realizado pela OIT leva a um controle efetivo de suas normas nas nações, embora a ratificação de uma convenção seja um ato voluntário por parte de cada Estado e a resposta a este mecanismo de controle dependa da vontade política local do país membro.

A Convenção deverá ser apresentada à autoridade competente e seguir um trâmite para ser considerada obrigatória no âmbito local. No caso dos países que adotam a tripartição dos poderes é o legislativo que deverá decidir e votar para que aquele normativo internacional adentre em seu sistema normativo interno. Ela irá, então, se inserir como fonte formal nos países que adotam o monismo jurídico, e são de aplicação imediata, salvo quando seus dispositivos contenham um caráter programático. (SUSSEKIND, 2000, p. 181)

Mas e se o país adota a Convenção, do ponto de vista formal, mas na prática não a obedece, o que pode acontecer?

O sistema de pressão adotado pela OIT é o mais utilizado entre os organismos internacionais. Basicamente é o ato de expor o país frente à comunidade internacional apontando que não estão cumprindo a convenção que ele próprio, por ato soberano e voluntário, decidiu adotar. Este sistema é conhecido como *naming and shaming*.

Em sede de pesquisa realizada entre os anos de 1989 a 2011, Koliev e Lebovik (2018), avaliaram o sistema *naming and shaming* no âmbito da OIT. Para os autores, a Conferência Internacional do Trabalho funciona como um fórum onde os países que não seguem os standards de proteção ao trabalhador são publicamente expostos ante à comunidade internacional. Realizam uma interessante distinção entre o processo de nomear *naming* pode ser separado da consequência de envergonhar *shaming* e que esta bipartição poderá evitar influências políticas em organismos internacionais como a OIT.

É um sistema de filtros, onde, primeiramente é utilizado um filtro técnico que é formado pela comissão de peritos que indica os países que potencialmente

podem ser nomeados por desrespeito às normas internacionais de proteção aos trabalhadores. A Comissão pode inclusive fazer indicações das violações que considera mais graves, até mesmo indicando que se faz necessária uma punição (KOLIEV; LEBOVİK, 2018), mas a avaliação de qual desobediência às convenções é suficientemente importante para que o país ingresse na lista de países considerados fora dos padrões mínimos de proteção é de cunho tripartite, portanto político, pois é composto por atores sociais da relação governo, capital e trabalho.

Então, os países que a Comissão de Peritos tem observações ou até mesmo *double footnotes*, que correspondem a observações mais graves já com indicação de alguma reprimenda, são enviados para o Comitê Tripartite.

Saliente-se que parte das questões levantadas nos relatórios enviados podem ser levadas ao conhecimento do governo do país afetado antes que o Comitê tome providências no sentido de enviar a questão à Conferência Internacional, podendo o país já resolver a questão de pronto com alguma medida de cunho legal, ou mandando informações complementares que justifiquem a observação que seria feita, neste caso o procedimento já se encerra no âmbito do próprio Comitê técnico. (KOLIEV; LEBOVİK, 2018)

Após receber a lista da Comissão de Peritos, o Comitê Tripartite, que já faz parte da própria Conferência Internacional, revelará os casos que serão discutidos e então divulgará a *short list*, conhecida como “lista suja da OIT” de países que desrespeitam as normas internacionais de proteção ao trabalho. Poderá ainda enviar censuras específicas, o que é mais grave.

Enfrentando críticas sobre o componente político presente nos critérios de adoção de listas no sistema *naming and shaming*, pesquisas como a de Terman e Voeten (2018) demonstram que ser criticado ou nomeado pelos seus pares, ou seja, por países que são aliados em determinadas posições ideológicas ou econômicas, tem um poder de pressão ainda maior para modificar determinados resultados ou comportamentos. Embora os autores reconheçam que as instâncias em sede de organismos internacionais contenham um componente político intrínseco,

e que este pode interferir nos critérios meramente técnicos, o resultado de suas pesquisas demonstrou que é exatamente por conter este componente político que são obtidos resultados mais assertivos.

Alia-se a questões ideológicas a presença cada vez mais forte de uma pressão internacional sobre a liberdade de mercado e o cuidado para que não se apresente uma concorrência desleal entre as nações quando da venda de produtos advindos de países que desprezam Convenções, como a sobre abolição do Trabalho Forçado ou sobre as Piores formas de Trabalho Infantil. A utilização de mão de obra advinda do trabalho infantil ou forçado, além de trazer uma profunda chaga social com consequências irreversíveis para os trabalhadores explorados, ainda leva à produção a um custo muito inferior ao usualmente adotado nas transações, o que desregula o mercado internacional de forma injusta.

A exposição do país à comunidade internacional desvelaria este mecanismo não justo de obter custos de produção mais baixos e, conseqüentemente, lançar preços mais competitivos frente a outros países.

### **3 A REPERCUSSÃO DA REFORMA TRABALHISTA LEI N. 13.467/2017 NA OIT**

O principal ponto de análise desta pesquisa é a posição da OIT frente às modificações realizadas na legislação trabalhista brasileira após a edição da Lei 13.467/2017 e a exposição do país ao sistema *naming and shaming*.

Sob a justificativa de uma legislação trabalhista mais flexível e que possibilite a redução de custos de mão de obra, desenvolvendo a economia e gerando empregos, o governo federal sancionou a lei que foi denominada de forma genérica como “reforma trabalhista”. Várias mudanças introduzidas foram alvo de observação perante a 108ª sessão da Conferência Internacional do Trabalho, que findou por colocar o país na lista de 24 países que precisam prestar esclarecimentos, tal lista consta do Relatório III, parte A, da 107ª sessão da Conferência Internacional do Trabalho, realizada na cidade de Genebra

no ano de 2018. Outros países que fizeram parte da mesma lista são: Bolívia, Cambodja, Eritrea, Haiti, Honduras, República da Moldávia, Sérvia, Ucrânia, Algéria, Bahrain, Belarus, Botswana, El Salvador, Georgia, Grécia, Japão, Líbia, Malásia, México, Myamar, Nigéria e Samoa. (OIT, 2018a, p. 60).

### 3.1 Os primeiros debates ocorridos em 2017 e 2018

Ao analisar as discussões de 2018 serão considerados dois documentos publicados pela OIT: o primeiro é relatório da Comissão de Peritos, e o segundo é o registro das discussões e conclusões da Conferência Geral. Note-se que o primeiro é elaborado obedecendo a critérios *a priori* técnicos e o segundo é colhido com as discussões perante a assembleia geral de cunho tripartite.

O relatório da 108ª Conferência Internacional reportou observações feitas pela Central Única dos Trabalhadores (CUT) em conjunto com a *International Trade Union Confederation* (ITUC), recebida em 01 de setembro de 2017, e a observação feita pela Confederação das Carreiras Típicas de Estado (CONACATE), recebida em 28 de agosto de 2017. As duas observações dizem respeito à Lei n. 13.467 de 13 de julho de 2017, “reforma trabalhista”, uma série de modificações levadas à efeito na legislação infra-constitucional brasileira e que entraria em vigor a partir do dia 11 de novembro de 2017.

As observações versavam sobre o desrespeito a Convenção 98, que trata do Direito de Sindicalização e de Negociação Coletiva, e foi ratificada pelo Brasil em 1952. O primeiro ponto referido foi o artigo 611-A que permitiria de forma ampla a modificação de direitos conquistados pelos trabalhadores através de negociações coletivas. Também se atacou o parágrafo 2º do mesmo artigo, onde está posto que a falta de uma contrapartida dentro da negociação não anula cláusulas pactuadas. Ou seja, na visão destas instituições reclamantes poderá ocorrer com a nova legislação uma supressão de direitos sem que haja nenhuma forma de compensação ou ganho para os trabalhadores. Não se trata, portanto, de negociação de direitos, mas de sua supressão.

O novo parágrafo do artigo 444 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) também foi objeto de reclamação pelas centrais, ele traz a possibilidade de o empregado que tenha nível de escolaridade de graduação e receba salário superior a duas vezes o teto dos benefícios da Previdência Social, um total de R\$ 12.202,12 a partir de 01 de janeiro de 2020, negociar diretamente com o empregador, sem a interveniência da entidade sindical, cláusulas de seu contrato de trabalho que terão prevalência sobre a lei e as convenções.

Por fim o relatório trata do artigo 442-B que refere ao trabalhador autônomo, e enfatiza que sua condição de autônomo se dará mesmo que trabalhe com exclusividade e continuamente para o mesmo tomador de serviços, bastando que sejam cumpridas as formalidades legais relativas ao contrato. Para as entidades que levaram sua voz à OIT este trabalhador ficará alijado do seu direito de sindicalização e de negociação coletiva.

O relatório menciona as observações que foram feitas pela comissão de peritos em 2016, quando a legislação de 2017 ainda estava em processo de apreciação pelo Congresso Nacional e deixou bem claro que o direito a negociação coletiva de trabalho deve se dar sempre em favor do trabalhador, visando maiores conquistas para a classe laboral, não devendo a lei acobertar mudanças *in pejus* para o trabalhador sob o argumento da liberdade de negociação.

Abaixo transcrito trecho de observação feita pela Comissão de peritos para o Brasil na 105ª sessão da OIT em 2016.

[...] O Comitê nota que estes projetos de lei implicariam uma modificação significativa da relação entre a legislação e as convenções e acordos coletivos, ao permitir de uma forma legal que a proteção prevista na lei pudesse ser substituída em pejus por meio de negociações coletivas. O Comitê observa ainda que a possibilidade de afastar, por meio da negociação coletiva, disposições legislativas que confirmam os direitos dos trabalhadores está sendo discutida nos mais altos órgãos judiciais do país. A este respeito, o Comitê recorda que o objetivo geral das Convenções n.º 98, 151 e 154 é promover a negociação coletiva com vista a chegar a um acordo sobre termos e condições de trabalho mais favoráveis do que os já estabelecidos por lei. (OIT, 2016).

Evidencia-se que o Brasil já havia sido advertido de que os artigos que preveem a negociação coletiva acima da legislação com possibilidade de prejuízos ao trabalhador iam de encontro à Convenção 98 e 154 da OIT. Mesmo assim, o projeto foi levado adiante, sendo votado pelo Congresso Nacional, sancionado pelo presidente e chegado efetivamente a lei vigente.

Em 2018 o Comitê enfatizou novamente que o escopo que deve ser dado ao direito de negociação coletiva presente na Convenção deverá ser sempre no sentido de melhores condições para os trabalhadores que ultrapassem os limites da legislação usual de forma positiva, mas não possam diminuir tais direitos ante a legislação heterônoma local. Para o Comitê o único limite colocado pela legislação brasileira foi o da Constituição Federal, o que viola os princípios da negociação coletiva. Destas observações concluiu o Comitê que, em consulta com os parceiros sociais, o governo brasileiro deverá proceder à revisão das disposições para que estejam em conformidade com o artigo 4º da Convenção 98 da OIT. (OIT, 2018b, p. 60)

No tocante ao artigo 444, parágrafo único, da CLT, relativo ao que a doutrina menciona como trabalhador “hipersuficiente”, o Comitê solicitou ao Estado brasileiro que faça a devida adequação ao artigo 4º da Convenção 98, pois é incompatível com os princípios que favorecem a negociação coletiva<sup>2</sup>(OIT, 2018b, p. 60). Ademais, fica claro que a situação colocada no texto da reforma trabalhista quanto ao “hipersuficiente” não abrange somente o grande diretor ou executivo de empresas de grande porte, mas tão somente um empregado que possua nível superior e uma remuneração um pouco melhor que a média nacional. (DELGADO, 2018).

---

2 No documento publicado pela OIT, *Record of Proceedings* 2018, se observa que ao tratar do empregado hipersuficiente o Comitê faz referência ao artigo 442, sendo que trata de matéria relativa ao 444, parágrafo único, o que deve ter se tratado apenas de erro material que não fará diferença na compreensão da observação adotada.

Por fim, com relação ao trabalhador autônomo, a preocupação das entidades representativas dos trabalhadores é de se tratar qualquer trabalhador que cumpra formalidades como autônomo, mesmo que este exerça sua função de maneira exclusiva para um tomador e de forma contínua, pois esta categorização retira sua capacidade de participar de uma entidade sindical de classe como empregado. O trabalhador deixa de fazer parte de uma classe ou organização profissional, embora pelas regras anteriores e mesmo pela realidade de fato, o seja, o que também não promove o direito de sindicalização.

Desta forma, a conclusão do relatório afirma de forma clara que o Brasil necessita de adequações e esclarecimentos em pelo menos quatro artigos da Reforma Trabalhista.

Saliente-se que esta necessidade de adequação com relação à Convenção 98 já havia sido sinalizada em 2016. Entretanto, apenas neste relatório de 2018 o Brasil constou da lista apresentada pelo comitê, sendo alvo do sistema *naming and shaming*.

Assim, o caso brasileiro foi levado à plenária da Conferência Internacional no ano de 2018, sendo o problema da reforma trabalhista debatido e examinado por todos os representantes dos países membros participantes.

As consequências por ter sido alvo deste demérito, dentro do sistema *naming and shaming*, são a exposição pública perante a comunidade internacional, que poderá inclusive abalar relações diplomáticas e comerciais. Porém, o que se almeja é a pronta adequação da legislação trabalhista brasileira a critérios que sejam compatíveis com os normativos internacionais da OIT. As opiniões das representações de outros países, sejam de empregadores, trabalhadores ou do governo, enriquecem o debate e trazem sugestões e pontos de vista diferentes para uma mesma questão.

Na ocasião, o governo questionado apresenta, tanto por escrito quanto oralmente, suas informações, razões ou alternativas para possível adequação. O governo brasileiro trouxe pontos de debate sobre o próprio sistema, realizando questionamentos quanto à atuação da Comissão de Peritos, dentre estes a de que

a avaliação do caso brasileiro quebrou o ciclo normal de atuação da Comissão e não levou em consideração o contexto que o país atravessava. O governo brasileiro persiste em considerar adequados os mecanismos de negociação coletiva postos. (OIT, 2018c, 9B, part. II, p. 95).

Desta forma, observa-se que os objetivos do sistema não foram alcançados, pois as respostas e argumentos trazidos pelo Brasil na Conferência Internacional não levaram à adequação as Convenções como almejava a OIT, os debates dos seus pares e os argumentos dos peritos não convenceram o governo brasileiro da necessidade destas adequações, o que foi corroborado de fato com a manutenção da íntegra dos artigos questionados.

### **3.2 A 108ª Convenção da OIT e a posição brasileira em 2019**

Em 2019 aconteceu a 108ª Conferência da OIT, encerrada em 21 de junho, como não existiram modificações na legislação considerada dissonante pela OIT no ano anterior, vieram novamente à tona as questões sobre o cumprimento pelo Brasil, desta vez com foco maior na Convenção 98. O Brasil, mais uma vez, fez parte da *shortlist*, sendo alvo pela segunda vez consecutiva do sistema *naming and shaming*.

A OIT havia requerido novas informações ao governo brasileiro em 2018, a seguir transcritas: “i) fornecer informações e análises sobre a aplicação dos princípios da livre negociação coletiva e voluntária na nova reforma da lei trabalhista, e ii) fornecer informações sobre consultas tripartites com os parceiros sociais relacionados com a reforma da legislação trabalhista.” (OIT, 2018c, p. II/106)

Nas respostas levadas a efeito pelo governo brasileiro, frente aos pedidos de esclarecimentos e informações da OIT um dos pontos levantados é que as Convenções da OIT podem receber diferentes interpretações quando são aplicadas em cada país, para que seja garantida sua harmonização com a legislação local. (OIT, 2019c, p. II, 68)

Embora a legislação internacional trate dos assuntos em linhas gerais, justamente para que possa se adaptar a realidades locais e ao sistema legal de cada país, isto não quer dizer que sua adaptação enseje deixar de seguir o que foi posto. Afinal, o escopo da legislação trabalhista internacional é realizar a harmonização entre os atores sociais de forma a garantir patamares civilizatórios mínimos para os menos favorecidos. Interpretar que uma convenção coletiva de trabalho possa retirar direitos sem nenhuma contrapartida benéfica ao trabalhador, até mesmo atingindo patamares inferiores aos estabelecidos na própria lei daquele país, não faz muito sentido do ponto de vista do direito internacional. Afinal, não seria necessária uma convenção internacional para afirmar que os direitos poderiam ser diminuídos ou retirados em prejuízo aos trabalhadores.

Entretanto, é importante salientar que o Brasil respondeu ponto a ponto diversas questões levantadas, levando dados e trazendo argumentos da sua adequação à Convenção 98 da OIT, os quais se faz abaixo uma síntese: a) não foi levada à Suprema Corte Brasileira nenhuma ação constitucional sobre a questão do negociado sobre o legislado, artigos 611-A e B, da Lei n. 13.467/2017; b) apresentação de dados que apontam para um decréscimo pouco significativo do número de Convenções Coletivas de Trabalho Registradas; c) com relação ao artigo 442-B, do empregado “hipersuficiente”, apenas reitera que é uma pequena parcela da população e que teria um grande poder de barganha junto aos empregadores para garantir condições melhores de trabalho; d) na regulação do trabalho autônomo, disposta no artigo 442-B, a autoridade brasileira afirmou que não houve um distanciamento do princípio da primazia da realidade, e que a autoridade competente pode desvelar a situação de um real vínculo de emprego; e) por fim, ao tratar da prevalência de acordos coletivos de trabalho sobre as convenções, o governo assevera que está cumprindo de forma plena a Convenção 98, pois o acordo coletivo pode se adaptar melhor ao dia a dia da empresa e à realidade de cada trabalhador. (OIT, 2019c, p. II, 68, 69)

A vertente desta pesquisa, no entanto, não é analisar os argumentos trazidos pelo governo brasileiro e as conclusões da OIT, sendo a questão da

reforma trabalhista um mero estudo de caso de natureza exemplificativa. Cabe aqui, muito mais, uma análise dos procedimentos da OIT e da efetividade do sistema *naming and shaming* para a adaptação das legislações locais aos ditames das Convenções da OIT.

Mais do que fazer uma crítica ou justificativa da atuação da OIT no caso da reforma trabalhista, é importante constatar a leitura que o governo brasileiro fez do sistema de supervisão da OIT, sugerindo uma reforma que garantisse sua imparcialidade e transparência, com vistas a trazer eficácia ao sistema. Em sua fala final, após as conclusões do comitê, novamente foram realizadas observações sobre o sistema da OIT em si. Abaixo a transcrição de trecho das palavras finais do representante governamental frente ao Comitê de Aplicação de *Standarts* na reunião realizada em junho de 2019.

Este sistema é muito importante para ser deixado sem proteção contra a influência política e a falta de transparência. Nós temos confiança de que a OIT pode buscar consenso no sentido de criar um sistema eficaz, verdadeiramente tripartite e com mecanismos universais de supervisão de normas. (OIT, 2019c, 5B Part II, p. 90)<sup>3</sup>

A formação tripartite é extremamente interessante e traz em seu bojo a possibilidade de um amplo debate em que governo, empregadores e empregados defendem seus pontos de vista de forma livre. A própria memória dos procedimentos das conferências demonstra tal espírito democrático, pois representantes de empregadores e empregados de vários países expressam sua opinião sobre as questões levantadas por outras delegações. O Brasil não foi o único país a tecer comentário sobre a atuação da OIT, em especial sobre a Comissão de Peritos. Demonstraram preocupação quanto aos métodos utilizados,

---

3 Tradução livre da autora: “*This system is too important to be left unguarded against political buy - ins and lack of transparency. We have confidence that the ILO constituency can seek consensus towards building an effective, truly tripartite, and universal mechanism for standards supervision.*” (OIT, 2019, 5B Part II, p. 90)

dentre outros, o representante dos empregadores do Chile (OIT, 2019-c, 5B Part II, p. 103), do governo da China (OIT, 2019-c, 5B Part II, p. 102) e do governo do Paraguai que declarou representar a maioria dos países da Grupo dos Países Latino Americanos e do Caribe (GRULAC). (OIT, 2019c, 5B Part II, p. 99)

As críticas fazem parte de um sistema tripartite e observa-se que os questionamentos ao sistema partem, em sua maioria, dos representantes governamentais e de empregadores.

Chamou atenção ao longo da pesquisa a pouca eficácia das observações e do trabalho levado a efeito pela OIT dentro do sistema *naming and shaming*, o que leva à mensagem de que os países seguirão diretrizes apenas caso as considerem viáveis. Entende-se que um organismo internacional deve resguardar ao máximo a soberania de cada Estado, isto é fundamental, mas todo este esforço internacional de criar standards civilizatórios mínimos para trabalhadores deverá criar também mecanismos mais efetivos para que as adequações entendidas como necessárias aconteçam. Este entendimento é corroborado pelas conclusões pouco assertivas do Comitê que analisou a situação do Brasil. Após a análise do relatório, da exposição de motivos por escrito e da exposição oral do governo brasileiro, bem como dos debates perpetrados entre governo, empregadores e trabalhadores de vários países, o Comitê adotou como conclusões na 108ª sessão em 2019: a) continuar examinando, em cooperação e consulta com as mais representativas organizações de empregadores e trabalhadores, o impacto das reformas e decidir se são necessárias adaptações apropriadas; b) preparar, em consulta com os representantes de organizações mais representativas de empregadores e de trabalhadores, um relatório a ser submetido à Comissão de Peritos em conformidade com o ciclo regular de relatórios. (OIT, 2019c, 5B Part II, p. 90)

As conclusões vão muito mais no sentido de um acompanhamento, não existindo de forma assertiva o clamor de uma adaptação à Convenção 98 da OIT.

Depreende-se do acima exposto, que, após a apreciação, o relatório técnico do comitê de peritos passa por um escrutínio político, no sentido de que

advém do debate dos vários atores da cena social. Sendo assim, esta eficácia do sistema da OIT está vinculada mais a uma exposição do país perante a comunidade internacional, tendo de certa forma seus problemas internos desvelados, do que um mecanismo de sanção de forma prática. As adaptações que porventura ocorram serão feitas mais por uma vontade política do país ou pelo incômodo da exposição do que pelo temor de prejuízos de fato.

#### 4 CONCLUSÃO

A pesquisa pretendeu estudar o sistema de controle da OIT e sua repercussão no Brasil. Como primeiro achado, se conclui pela existência de um sistema complexo, com diversas esferas de atuação, e criado dentro de uma sistemática *sui generis* dentre as demais organizações internacionais hoje em atuação.

A OIT trabalha dentro de uma estratégia de composição tripartite, o que garante a atuação que pode se considerar a um só tempo imparcial, pois inclui representantes do governo, dos trabalhadores e dos empregadores, como também política, pois estes mesmos atores sociais fazem parte da cena política e social de cada país.

Seu instrumento de pressão, porque nos parece inadequado utilizar o termo sanção, é de cunho moral para o país que o sofra, e ocorre dentro do sistema de *soft law*, o mais adequado dentro de uma legislação que envolve a soberania de cada Estado. Basicamente a OIT ouve, investiga, pede esclarecimentos e adequações por parte do país afetado, mas, caso tal adequação não ocorra, simplesmente nomeia aquele país que não se adequou ou pelo menos que não forneceu argumentos suficientes frente ao descumprimento de uma norma internacional por ele ratificada.

Se observou, tanto dentro do sistema de monitoramento contínuo ou regular de supervisão da adoção de Convenções quanto nos procedimentos de reclamação e queixa, que o Brasil realizou, no passado, avanços nos quesitos

relatados, no sentido de se adequar às exigências das convenções ratificadas. Tais avanços que demonstram uma maturidade política e de respeito aos direitos humanos foram alvo de observações favoráveis pela OIT. Especial ênfase se dá quanto ao combate ao trabalho escravo, em que as observações da OIT levaram à Criação dos Grupos Móveis de Erradicação do Trabalho Escravo, sendo o país considerado uma referência internacional com relação ao combate ao trabalho escravo no ano de 2009.

No caso aqui estudado, da reforma trabalhista de 2017, desde o início das observações da OIT não houve uma atuação do Brasil com vistas a adequação aos diplomas internacionais no sentido de recuo ou de mudança legislativa. Até mesmo porque a conclusão foi diferente dos casos precedentes, onde o que se requisitou foi uma tomada de providências com o fito de dar efetividade a cláusulas de convenções que exigiam a adoção de políticas públicas práticas por parte do governo. No caso da reforma trabalhista, a questão não era de política pública, mas de mudança legislativa. Ocorreu, no entanto, a apresentação de relatórios e dados que questionam as conclusões do comitê de peritos quanto à inadequação de determinados pontos da reforma trabalhista e sobre a desnecessidade de mudanças legislativas nas questões abordadas, bem como questionamentos quanto ao sistema da OIT em si, e da Comissão de Peritos, em particular.

Conclui-se que as observações finais no ano de 2019 foram no sentido de um acompanhamento, e, enquanto isso, fica o país lidando com a exposição frente às demais nações em dois anos consecutivos.

Esta pesquisa fica com um questionamento em aberto: deve o sistema de monitoramento ser revisto?

## REFERÊNCIAS

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 17. ed. São Paulo: LTr, 2018.

KOLIEV, Farah; LBOVIK, James H. *Selecting for Shame: The Monitoring*

of Workers' Rights by the International Labour Organization, 1989 to 2011. **International Studies Quarterly**, Estocolmo, v. 62, n. 2, 2018, p. 437-452.

KREIN, J. D. O desmonte dos direitos, as novas configurações do trabalho e o esvaziamento da ação coletiva: consequências da reforma trabalhista. **Tempo Social: revista de sociologia da USP**, São Paulo, v. 30, n. 1, p. 78-104, 2017.

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2008. 551p.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **O Custo da Coerção Relatório Global no seguimento da Declaração da OIT sobre os Direitos e Princípios Fundamentais do Trabalho**. Relatório 1B da 98ª sessão da Conferência Internacional de 2009. Genebra, 2009. Disponível em: [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---europe/---ro-geneva/---ilo-lisbon/documents/publication/wcms\\_365599.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---europe/---ro-geneva/---ilo-lisbon/documents/publication/wcms_365599.pdf). Acesso em: 18 jan. 2021.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Observation (CEACR) - adopted 2016, published 106th ILC session (2017)**. Genebra, 2016. Disponível em: [https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:13100:0::NO::P13100\\_COMMENT\\_ID,P11110\\_COUNTRY\\_ID,P11110\\_COUNTRY\\_NAME,P11110\\_COMMENT\\_YEAR:3300844,102571,Brazil,2016](https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:13100:0::NO::P13100_COMMENT_ID,P11110_COUNTRY_ID,P11110_COUNTRY_NAME,P11110_COMMENT_YEAR:3300844,102571,Brazil,2016). Acesso em: 18 jan 2021.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Record of Proceedings 2018: Conference Committee on the application of standards**. Genebra, 2018a. Disponível em: [https://labordoc.ilo.org/discovery/delivery/41ILO\\_INST:41ILO\\_V2/1254598700002676?lang=en](https://labordoc.ilo.org/discovery/delivery/41ILO_INST:41ILO_V2/1254598700002676?lang=en). Acesso em: 16 jan. 2021.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Application of International Labour Standards: Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations, Report III, part A**. Genebra, 2018b. Disponível em: [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed\\_norm/--relconf/documents/meetingdocument/wcms\\_617065.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/--relconf/documents/meetingdocument/wcms_617065.pdf). Acesso em: 16 jan. 2021.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Record of Proceedings 2018**. Genebra, 2018c. Disponível em: [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed\\_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms\\_729076.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_729076.pdf). Acesso em: 16 jan. 2021.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **As Regras do Jogo: uma introdução à ação normativa da OIT**. Genebra, 2019a. Disponível em: [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---ilo-brasilvia/documents/publication/wcms\\_762425.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---ilo-brasilvia/documents/publication/wcms_762425.pdf). Acesso em: 18 jan. 2021.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Record of Proceedings 2019: Conference Committee on the application of standards**. Genebra, 2019b. Disponível em: [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed\\_norm/---normes/documents/publication/wcms\\_643937.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/publication/wcms_643937.pdf). Acesso em: 06 nov. 2019.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Record of Proceedings 2019**. Genebra, 2019c. Disponível em: [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed\\_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms\\_726221.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_726221.pdf). Acesso em: 16 jan. 2021.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Conheça a OIT**. 2021. Disponível em: <https://www.ilo.org/brasilvia/conheca-a-oit/lang--pt/index.htm>. Acesso em: 12 jan. 2021.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SOUTO MAIOR, J. **A quem interessa essa “reforma” trabalhista?**. Disponível em: <https://www.jorgesoutomaior.com/blog/a-quem-interessa-essa-reforma-trabalhista>. Acesso em: 11 jun. 2019.

SUSSEKIND, Arnaldo. **Direito Internacional do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2000.

Elizabeth Alice Barbosa Silva de Araújo

TERMAN R., VOETEN E. The relational politics of shame: Evidence from the universal periodic review. **Rev Int Organ**, v. 13, p. 1-23, 2018. Disponível em: <https://doi.org/10.1007/s11558-016-9264-x>. Acesso em: 8 jun. 2019.

**SUBMETIDO:** 19/01/2021

**APROVADO:** 17/03/2021

**SOBRE UMA AGENDA JUDICIAL ANTICORRUPÇÃO:  
AÇÕES DE COMBATE À CRIMINALIDADE  
NO CAMPO POLÍTICO**

**ON AN ANTICORRUPTION JUDICIAL AGENDA:  
ACTIONS IN FIGHTING CRIMINALITY  
IN THE POLITICAL FIELD**

**João Marcelo Negreiros Fernandes**

Advogado. Doutorando em Direito do Estado pela Faculdade de Direito da Universidade de Salamanca (ES). Mestre em Direito Público pela Faculdade de Direito da Universidade de Salamanca (ES). Professor do Centro Universitário UNIFAMETRO.

Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-6549-2662>

E-mail: [jmnfernandesadv@gmail.com](mailto:jmnfernandesadv@gmail.com)

**Resumo**

O artigo discute a corrupção praticada por parlamentares e governantes para compreender os desdobramentos recentes na vida do país. Objetiva-se examinar o tratamento repressivo do Poder Judiciário, em especial do Supremo Tribunal Federal, os principais tipos de crimes, ações judiciais, o tempo médio até os julgamentos e as inovações legislativas. Justifica-se o estudo devido às graves consequências da corrupção para a ordem democrática, sem descuidar a preocupação da população com relação à redução da impunidade. Elaborou-se pesquisa qualitativa, exploratória, bibliográfica de livros, artigos científicos, legislação constitucional e infraconstitucional sobre o tema. Os resultados evidenciam o alto número de demandas, a interlocução da justiça com a sociedade e os desafios legislativos na obstrução de atos corruptos.

**Palavras-chave:** Corrupção. Política. Responsabilização. Poder Judiciário.

**Abstract**

*The article discusses the corruption practiced by parliamentarians and government to understand the recent developments in country's life. The objective is examining*

*the repressive treatment of the Judiciary, especially the Supreme Court, the main types of crimes, lawsuits, the average time until trials and legislative innovations. The study is justified due to the serious consequences of corruption for the democratic order, without neglecting the population's concern about reducing impunity. The methodology uses the qualitative and exploratory method, bibliographic research, scientific articles, constitutional and infraconstitutional legislation about the theme. The results demonstrate the high number of demands, the interlocution of justice with society and the legislative challenges to obstruct corrupt acts.*

**Keywords:** *Corruption. Politics. Responsibility. Judiciary.*

## 1 INTRODUÇÃO

O tema da corrupção política é um fenômeno ubíquo e complexo, sendo notória a sua presença em várias democracias ocidentais. Apesar de alguns países terem investido esforços e conseguido reduzir o nível de criminalidade perpetrada por parlamentares e burocratas públicos em afronta a projetos de desenvolvimento social, ela permanece endêmica no Brasil, impulsionando uma série de estudos teóricos que abordam meios mais efetivos de combatê-la.

A literatura especializada tem dado destaque a órgãos que exercem o controle sobre comportamentos corruptos, com análises significativas sobre os resultados alcançados. Essa rede de instituições (Controladorias administrativas, Polícias, Ministério Público, etc.) e o ciclo de supervisão, monitoramento e investigação participa na ponta com o sistema judiciário, integrado por juízes e tribunais que decidem pela responsabilização civil e penal dos agentes.

O artigo se propõe a examinar a atuação do Poder Judiciário, em especial do Supremo Tribunal Federal, com vistas a conhecer os crimes mais frequentes praticados por políticos corruptos, as principais demandas judiciais e a duração média até os julgamentos. Busca-se também compreender a função judicial à luz dos novos desafios legislativos, bem como se existe uma aproximação entre a Justiça e a sociedade civil em matéria de prevenção à corrupção.

A elaboração da pesquisa desenvolveu-se mediante procedimento técnico de revisão bibliográfica, com enfoque em livros, escritos científicos, legislação constitucional e infraconstitucional a respeito do tema. Por outro lado, a análise de dados quantitativos encontrados no sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal (STF) e os estudos analíticos sobre o funcionamento da justiça brasileira foram imprescindíveis para o desenvolvimento do estudo.

O texto se estrutura em três seções após esta introdução: num primeiro momento, realiza uma aproximação conceitual sobre o fenômeno da corrupção na política; a segunda seção apresenta uma referência teórica com relação à noção de *accountability*, enfocando a questão da penalização dos agentes políticos; a terceira se concentra no exame dos dados atinentes ao Supremo Tribunal Federal e na legislação atual voltada à repressão desses delitos.

## 2 BREVE FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA SOBRE A CORRUPÇÃO POLÍTICA

Desde o século passado as reflexões em torno do conceito de corrupção têm contribuído para uma extensa produção filosófica e jurídica que busca compreender o fenômeno como um problema para a organização política do Estado. Estar-se, na verdade, diante de uma expressão altamente ambígua, já que o que se considera como corrupção depende de uma interpretação das normas, dos códigos éticos-morais e da distinção entre o público e o privado.

Entretanto, é certo que a literatura moderna tem se esforçado na formulação de modelos empíricos e teóricos com a finalidade de conferir operacionalidade e facilitar a análise da corrupção. Surgiram, portanto, várias definições baseadas na ideia de ofício público (*public office*), por meio da qual se entende o fenômeno como “a conduta de alguém que se afasta dos deveres formais de uma função pública em virtude de interesses pessoais” (NYE, 1989, p. 66).

Por outro lado, alguns autores relacionam a corrupção com a violação a um sistema normativo de referência. Ela pode também ser explicada como o ato das autoridades públicas que se desviam de regras estabelecidas para servir a fins particulares (HUNTINGTON, 1975, p. 72). Em sentido bastante similar, pode ser qualificada como a prática que atenta contra o interesse público, afetando seriamente sistemas públicos ou civis (FRIEDRICH, 1989, p. 15).

Uma terceira abordagem procura explicá-la a partir de pressupostos econômicos, mais precisamente tomando em conta a lógica do mercado financeiro. Dessa forma, “a corrupção está baseada na elaboração de um cálculo racional por agentes autointeressados que examinam os custos e os benefícios de burlar as regras do sistema político, tendo sempre em vista a maximização do lucro em detrimento de recursos públicos” (ROSE-ACKERMAN, 2002, p. 64).

Como se verifica, as três abordagens acima mencionadas convergem na direção de que o fenômeno da corrupção é a subversão do público pelo privado, sendo certo que os indivíduos corruptos se utilizam da máquina pública com o propósito de servir a desígnios egoístas, tendo por base, na maioria das vezes, contraprestações econômicas. No entanto, para o observador mais atento, é possível reparar que tais noções desconsideram elementos teóricos importantes.

Atinente a essa questão, Estévez (2005, p. 47) esclarece que:

Essas definições deixam de fora de seu alcance uma certa quantidade de aspectos que não são insignificantes, a saber: as relações que se estabelecem entre os Estados (público-privado), incluindo as dimensões relativas a ambas as partes; ou em uma economia globalizada, a relação entre dois agentes privados com distintos recursos e capacidades; ou a questão da direcionalidade, uma vez que nem sempre toda ação de corrupção começa no setor público, tendo em vista que há atores ativos e passivos.

Assim sendo, e em conformidade com os objetivos do texto, as linhas que seguem se ocuparão de um tipo de corrupção realizada por políticos profissionais, com referência a governantes e parlamentares investidos nos respectivos cargos

por intermédio de eleições populares, livres e periódicas. De modo mais concreto, se trata de uma modalidade criminosa perpetrada na dimensão da representação política, afetando valores e princípios democráticos<sup>1</sup>.

Para compreendê-la, importa considerar que pelo menos um dos envolvidos no arranjo corrupto desempenhe cargo representativo, isto é, que seja escolhido pelo voto de eleitores para conduzir suas vontades no âmbito do Estado. São agentes constituídos por uma relação de representação e que possuem delegação/autoridade para atuar em nome do povo, com liberdade para decidir e influenciar processos legislativos e projetos de governo (HOLMES, 2003, p. 193).

Somado a isso, entre as razões para a prática do ato (comissivo/omissivo) reputado como politicamente corrupto, deve prevalecer o interesse do sujeito na obtenção de uma vantagem indevida que não a conseguiria, caso respeitasse os deveres que impõe um marco normativo de referência. Esse interesse pode ser direto ou indireto - ou seja, em favor de terceiros-, revelando a ganância pessoal em face do interesse público (CASTILLO, 2003, p. 17).

Também não se pode perder de vista a necessidade de que exista uma consciência por parte do político ou do governante corrupto de que sua ação ou omissão é (ou pode ser) considerada ilegal ou imprópria. Sobre esse aspecto, entenda-se como imprópria toda conduta que afronte diretamente as preferências ou interesses expressados pelos cidadãos que o elegeram através dos mecanismos eleitorais. Nessa toada, Gisbert (2007, p. 138) adverte que:

A corrupção não é mais que a violação de um contrato em virtude do qual se produz a transmissão do exercício de determinados poderes com uma certa margem de discricionariedade por parte do agente que, contra os interesses e as preferências de seu principal, atua em favor de um terceiro de quem recebe uma recompensa. Evidentemente em tal análise, o agente é o político eleito, o principal é o cidadão e o contrato está constituído por uma relação de representação política.

---

1 Importa advertir que o texto exclui do exame o debate sobre a atuação ilegítima dos partidos políticos e as questões sobre financiamento de campanhas eleitorais. Tais temáticas necessitam de um estudo mais específico e aprofundado, o que não cabe dentro das reflexões e natureza dos problemas que neste campo se procura analisar.

A partir dessas premissas, é possível sustentar que a corrupção política encontra condições férteis no instante em que funcionários eletivos do Estado (burocratas ou parlamentares) decidem, valendo-se do cargo que ostentam e da margem de liberdade conferida pela lei para influenciar o curso da ação política no Estado, favorecer interesses privados em prejuízo da vontade social e do sistema normativo que lhe impõem deveres a serem seguidos.

Neste ponto, pode-se incluir entre as práticas corruptas a lavagem de dinheiro por parlamentares ou partidos políticos, o uso de verbas obtidas a partir de transações irregulares em campanhas eleitorais, a aceitação de recursos em troca de favores ou para influenciar votações e aprovações de leis/medidas administrativas, contribuições privadas (doações) que violam nitidamente normas específicas atinentes ao financiamento de agremiações partidárias.

É relevante alertar que esses atos geralmente são realizados de forma organizada e com a participação de uma sucessão de pessoas que talvez nem se conheçam entre si, dentre elas: políticos, afiliados a partidos, empresários. Esse esquema, visto no Estado brasileiro através de grandes operações como a Lava-Jato, traz dificuldades quanto à identificação da posição hierárquica dos indivíduos na trama delitiva e a aferição da responsabilidade de cada um deles.

Feitas essas considerações, também constitui lugar comum na doutrina que os efeitos corruptos no terreno da política possuem uma incidência direta e desastrosa sobre a capacidade do Estado em arrecadar tributos e destiná-los ao financiamento de atividades essenciais; implementar políticas de desenvolvimento voltadas para o atendimento de uma variedade de demandas sociais; e redistribuir recursos entre diferentes grupos e regiões de um mesmo país.

Ademais, essa espécie de corrupção altera a ordem de prioridades e projetos sobre direitos sociais (saúde, educação, moradia, entre outros) que beneficiariam a população, sobretudo a mais necessitada, já que verbas públicas são canalizadas para financiar negócios particulares espúrios. Vinculado a esse fato, se produz um aumento nos preços de bens e serviços, o que agrava desigualdades e coloca a corrupção como uma das causas da pobreza.

A relação entre corrupção e pobreza é assim explorada por Malem Seña (2000, p. 29):

A corrupção é a grande responsável para que se descuide das necessidades fundamentais da população, em particular necessidades básicas como alimentação, saúde e educação. Assim, a corrupção se constitui na causa fundamental do subdesenvolvimento e da pobreza em geral. O resultado é um círculo vicioso. Por sua parte, a pobreza contribui para aumentar a corrupção, já que aquele que não pode cobrir as suas necessidades básicas pode se ver forçado a recorrer a métodos menos honestos para a sua subsistência.

Portanto, fixadas as bases conceituais da corrupção política, a sua presença impacta nos princípios sobre os quais se assenta o regime democrático, especialmente a ideia de que afasta a possibilidade de os cidadãos determinarem os rumos do Estado a que pertencem. Os desejos destes acabam sendo substituídos pelos dos representantes eleitos que perseguem objetivos gananciosos, gerando custos negativos para as decisões que interessam à coletividade.

### **3 ACCOUNTABILITY E FRENTE DE COMBATE À CORRUPÇÃO POLÍTICA**

Os comportamentos corruptos praticados no âmbito da política, os quais maculam, visivelmente, a ideia de representação e provocam seu descrédito perante a opinião pública, têm dado lugar ao relevante debate em torno da necessidade de que o agente eleito (seja parlamentar ou administrador público) preste contas de suas ações e responda pelos ilícitos eventualmente cometidos em detrimento do interesse da coletividade, o que envolve a noção de *accountability*.

O uso da expressão é próprio dos sistemas democráticos e pressupõe que parlamentares e governantes sejam responsabilizados, durante o exercício dos seus respectivos cargos, por condutas contrárias à vontade da população (governados) que legitimaram a investidura daqueles atores no âmbito do Estado.

E uma vez descumpridos os deveres aos quais se vincularam, haverá a apuração dos fatos e a aplicação de penalidades nos moldes da legislação.

A rigor, o enquadramento da questão pode dar-se no campo da política, onde o juízo sobre a conduta dos parlamentares é realizado pela Câmara Legislativa, podendo culminar na cassação do mandato e nas hipóteses de inelegibilidade. Sobre os representantes do executivo tem-se o *impeachment*, cuja denúncia deve estar fundada na prática de crime de responsabilidade (infração política-administrativa), podendo levar à perda do cargo e à inabilitação ao exercício de função pública por um tempo específico (ARANTES, 2011, p. 121).

Antes de prosseguir, porém, deve-se fazer a ressalva de que os crimes de responsabilidade que redundem em *impeachment* não são restritos a quem pertence ao Poder Executivo, alcançando membros de outros poderes não representativos. Sobre esse aspecto, a Lei n. 1.079/1950, que define essa espécie de delito e regula o processo de julgamento, prevê, por exemplo, um rol de ações direcionadas a ministros do STF e ao Procurador Geral da República que podem resultar em denúncia e posterior abertura de processo de *impeachment*.

Pois bem, deputados federais e senadores da república, acusados de desvios éticos-legais, poderão ter os mandatos cassados pela casa a qual pertencem, através do voto da maioria absoluta dos membros, sempre assegurados a ampla defesa e o contraditório. O Presidente da República, por sua vez, pode ser denunciado pela prática de crime de responsabilidade, cuja admissão da peça acusatória ocorrerá na Câmara dos Deputados e o julgamento, no Senado<sup>2</sup>.

Um caso emblemático de perda de mandato ocorreu em 12 de setembro de 2016 quando, por 450 votos a favor, a Câmara dos Deputados cassou o mandato de Eduardo Cunha (PMDB-RJ), por quebra de decoro ao proferir informações falsas numa Comissão Parlamentar de Inquérito sobre contas de sua titularidade no exterior. Quanto ao *impeachment*, cita-se o processo que resultou na destituição de Dilma Rousseff, em 2016, pelos votos de 61 senadores.

---

2 Destaque-se que parlamentares estaduais e municipais poderão ter os seus mandatos cassados perante as Assembleias Legislativas e Câmaras de Vereadores. Os prefeitos respondem por crimes de responsabilidade junto à Câmara Legislativa Municipal; e os governadores, a seu turno, perante o Poder Legislativo do respectivo estado.

Noutro giro, verifica-se a possibilidade de uma responsabilização do tipo criminal em deferência às leis penais do país, configurando o ato corrupto como fato típico, antijurídico e culpável sob a ótica da teoria do crime. As condenações, proferidas por juízes e tribunais de justiça como consequência lógica da vontade objetiva da lei, podem imputar ao réu pena de reclusão, perda do mandato e até mesmo o pagamento de uma multa (LORENTE, 2016, p. 241).

Neste ponto, tanto parlamentares como o Presidente da República podem responder por crimes comuns, cometidos no exercício do cargo e relativos às funções (*propter officium*). Nesses casos, e no plano federal, a acusação, geralmente, é proposta pelo Procurador Geral da República, ressaltando o papel do Ministério Público Federal (MPF) como titular da ação penal, cujos meios persecutórios se apoia no trabalho de órgãos administrativos e da polícia técnica<sup>3</sup>.

Também é certo que os acusados dispõem de garantias especiais com relação ao foro de processamento das demandas penais, consoante as regras da Constituição Federal (CF). Em se tratando de deputados federais, senadores e Presidente da República fixou-se, no artigo 53, §1º e artigo 102, I, “b” da CF, a competência do Supremo Tribunal Federal para apreciar e proferir decisão, seja para condenar ou para absolver os acusados (BRASIL, 1988, *on-line*).

Conforme levantamento apresentado pela imprensa, no início de 2019 demonstrou-se que, do total de 513 deputados federais, 50 deles (10%) respondiam a processos criminais perante a Justiça. Em comparação com 2015, último ano em que a pesquisa foi realizada, 38 parlamentares já respondiam a algum tipo de ação penal, o que vale afirmar que a investigação de políticos por atos ilícitos fragiliza o sistema democrático (VELASCO *et al*, 2019, *on-line*).

Com relação ao cargo presidencial, recorde-se que, em 26 de junho de 2017, o Procurador Geral da República (Rodrigo Janot) ingressou com denúncia contra o político Michel Temer (PMDB/SP) por corrupção passiva, tornando-se

---

3 No âmbito estadual, vislumbra-se a participação do Ministério Público através do Procurador Geral de Justiça. Na situação da prática de crimes comuns, os vereadores e deputados estaduais, em regra, serão julgados pelo Tribunal estadual. No tocante aos prefeitos municipais, estes serão julgados igualmente pelo Tribunal de Justiça Estadual (TJ's) e os governadores dos estados, pelo Superior Tribunal de Justiça - STJ (artigo 105, I, “a”, CF/88).

este o primeiro presidente em exercício a ser denunciado por crime comum. Porém, a Câmara dos Deputados, a quem cabe autorizar o citado processo, entendeu, por maioria de votos, pelo não provimento da acusação.

Avançando na discussão, a terceira forma de repressão está no campo cível, onde a corrupção é vista como ato de improbidade administrativa, materializada através de ação própria movida contra o agente político. Se julgada procedente, o réu poderá ter contra si decretada a suspensão dos direitos políticos, a perda do mandato e a restituição de valores aos cofres públicos, sendo certo que o êxito dessa medida depende da ação de promotores e juízes.

Essa espécie de enfrentamento ao fenômeno, prevista na Carta de 1988 e regulamentada pela Lei n. 8.429/1992, consagra uma punição mais severa ao agente estatal que se utiliza do cargo ou da função para se locupletar às expensas do erário público, desrespeitando a legalidade e a moralidade administrativas. Os atos reputados como de improbidade e as respectivas sanções estão dispostas no §4º do artigo 37 da CF e artigo 12 da mencionada Lei.

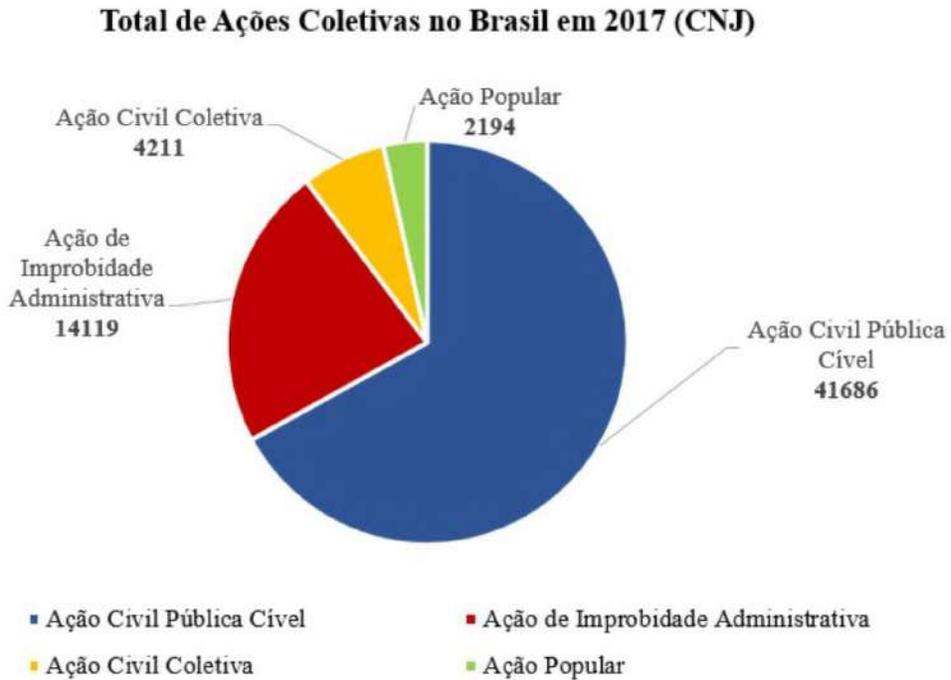
Ainda no campo das tutelas coletivas, acrescente-se a existência da ação civil pública, regulamentada pela Lei n. 7.347/1985, e que se destina à reparação pecuniária e ao cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer com relação ao patrimônio público e social, direitos difusos e coletivos, ordem econômica, etc. Vale registrar que, com relação a um mesmo fato, nada obsta que sejam propostas tanto a ação por improbidade como a ação civil pública.

A par destes comentários, interessa, de momento, observar que, de acordo com uma pesquisa cuidadosamente elaborada pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), chegou-se à conclusão de que tramitou perante o Poder Judiciário brasileiro, no ano de 2017, 62.210 ações coletivas. 41.686 delas eram ações civis públicas seguidas de 14.119 ações de improbidade administrativa, o que atesta a grande utilização destes instrumentos perante o sistema de justiça<sup>4</sup>.

---

4 Esse estudo acerca do Poder Judiciário brasileiro pode ser conferido, na íntegra, na plataforma eletrônica do CNJ disponível no sítio eletrônico: <https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/paineis-cnj/>. Acesso em: 05 abr. 2020.

**Gráfico 1 - Ações coletivas e espécies em tramitação no Poder Judiciário em 2017**



Fonte: CNJ (2018)

Com base nos elementos quantitativos anteriores, e em que pese o propósito da ação de improbidade tentar um caminho rápido e mais descentralizado no combate à corrupção, alguns estudos apontam na direção dos “parcos resultados obtidos e seu baixo grau de efetividade processual, seja pela infinidade de recursos protelatórios por parte dos acusados, seja pela lentidão da máquina administrativa judiciária” (ARANTES *et al*, 2010, p. 142-143).

De todo modo, verifica-se hoje uma forte tendência para o retorno à esfera criminal na repressão de crimes de corrupção, o que, de repente, pode ser atribuído aos grandes resultados obtidos pela polícia na colheita de elementos de

informação capazes de incriminar acusados. De fato, a Polícia Federal (PF) tem alcançado um nível de atuação jamais visto antes, contribuindo no desmonte do crime organizado e na prisão de altas autoridades políticas do país.

Políticos atuantes em diversas esferas da federação e ramos de governo foram alvos de operações da PF. Não se pode esquecer que o canal de informação entre a polícia e o MPF foi imprescindível à propositura da denúncia contra o ex-governador do Estado do Rio de Janeiro (Sérgio Cabral) e deputados estaduais, por corrupção passiva e organização criminosa. Inclusive, foram condenados pelo Tribunal Federal da 2ª Região a penas privativas de liberdade<sup>5</sup>.

Assim, mostra-se evidente o significativo avanço institucional – a destacar nesse espaço o órgão ministerial e as forças policiais - no combate à corrupção cometida por políticos e administradores públicos. Compete, em seguida, ao Poder Judiciário decidir, mediante provocação nos termos e ritos previstos na legislação em vigor, pela aplicação das penalidades cabíveis, mensurando a conduta dos agentes envolvidos e o grau de culpabilidade dos mesmos.

#### **4 SOBRE O SISTEMA JUDICIAL ANTICORRUPÇÃO: BALANÇO DE AÇÕES NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E INICIATIVAS DE ENFRENTAMENTO**

Na grande maioria das democracias representativas modernas, arquitetadas sob o princípio dos freios e contrapesos (*checks and balances*), o Poder Judiciário assumiu uma tarefa fundamental com relação ao controle da corrupção política, viabilizando a responsabilização de políticos e administradores por práticas irregulares. O Brasil não é uma exceção, tendo avançado muito, nas últimas décadas, no campo da *accountability* e na luta contra o fenômeno.

---

5 Para detalhes sobre o caso, consultar: <https://bit.ly/2LKLM4l>. Acesso em: 15 abr. 2020.

Analisando essa evolução estatal, Power e Taylor (2011, p. 4) mencionam que:

O Brasil oferece uma importante lição sobre a *accountabilty*, não só porque é a quarta maior democracia do mundo e a maior da América Latina, mas também por sua notável evolução institucional no período recente e de mais longa experiência com a democracia. O desenvolvimento das instituições de *accountabilty* no Brasil tem sido amplo, dinâmico e contínuo desde a transição do governo autoritário iniciada em 1982.

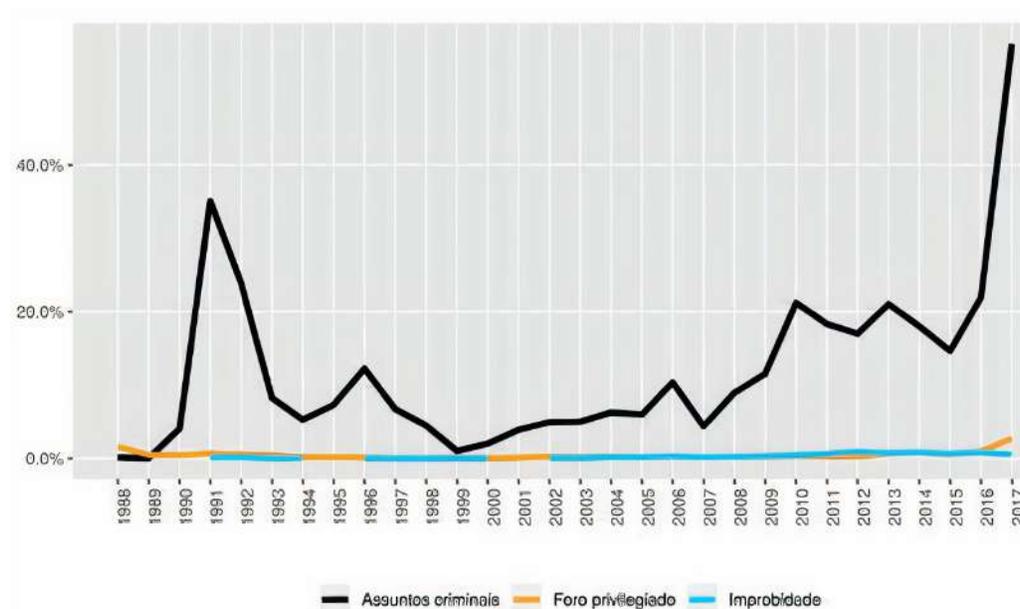
Sob esse prisma, observou-se no país uma atuação importante do Judiciário em demandas sobre crimes de corrupção, o que pode ser atribuída à intensa integração e articulação de uma grande rede de órgãos, dentre os quais: Polícia Federal e Ministério Público. A qualidade das provas e informações que embasaram denúncias contribuiu para sentenças condenatórias contra vários atores corruptos, bastando citar casos como Mensalão e Lava-Jato.

Em complemento ao anterior, parece existir uma versão de ativismo judicial direcionada à punição de agentes políticos e ao combate à corrupção devido a este processo de convergência institucional entre burocracias de controle público (Controladoria Geral da União, Receita Federal, Tribunais de Contas, entre outras) e Instituições que atuam na persecução penal, especialmente a Polícia Federal e o Ministério Público (ENGELMANN, 2017, p. 307).

Essa posição ativista é, igualmente, reforçada em estudos publicados recentemente sobre o tema. A importância do Poder Judiciário, sendo este um poder reativo, depende de uma série de instituições precedentes que atuam no monitoramento, investigação e sanção à corrupção. A posição do Ministério Público alcançou grande destaque, visto que representa o último elo nesta série de relacionamentos entre os órgãos de controle (ARANHA, 2018, p. 9).

Na esteira dessas considerações, e tomando por base o elevado ajuizamento de ações de improbidade administrativa e de ações civis públicas junto ao Poder Judiciário brasileiro no ano de 2017 (Gráfico 1), percebe-se a seguir que o julgamento de processos envolvendo foro privilegiado e de improbidade representou percentual consistentemente baixo nas decisões do STF, entre os anos de 1988-2017, em contraste com as lides sobre temas criminais (Gráfico 2).

**Gráfico 2 - Processos sobre temas penais, foro privilegiado e improbidade administrativa no STF**

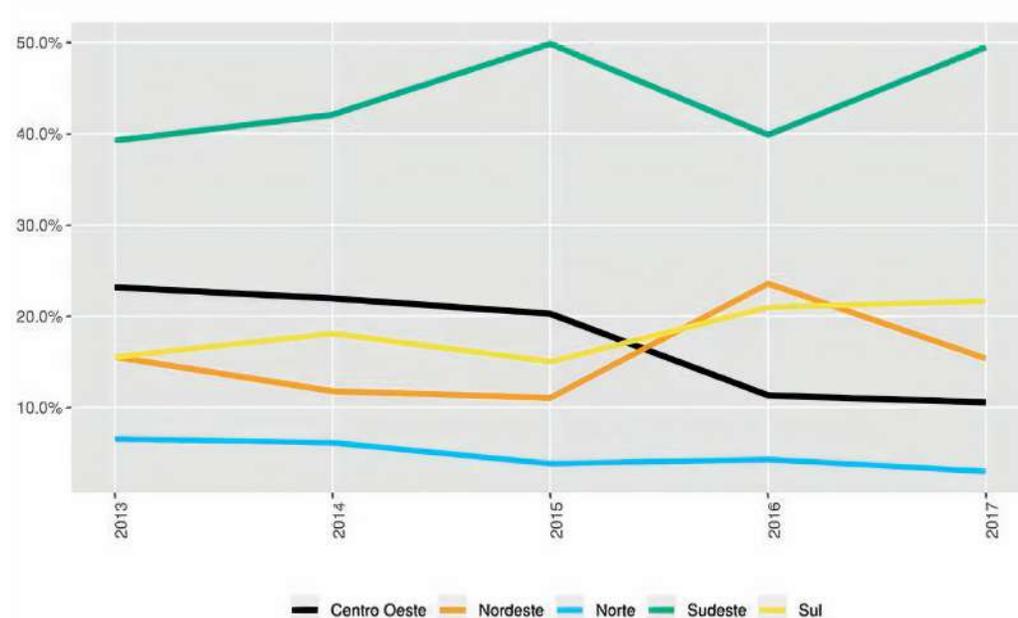


Fonte: FGV (2019)

Em momento diverso, e partindo da divisão territorial do país para entender origem ou trajeto percorrido pelos processos até desembocarem no Supremo Tribunal Federal, interessante reparar que a região com maior participação

percentual foi o Sudeste que, em 2017, chegou a figurar em 50% dos processos. Com relação à segunda posição, nota-se uma considerável variação, com alternância entre o Centro Oeste, e o Nordeste e o Sul abaixo de 25% (Gráfico 3).

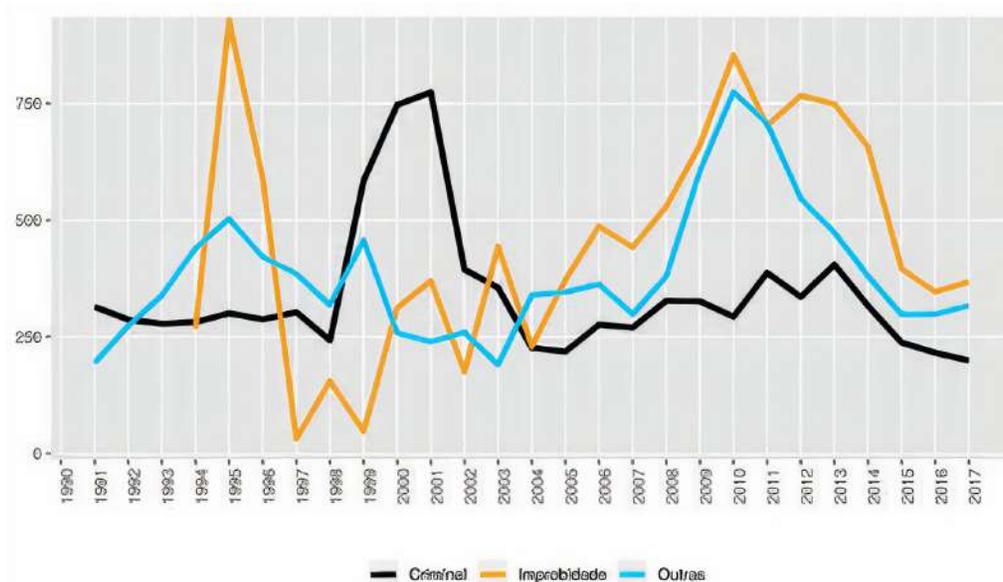
**Gráfico 3 - (%) de Processos por improbidade administrativa por região do país**



Fonte: FGV (2019)

Não obstante os dados até aqui apresentados, outra questão que merece ser abordada é a relativa ao tempo médio de tramitação dos processos, o que significa averiguar a produtividade do Judiciário. Na oportunidade, nota-se, no gráfico 4, que o tempo entre a autuação dos feitos e o trânsito em julgado oscilou desde 1990, sendo que, em 2017, a média para processos criminais foi em torno de 200 dias, e os referentes à improbidade, de 370 dias.

#### Gráfico 4 - Tempo médio entre a autuação e o trânsito em julgado por ano no STF



Fonte: FGV (2019)

No entanto, ao observar relatório recentemente divulgado pelo STF com respeito ao primeiro semestre do ano de 2020, dos processos que hoje se encontram em tramitação na Corte, 39.402 deles tiveram decisão final, incluindo ações civis públicas e de improbidade administrativa. O número, presente na tabela 1, representa uma importante otimização e expansão do trabalho do STF, o qual tem fixado esforços para abreviar o tempo dos processos.

Entre as razões que podem servir para explicar essa agilidade, tem-se os pedidos de homologação de acordos de colaboração premiada que, como se sabe, foram inúmeros nos últimos anos, bastante impulsionados por operações como a Lava Jato. Além disso, não se pode ignorar o esforço dos ministros da corte suprema no sentido de evitar a ultimação da prescrição em vários desses processos, sinalizando, portanto, à sociedade civil a luta contra a impunidade.

**Tabela 1 - Produtividade e atuação do STF com relação ao acervo processual em 2020**

Produção por Mês	JAN	FEV	MAR	ABR	MAI	JUN	JUL	Soma:
<b>Decisão</b>		2			6		7	15
<b>Decisão em recurso interno</b>	20	1.127	1.648	1.361	2.518	1.688	110	8.472
<b>Decisão Final</b>	781	7.405	7.494	6.140	5.134	8.060	4.388	39.402
<b>Decisão Interlocutória</b>	115	333	405	391	380	564	261	2.449
<b>Decisão Liminar</b>	51	319	391	365	431	495	189	2.241
<b>Decisão Rep. Geral</b>		9	7	14	19	25	1	75
<b>Decisão Sobrestamento</b>		25	13	22	11	13	4	88
<b>Soma:</b>	967	9.220	9.958	8.293	8.499	10.845	4.960	52.742

Fonte: STF (2020)

Paralelamente a essa dimensão criminal da corrupção política que reside na principal frente de atuação dos tribunais, cuja análise referiu-se ao STF, ressalta-se, por outro lado, medidas administrativas anticorrupção emanadas do próprio Poder Judiciário. Compreenda-se por tais medidas um amplo conjunto de políticas dirigidas à prevenção de fraudes, transparência pública e controle social, ou seja, esforços situados fora da esfera, eminentemente, processual.

Nessa perspectiva, desde 2011, o CNJ participa das ações da Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro (ENCCLA). Cuida-se de um grupo de trabalho, criado em 2003, voltado para o combate das várias formas da criminalidade corrupta, sob direção do Ministério da Justiça, que reúne órgãos do Executivo, Legislativo e Judiciário, nos planos federal e estadual, Ministério Público (federal e estadual) e setores da sociedade civil.

A participação direta do CNJ no ENCCLA tem gerado resultados práticos importantes, a exemplo da Resolução n. 215, de 16 de dezembro de 2015, que

dispõe acerca da acessibilidade, integralidade e integridade das informações referentes à gestão administrativa e financeira no âmbito do Judiciário. Instituiu também o *ranking* da Transparência, que tem como escopo avaliar o grau de informação que os tribunais brasileiros disponibilizam à população<sup>6</sup>.

Ainda sobre as iniciativas do CNJ, encontra-se a formulação de questionários que possibilitaram a coleta de dados relativos a crimes contra a administração pública e de improbidade administrativa junto aos Tribunais de Justiça dos Estados. De igual modo, o provimento, editado sob o n. 88/2019, visa fornecer instruções sobre como os cartórios do país devem agir para coibir esses tipos de ilícitos, procurando aumentar a rede de *accountability*.

Além dessas providências, que por si só constituem fortes avanços, criou-se o Sistema Nacional de Bens Apreendidos (SNBA), que reúne informações sobre bens apreendidos em processos criminais no território nacional. Não menos importante é a elaboração do Manual de Bens Apreendidos que busca, entre outros fins, auxiliar juízes na alienação antecipada de bens apreendidos, sequestrados ou arrestados em demandas sobre corrupção e lavagem de dinheiro<sup>7</sup>.

Por outra parte, não se pode olvidar que o Conselho Nacional de Justiça instituiu o cadastro nacional de condenações cíveis por atos de improbidade administrativa e inelegibilidade. Referido cadastro contém informações sobre processos julgados e identifica pessoas físicas ou jurídicas que tenham sido condenadas por comportamentos irregulares, o que se amolda perfeitamente aos propósitos da lei de improbidade administrativa (Lei 8.429/1992).

Já sobre as inovações no plano legislativo, a lei federal n. 13.964, de 24 de dezembro de 2019, surgiu com o propósito de aperfeiçoar a legislação penal e processual penal. Na realidade, ela traz um conjunto de alterações visando garantir maior eficácia no combate ao crime organizado, ao crime violento e à

---

6 Sobre as iniciativas do CNJ, importante consultar: <https://bit.ly/2Bb3SdU>. Acesso em: 8 maio 2020.

7 O manual em referência pode ser acessado em: <https://bit.ly/31uGTWg>. Acesso em: 10 maio 2020.

corrupção, propiciando, assim, uma nova abordagem com respeito à atuação do Poder Judiciário e instituições (como o próprio Ministério Público).

Entre as principais novidades encaminhadas ao enfrentamento da corrupção, nota-se o aumento na pena do delito de concussão que, de acordo com o art. 316 do Código Penal (CP), é o ato do servidor público exigir, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida. A penalidade era reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos e, com a reforma, passou a ser de 2 (dois) a 12 (doze) anos.

Constitui, sem dúvida, mudança positiva equiparar a pena da concussão ao de corrupção passiva, evitando, assim, que delito grave seja punido com menos rigor. Outro aspecto relevante refere-se à prescrição, cuja alteração está situada no art. 116 do CP e que impede que ela corra na pendência de embargos de declaração ou de recursos aos Tribunais Superiores, quando inadmissíveis; e enquanto não cumprido ou não rescindido o acordo de não persecução penal.

A intenção é não só combater recursos procrastinatórios dos réus que os beneficiariam com a prescrição e a extinção de punibilidade, como evitar que sejam favorecidos pelo não cumprimento ou rescisão do acordo de não persecução penal. Tal acordo pode ser entendido como instituto de caráter pré-processual e que envolve a negociação entre acusado e Ministério Público, fixadas condições para o cumprimento, objetivando o não oferecimento da ação penal.

No art. 91-A do CP foi incluída a decretação da perda de bens adquiridos pelos réus com recursos ilícitos ou derivados de crime, na hipótese de condenação por infrações com pena máxima superior a 6 (seis) anos de reclusão. O confisco tem como parâmetro a diferença entre o valor do patrimônio do réu e aquele que seja compatível com o seu rendimento lícito, devendo a medida ser requerida expressamente pelo Ministério Público quando do ingresso da denúncia.

A lei acrescentou, ainda, o §3º ao artigo 1º da Lei n. 8.038/1990, que institui normas procedimentais para processos perante o Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça. A inovação é a de que, nos casos em que o investigado confessa formal e circunstanciadamente a prática de infração penal,

sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução.

Além disso, cita-se que a aprovação e publicação da Lei n. 13.964/2019 teve impacto direto na Lei n. 9.613/1988 (Lavagem de capitais), admitindo expressamente o uso da ação controlada e da infiltração de agentes no âmbito da investigação de crimes de lavagem de dinheiro. Já com foco na Lei n. 8.249/1992 (Lei de improbidade administrativa) foi permitida a celebração de acordo de não persecução cível, mostrando-se uma evolução bem significativa.

No âmbito do processo penal, teve lugar a criação do juiz de garantias, ainda bastante discutível, tendo como função exclusiva o controle da legalidade da investigação criminal e a salvaguarda dos direitos individuais. O rol de atuação é bem extenso, podendo decidir sobre autorização de escutas, quebras de sigilo fiscal, bancário e de dados, operações de busca e apreensão, acordos de delação premiada, até o momento da recepção da denúncia ou da queixa.

A partir daí, e uma vez finalizada a participação do juiz de garantias na fase inquisitorial, entra em cena outro magistrado que se concentrará na instrução e julgamento do processo. Essa separação na condução do feito, dividindo-o em duas fases e com dois profissionais, tem sido defendida como forma de garantir a imparcialidade do julgador, ao mesmo tempo, que requer infraestrutura com espaços físicos, pessoal auxiliar e equipamentos.

Em síntese, a idealização do juiz de garantias pretende conferir maior higidez ao processo penal, mas que, ao final, suscitou polêmicas com relação aos custos burocráticos relativos à sua implementação e a maior demora na tramitação das ações. Vale constar que, por decisão do ministro Luiz Fux do STF, em medida cautelar, foi decretada a suspensão por tempo indeterminado de sua aplicação em sede da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6.299/DF.

Portanto, a interação entre juízes e Instituições na repressão e condenação de agentes corruptos, somadas às medidas administrativas e legislativas elaboradas, a pontuar a lei n. 13.964/2019, demanda esforços constantes dos membros da

magistratura, além de um reforço na própria estrutura judiciária. Nesse viés, a eficácia legislativa e um sistema de justiça forte e organizado traz a certeza da punição, sendo este o meio mais eficiente de combate à corrupção.

## 5 CONCLUSÃO

A corrupção política é um problema grave que abala a ordem democrática, figurando como uma grande causa de preocupação social. No decorrer do estudo ficou demonstrado que o combate ao fenômeno tem se intensificado mediante a participação de Instituições de *accountability*, entre elas o Ministério Público, contribuindo para que vários processos por improbidade e delitos contra o Estado ingressassem no Judiciário em números inimagináveis.

Com esse aumento no grau de litigiosidade nos tribunais, o STF, enquanto instância máxima da justiça no país, se viu diante de um duplo e difícil desafio: a) encontrar meios de absorver as demandas que se avolumavam relativas a infrações comuns e atos de improbidade praticados por parlamentares e gestores públicos; e b) promover o julgamento, em um lapso de tempo razoável, com relação aos processos e, assim, propiciar respostas concretas à sociedade.

Alguns fatores podem ser apontados como empecilhos à atuação célere do sistema de justiça, dentre eles: a interposição cada vez maior de recursos meramente protelatórios, a escassez de funcionários e o crescimento exponencial das ações ano após ano. No entanto, o advento da lei n. 13.964/2019 impôs, sem dúvida, novos desafios com vistas a garantir maior efetividade ao sistema jurisdicional, bem como apresentar estratégias para barrar a corrupção.

Por outra parte, ganha destaque a Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro que representou uma importante coordenação entre órgãos públicos, contando com a presença do Conselho Nacional de Justiça. As várias providências tomadas até o momento pelo grupo, inclusive de iniciativa do próprio CNJ, têm servido claramente para delimitar ações/planejamentos relevantes em matéria de prevenção a procedimentos corruptos.

Outras medidas para o aprimoramento na luta contra o fenômeno podem, igualmente, ser adotadas: a criação de um banco nacional de dados para permitir à sociedade o acesso à informação com relação aos casos de corrupção; promover debates legislativos envolvendo a sociedade e instituições públicas na busca da redução dos crimes de corrupção; e o monitoramento interno nos tribunais acerca de processos parados com o fim de impulsioná-los.

No mais, a contribuição do texto consiste em reconhecer o papel do Poder Judiciário em meio a uma agenda anticorrupção, dando ensejo a novas pesquisas sobre este tema no plano das ciências jurídicas e sociais. Resulta, portanto, evidente a visibilidade e legitimidade da função judicial como agente responsável pela defesa da governabilidade e dos ideais democráticos, fornecendo esperança à cidadania de que é viável obstruir o fenômeno corrupto.

## REFERÊNCIAS

ARANHA, Ana Luiza. The Web of Accountability Institutions and Corruption Control in Brazil. **OECD Global Anti-Corruption&Integrity Forum**, 2018. Disponível em: <https://bit.ly/37bnQRR>. Acesso em: 10 jun. 2020.

ARANTES, Rogério Bastos. Polícia Federal e construção institucional. *In*: AVRITZER, Leonardo; FILGUEIRAS, Fernando (orgs.). **Corrupção e sistema político no Brasil**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011, p. 99-132.

ARANTES, Rogério Bastos; LOUREIRO, Maria Rita; COUTO, Cláudio Gonçalves; TEIXEIRA, Marco Antônio Carvalho. Controles democráticos sobre a administração pública no Brasil: Legislativo, Tribunais de Contas, Judiciário e Ministério Público. *In*: LOUREIRO; Maria Rita; ABRUCIO; Fernando Luiz; PACHECO, Regina Silva Viotto Monteiro (orgs.). **Burocracia e política no Brasil: desafios para a ordem democrática no século XXI**. Rio de Janeiro: FGV, 2010, p. 109-147.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: DF, Senado, 1988. Disponível em: <https://bit.ly/3ei0Bbd>. Acesso em: 20 abr. 2020.

BRASIL. Decreto-Lei n. 2.848, 7 de dezembro de 1940. **Institui o Código Penal**. Diário Oficial da União, Brasília, 7 de dezembro de 1940. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm). Acesso em: 24 nov. 2020.

BRASIL. Lei n. 8.429, 2 de junho de 1992. **Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências**. Diário Oficial da União, Brasília, 2 de junho de 1992. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8429.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm). Acesso em: 22 nov. 2020.

BRASIL. Lei n. 7.347, 24 de julho de 1985. **Disciplina a ação civil pública**. Diário Oficial da União, Brasília, 24 de julho de 1985. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l7347orig.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7347orig.htm). Acesso em: 23 nov. 2020.

BRASIL. Lei n. 1.079, 10 de abril de 1950. **Define os crimes de responsabilidade e regula o respectivo processo de julgamento**. Diário Oficial da União, Brasília, 10 de abril de 1950. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l1079.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l1079.htm). Acesso em: 23 nov. 2020.

BRASIL. Lei n. 13.964, 24 de dezembro de 2019. **Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal**. Diário Oficial da União, Brasília, 24 de dezembro de 2019. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm). Acesso em: 24 nov. 2020.

BRASIL. Lei n. 9.613, 3 de março de 1998. **Dispõe sobre os crimes de “lavagem” ou ocultação de bens, direitos e valores**. Diário Oficial da União, Brasília, 3 de março de 1998. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9613.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9613.htm). Acesso em: 25 nov. 2020.

BRASIL. Lei n. 8.038, 28 de maio de 1990. **Institui normas procedimentais para os processos que especifica, perante o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal.** Diário Oficial da União, Brasília, 28 de maio de 1990. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8038.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8038.htm). Acesso em: 25 nov. 2020.

BRASIL. Ministério Público Federal. **Inquérito n. 4.483/DF**, de 26 de junho de 2017. Disponível em: <https://bit.ly/2LJKEy3>. Acesso em: 26 mar. 2020.

BRASIL. Ministério Público Federal. **Balanços da Lava Jato: MPF obtém condenações inéditas de deputados estaduais do RJ.** 2019. Disponível em: <https://bit.ly/2LKLM4l>. Acesso em: 15 abr. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Relatório sobre o acervo processual.** 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3l75lmD>. Acesso em: 22 nov. 2020.

CASTILLO, Arturo del. Medición de la corrupción: un indicador de la rendición de cuentas. **Revista de la Auditoria Superior de la República**, México (DF), v. 5, p. 07-63, 2003.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Manual de Pesquisa: Painéis de Consulta aos dados dos Sistemas Justiça em Números e Módulo de Produtividade Mensal.** Brasília: CNJ, 2018. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/paineis-cnj/>. Acesso em: 05 abr. 2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro.** Disponível em: <https://bit.ly/2Bb3SdU>. Acesso em: 8 maio 2020.

ENGELMANN, Fabiano. Da crítica do direito ao combate à corrupção: deslocamentos do ativismo político-judicial. **Revista Contemporânea**, v. 7, n. 2, p. 297-312, 2017.

ESTÉVEZ, Alejandro. Reflexiones teóricas sobre la corrupción: sus dimensiones política, económica y social. **Revista Venezolana de Gerencia**, v. 10, n. 292005, p. 43-85, 2005.

FRIEDRICH, Carl. Corruption concepts in historical perspective. *In*: HEIDENHEIMER, Arnold J.; JOHNSTON, Michael (eds.). **Political corruption: A handbook**. New Brunswick: Transaction, 1989. p. 15-24.

FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS. **Relatório em números: a realidade do Supremo criminal**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2019. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/27510>. Acesso em: 25 de nov. 2020.

GISBERT, Rafael Bustos. Corrupción de los gobernantes, responsabilidad política y control parlamentario. **Revista de Teoría y Realidad Constitucional**, Madrid, n. 19, p. 135-160, 2007.

HOLMES, Leslie. Political Corruption in Central and Eastern Europe. *In*: BULL, Martin J.; NEWELL, James. (eds.). **Corruption in Contemporary Politics**. London: Palgrave Macmillan, 2003, p. 193-206.

HUNTINGTON, Samuel. **A Ordem Política nas Sociedades em Mudança**. São Paulo: USP, 1975.

LORENTE, Vitória Marques. Corrupção no Brasil e estratégias de combate. **Revista Brasileira de Estudos da Função Pública**, Belo Horizonte, n. 14, p. 203-257, 2016.

MALEM SEÑA, Jorge. La corrupción política. **Revista Jueces para la democracia**, Madrid, n. 37, p. 26-34, 2000.

NYE, Joseph. Corruption and political development: A cost-benefit analysis. *In*: HEIDENHEIMER, Arnold J.; JOHNSTON, Michael (eds.). **Political corruption: A handbook**, New Brunswick, Transaction, 1989, p. 963-983.

POWER, Timothy; TAYLOR, Matthew. Introduction: accountability institutions and political corruption. *In*: POWER, Timothy, TAYLOR, Michael (eds.). **Corruption and democracy in Brazil: the struggle for accountability**. Notre Dame: University of Notre Dame, 2011, p. 1-29.

João Marcelo Negreiros Fernandes

ROSE-ACKERMAN, Susan. Economia política da corrupção. *In*: ELLIOT, Kimberly Ann. (Org.). **A corrupção e a economia global**. Brasília: UnB, 2002.

VELASCO, Clara *et al.* **Nova Câmara: 50 deputados federais são réus em processos criminais**. G1, São Paulo, 2019. Disponível em: <https://glo.bo/2X8YCA3>. Acesso em: 21 mar. 2020.

**SUBMETIDO:** 06/08/2020

**APROVADO:** 22/03/2021

## A AUTONOMIA DOS PACIENTES E A RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO EM TEMPOS DE PANDEMIA

### *PATIENTS' AUTONOMY AND THE DOCTOR'S CIVIL RESPONSIBILITY IN PANDEMIC TIMES*

**Jéssica Hind Ribeiro Costa**

Doutora em Direito das Relações Sociais e Novos Direitos pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Pós-Doutorado em Desigualdades Norte-Sul e Justiça Social pela Escola de Altos Estudos Jurídicos – Faculdade Latino-Americana de Ciências Sociais e Universidade de Brasília (FLACSO-UnB). Professora da UNIRUY, Universidade Católica do Salvador (UCSal) e Faculdade Santíssimo. Advogada.

Orcid: <http://orcid.org/0000-0003-4640-3318>

*E-mail:* jel\_hind@hotmail.com

**Paulo Bruno Bonfim Souza**

Bacharel em Direito pela Universidade Católica do Salvador (UCSal).

Orcid: <http://orcid.org/0000-0002-9301-6460>

*E-mail:* p.brunobsouza@gmail.com

#### **Resumo**

Com o advento da COVID-19 e das emergências provocadas pela pandemia, muitas questões relativas ao direito à saúde e ao tratamento dos acometidos pelo coronavírus no âmbito dos direitos fundamentais têm-se destacado. **Justificativa:** considerando a gravidade desse contexto hodierno e as consequências na relação médico-paciente sobre informações e tratamentos disponíveis, este estudo se faz atual e relevante. **Objetivo:** analisar a relação médico e paciente em observância à autonomia deste acerca de seu tratamento e a responsabilidade civil daquele, considerando o direito à saúde e o contexto da pandemia causado pela COVID-19. **Metodologia:** revisão literária via pesquisa bibliográfica e pesquisa documental a partir do raciocínio hipotético-dedutivo. **Resultados:** as possibilidades de mitigação da autonomia do paciente, quando de sua vontade

(ou não) de se submeter a determinados tratamentos experimentais questionando a responsabilização civil dos médicos em caso de agravamento da doença por conta da utilização de determinada medicação e/ou procedimento. **Conclusões:** a negação e/ou a omissão de informação do/ao paciente constituem-se violação aos seus direitos, tornando passível de responsabilização civil do profissional de saúde, no entanto, uma vez oportunizada a informação ao paciente sobre as etapas e as consequências possíveis de seu tratamento, não há consequência no âmbito indenizatório.

**Palavras-chave:** Direitos Fundamentais. Princípio da autonomia. Responsabilidade civil. Pandemia. Direito à saúde.

### **Abstract**

*With the advent of COVID-19 and the emergencies caused by the pandemic, many issues related to the right to health and the treatment of those affected by the coronavirus in the scope of fundamental rights have been highlighted. **Justification:** considering the severity of this modern context and the consequences in the doctor-patient relationship on information and available treatments, this study is current and relevant. **Objective:** analyze the relationship between doctor and patient in compliance with their autonomy regarding their treatment and their civil liability, considering the right to health and the context of the pandemic caused by COVID-19. **Methodology:** literary review with bibliographic research and documentary research based on hypothetical-deductive reasoning. **Results:** the possibilities for mitigating the patient's autonomy, when they want (or not) to undergo certain experimental treatments, questioning the civil liability of doctors in case of disease aggravation due to the use of a certain medication and/or procedure. **Conclusions:** the patient's denial and/or omission of information constitutes a violation of rights, making it possible for the health professional to be held civilly liable, however, once the information to the patient about the steps and possible consequences is made available, treatment, there is no consequence in the indemnity scope.*

**Keywords:** *Fundamental Rights. Principle of autonomy. Civil responsibility. Pandemic. Right to health.*

## 1 INTRODUÇÃO

Vive-se um tempo de emergências e urgências, sobretudo no que se refere à saúde pública, dado o cenário pandêmico hodierno. Muito se tem discutido acerca das escolhas dos pacientes e como as relações entre esses e os médicos têm-se desenrolado em um contexto de tantas mudanças. Dessa maneira, o objeto deste artigo é a autonomia dos pacientes e a responsabilidade civil dos médicos em tempos de pandemia, de modo a ampliar o debate acerca dos direitos fundamentais em questão.

A participação ativa e a tomada de decisões dos pacientes no que tange a procedimentos médicos em meio à pandemia ocasionada pelo coronavírus figuram o quadro de análise deste estudo, trazendo à tona a necessidade de se conceituar responsabilidade civil dos médicos e passando por questões fundamentais relativas ao limite de atuação e à garantia de direitos fundamentais. Destarte, o presente artigo tem como principal objetivo analisar a relação médico e paciente em observância à autonomia deste em opinar sobre o tratamento a que deve se submeter ou recusar e a responsabilidade civil daquele, considerando o direito à saúde e o contexto da pandemia causado pela COVID-19.

Do ponto de vista técnico, este estudo valeu-se da revisão de literatura, materializada por meio de uma pesquisa bibliográfica de natureza qualitativa, cuja coleta de dados se fez por livros, artigos, periódicos que abordassem o direito à saúde e a autonomia dos pacientes sob a perspectiva do ordenamento jurídico brasileiro. A atuação do médico e a aplicação da responsabilidade civil desse em meio ao contexto pandêmico supracitado também se constituem objeto de análise deste estudo. Em paralelo a esse apanhado literário, também se adotou como metodologia a pesquisa documental a partir da consulta à legislação vigente no Direito brasileiro.

Quanto ao método de raciocínio, adotou-se o hipotético-dedutivo, tendo em vista a formação de hipóteses sobre a problemática a ser discutida e a sua conseqüente submissão a testes, contestando a tese de falseamento para confirmação ou negação. Contudo, não consta aqui a intenção de encerrar a discussão ou abranger todas as possíveis linhas de debate, a exemplo da vacinação compulsória, da alocação de recursos em saúde, da atuação dos poderes, entre outras demandas que requerem estudos específicos.

## 2 DIREITOS FUNDAMENTAIS E O ACESSO AO DIREITO À SAÚDE

Com o advento da COVID-19, a discussão sobre a garantia dos direitos fundamentais tornou-se tanto recorrente quanto prioritária no âmbito doutrinário, principalmente com relação ao direito à saúde e aos limites à autonomia corporal. Movidos pela necessidade de garantir a saúde dos seus cidadãos, governantes de todo o mundo se mobilizaram na tentativa de garantir atendimento em grandes escalas, equipamentos de segurança para os profissionais, vacinas, entre outras providências necessárias ao combate à crise pandêmica.

Em se falando da realidade brasileira, importa destacar que a postura dos chefes de Estado não tem sido necessariamente idêntica e que, mesmo internamente, vários dilemas e discordâncias se estabeleceram no tocante às melhores estratégias para enfrentar a disseminação do coronavírus. A esse respeito, flagrável é o negacionismo adotado por alguns presidentes, como Donald Trump e Jair Bolsonaro, que, de maneira insistente, puseram a ciência em dúvida e optaram por estratégias menos restritas de controle social, sendo, inclusive, contrários ao regime de *lockdown*.

Enquanto o governo federal permanecia nesse estado de negação, muitos governadores e prefeitos brasileiros adotaram uma postura de embate quanto às instruções do chefe do Executivo. A celeuma aqui posta ganhou mais um elemento de interposição com a exigência do presidente frente ao Supremo Tribunal Federal (STF) para com soluções de algumas questões, tais como a

definição de serviços essenciais para fins de reabertura do comércio (O GLOBO, 2020; UOL, 2020).

No tocante aos direitos fundamentais implicados com o cenário pandêmico, importa destacar que se trata de questões que compreendem valores inatos à natureza humana, não se tratando de uma criação ficcional. Questões como as restrições ao direito de liberdade promovidas pelo isolamento/distanciamento social, bem como associadas ao tratamento e ao uso de medicações *off label*<sup>1</sup> trazem a questão dos limites do exercício dos direitos fundamentais em um panorama irruptivo.

Com uma forte influência do jusnaturalismo, notadamente o Direito Natural Antropológico, é possível compreender o homem como centro do universo e como portador de um conjunto de direitos naturais inatos (BEDIN, 2014, p. 247), dentre eles, podem-se destacar à liberdade e à saúde, ambos essenciais à compreensão dos dilemas aqui analisados. Da percepção de que a tipificação dos direitos seja resultado de uma evolução histórica, o que os caracteriza enquanto direitos fundamentais reside justamente no fato de serem valores inatos ao homem.

Nesse sentido, Barroso (2010, p. 9-10) explica que os direitos fundamentais têm como justificativa e fundamento a dignidade humana, e a sua preservação é dividida em duas vertentes: a dimensão individual, vinculada ao sujeito portador desses direitos, com a sua materialização junto a escolhas e a atitudes do indivíduo; e a dimensão social, vinculada à atuação do Estado no seu papel de garanti-los e concretizá-los. Dessa maneira, objetiva-se dar condições necessárias à sua proteção e intervir nas atuações individuais que possam impedir a prática individual ou coletiva desses direitos.

Com relação à intervenção estatal, o supracitado ministro divide em três formas de atuação: (I) criar condições que possam satisfazer a dignidade humana; (II) criar meios que impeçam condutas individuais que violem a dignidade do

---

1 O medicamento chamado *off-label* é aquele cuja indicação do profissional assistente diverge do que consta na bula, segundo a Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologia no Sistema Único de Saúde - SUS (2012).

próprio agente; e (III) coibir condutas individuais que possam ferir a dignidade de terceiros ou valores comunitários estabelecidos (BARROSO, 2010, p. 9-10).

Para a compreensão dos direitos fundamentais, capital é entender a diferença entre titularidade e exercício do direito. No caso de pessoas incapazes, a exemplo dos menores de idade, o titular do direito sempre será o menor, e tal condição não se altera, tendo em vista que tais direitos são intransmissíveis. Porém, como esses menores são absoluta ou relativamente incapazes, o exercício desses direitos deve ser feito por terceiros, no caso, os seus responsáveis, que têm a obrigação de cuidar e proteger a criança e o adolescente (MORAIS, 2011, p. 191-192).

Por outro lado, o exercício dos direitos titularizados por outrem não pode ser feito de forma abusiva, tendo em vista ser essencial o incapaz participar das discussões pertinentes aos seus direitos, principalmente quando esse passa a ter um grau de discernimento maior, tal como ocorre com os maiores de 16 anos, considerados relativamente incapazes pelo ordenamento nacional. A esse respeito, as normas brasileiras estabelecem que os menores de 16 anos podem, inclusive, realizar alguns procedimentos/atitudes sem assistência, como efetuar testamento, postular registro de nascimento, ser eleitor e atuar como mandatário.

Considerando as questões relacionadas à autonomia corporal e à compreensão de enfermidades e tratamento, torna-se cada vez mais importante ouvir a opinião do incapaz, buscando sempre que possível levar em consideração o seu posicionamento, principalmente em demandas eletivas ou não estando acometidos por circunstâncias que exijam uma atuação emergencial. Merece destaque a teoria da autonomia progressiva no tocante aos tratamentos médicos, a qual parte da premissa de que o assentimento não deve se basear na capacidade civil, mas sim na anuência dada pela criança/adolescente na medida de sua compreensão (MUNHOZ, 2014).

Como não existe um único direito fundamental e sim um grupo de direitos, vale destacar que não existe hierarquia entre eles, não existe um que se sobressaia a outro, o que implica não haver confronto de direitos fundamentais

no plano normativo. Os seus *status* constituem-se equivalentes, contudo, isso não impede um confronto no campo fático. Partindo desse ponto, Maas e Daroit (2019, p. 14-16) afirmam que a garantia do direito à saúde é fundamental para que seja possível exercer a cidadania plena, agindo como um ponto de partida para o exercício dos outros direitos.

O reconhecimento do exercício do direito à saúde para o exercício de outros direitos mostra-se fulcral, ainda que a autonomia esteja intimamente vinculada à ideia de responsabilidade. Destarte, pode-se assentir “[...] requisito para o pleno exercício das liberdades existenciais à sanidade mental ou discernimento necessário, de a modo a se dimensionar todas as consequências dos atos autorreferentes” (TEIXEIRA, 2010, p. 193). Infere-se que a autonomia está inequivocamente atrelada às noções de responsabilidade e ao discernimento do paciente, o que não se observa nos sujeitos comatosos ou com grave transtorno mental, por exemplo.

Antes de qualquer coisa, há de se compreender que o direito à saúde ou a relevância social desse subjugam-se à definição do conceito de saúde, porquanto, há até poucas décadas, a saúde era compreendida como o bem-estar físico ou, então, como a falta de doenças. Atualmente, segundo a Organização Mundial de Saúde (OMS), a saúde pode ser entendida de forma mais ampla, abarcando questões psíquicas e sociais. Partido dessa amplitude conceitual e visando à satisfação biopsicossocial, Asbahr (2004, p. 10-13) define o direito à saúde como sendo um conjunto de obrigações do Estado para com a garantia do desenvolvimento saudável das pessoas, transcendendo a simples ideia de proteção ou tratamentos de enfermidades.

O entendimento de Kölling e Massaú (2011, p. 18-20) sobre a saúde abrange o bem-estar biopsicossocial e o bem jurídico intrinsecamente ligado ao bem jurídico: a vida; sem a preservação do primeiro, não é possível a garantia do segundo. Importa mencionar que esse conceito mais abrangente e organicista, apesar de muito festejado, não está isento de críticas. Nesse sentido, Segre e Ferraz (1997) chamam a atenção para o fato de que um perfeito ou completo bem-estar

em todas as dimensões apresenta uma dificuldade inerente ao sujeito. Torna-se muito difícil, ou praticamente impossível, compreender alguém como saudável quando os requisitos necessários à atribuição de tal adjetivo seja a plena ausência de doenças, de questões mentais, emocionais e uma estruturada situação social.

No Brasil, a Constituição de 1988 consagrou o direito à saúde como sendo um direito fundamental, previsto no seu art. 6º, além de definir os princípios responsáveis pela orientação das políticas de saúde (BRASIL, 1998). Dentre os princípios, ficou estabelecido que, além de ser um direito dos cidadãos, é também um dever do Estado que deve promover políticas públicas com o intuito de garantir o acesso universal e igualitário a todos, o que se encontra previsto no art. 196 e seguintes do mesmo diploma. Além disso, também ficou prevista a criação de um sistema único de serviços de saúde pública, tendo com algumas de suas características a descentralização, a hierarquização e a participação da comunidade (ASBAHR, 2004, p. 10-13).

Dessa forma, os constituintes presaram pela garantia do direito à saúde, não só atribuindo-lhe o *status* de fundamental, mas também estabelecendo princípios norteadores para sua garantia. Nesse sentido, caso o Sistema Único de Saúde (SUS) fosse implementado de maneira eficaz e universal, como planejado, seria possível assegurar o direito à saúde à população, mesmo em um contexto de pandemia. Ocorre que, além do acesso aos serviços de saúde e do aparato necessário para lidar com as enfermidades e consequentes recuperações, essa questão traz também um outro dilema importante nas discussões e resultados dos atendimentos de saúde: a relação médico-paciente. A esse respeito, encarrega-se de abordar a seção seguinte.

### 3 AUTONOMIA E RECUSA A TRATAMENTO MÉDICO

Quando se fala em Direito Médico, um ponto nevrálgico das discussões gira em torno da relação travada entre paciente e médico e dos direitos e obrigações que têm origem nessa interação. Nesse âmbito, um dos princípios de maior

relevância para a discussão se refere à autonomia, de modo que, para alguns autores, esse é o único princípio que deve nortear essa relação, posto que outros são derivações desse (BELTRÃO, 2016, p. 102-104).

No âmbito da bioética principialista, tida como a corrente clássica, apesar de os seus criadores afirmarem não haver hierarquia entre os princípios, Garrafa (2005, p. 128) destaca que “[...] o tema da autonomia foi maximizado hierarquicamente com relação aos outros três, tornando-se uma espécie de super-princípio”.

Explica Beltrão (2016, p. 102-104) que o princípio da autonomia pode ser definido como sendo a capacidade que a pessoa tem de se autorregular; sendo assim, a decisão fruto dessa autodeterminação deve ser respeitada, mesmo que seja contrária ao entendimento do profissional da saúde. Dessa forma, esse princípio age como um limitador dos poderes do médico e se torna fonte do direito do paciente.

O Código de Ética Médica (CEM) também incorporou a ideia de garantir ao paciente o direito de decidir de forma livre e autônoma o melhor tratamento. No capítulo V, que trata sobre a relação dos médicos com pacientes e familiares, o art. 31 estabelece que é vedado ao médico desrespeitar o direito do paciente (ou de seu representante) de determinar livremente as práticas terapêuticas ou diagnósticas que serão utilizadas (CFM, 2018).

Importa mencionar que, apesar de a doutrina se debruçar, em regra, sobre a autonomia do paciente, existe uma inegável e necessária autonomia do médico, o que é preciso para que o(a) profissional exerça seu ofício com base naquilo que compreende como sendo o processo mais adequado para a condução do diagnóstico ou de cura do paciente. Nesse sentido, Nilo (2019, p. 64) comenta que a interpretação do Código de Ética Médica faz concluir “[...] que a autonomia do médico em oferecer ao paciente as possibilidades terapêuticas possíveis é quase absoluta, mas que deve observar como limite o reconhecimento científico da viabilidade do tratamento”, devendo ser cancelada pela livre escolha do paciente em aderir ou não ao que foi indicado.

Convém destacar que, quando abordado o princípio da autonomia com relação a um paciente absoluto ou relativamente incapaz, a exemplo de uma criança, esse princípio se encontra corrompido, tendo em vista que o titular do direito não pode exercer sua autonomia de forma plena. Nesses casos, o que será utilizado para nortear as decisões é a ideia de “melhor interesse” ou “menor dano” para o incapaz (KIPPER, 2015, p. 42-44).

Existem dois elementos que são fundamentais para que o princípio da autonomia seja cumprido da sua essência: o paciente ter ampla informação do seu caso; e não existir nenhum tipo de coação, seja ela externa ou interna. Partindo desse ponto de vista, Porto e Araruna (2016, p. 206-207) explicam que o próprio CEM determina a obrigação de o médico informar ao paciente a sua situação com relação ao diagnóstico, ao prognóstico e aos riscos do tratamento, sendo essa inerente à própria atuação médica. A única ressalva é nos casos em que essa informação gera algum dano ao paciente, devendo haver uma obrigação de se fazer acompanhar ou preceder a informação aos responsáveis do paciente ou a algum familiar.

Tão importante quanto a informação é a não coação, fazendo-se necessária para evitar que a expressão da autonomia do paciente não se encontre viciada, para tanto é preciso tomar cuidado com influências internas e externas. No tocante à coação externa, consta flagrada quando alguém, podendo ser ou não um profissional da saúde, tenta modificar ou direcionar a vontade do paciente no sentido oposto ao que ele normalmente escolheria. Esse vício também se faz flagrante na omissão de informação importante ou na distorção dessa no intuito de influenciar a tomada de decisão do paciente (BELTRÃO, 2016, p. 102-104).

Para que a autonomia seja válida, Beltrão (2016, p. 102-104) explica que, além de afastar os controles externos supracitados, é preciso observar também a falta de coações internas que possam viciar a decisão do paciente. Entende-se por coação interna a dor, o medo, as enfermidades mentais (depressão, ansiedade), ou qualquer questão similar que se origine no próprio paciente. Essas situações, que não são raras em momentos pandêmicos, podem fazer com que a pessoa

tome decisões, muitas vezes, involuntárias, que são opostas e incoerentes a seus valores e a suas convicções de vida.

Ainda com relação à autodeterminação, Teixeira (2018, p. 76-78) entende que é de fundamental importância destacar que não tem como separar a dignidade da pessoa humana do direito que ela tem de se autodeterminar, visto que cada pessoa tem os seus valores morais e ideológicos que influenciam na sua tomada de decisão, sendo fundamental que a individualidade de pensamento seja respeitada. Assegurar o respeito e a proteção dos direitos fundamentais faz parte da base do direito moderno e deve prevalecer como premissa, mesmo em tempos de pandemia, desde que isso não prejudique os direitos dos outros indivíduos.

Conforme já ficou delineado no tocante à delimitação do objeto no âmbito introdutório, não se pretende aqui aprofundar nos limites referentes à possibilidade de restrição da autonomia privada em detrimento da coletividade, sendo este um tema que requer uma série de outros estudos e aprofundamentos teóricos. O que se pretende, de maneira geral, é discutir a questão relativa aos limites no âmbito individual da esfera de autonomia do paciente no tocante ao consentimento ou à recusa de um determinado procedimento em conjunto ou em desacordo com o seu médico.

Com relação ao consentimento, Pazinato (2019 p. 238-239) entende que ocorre quando o paciente concorda com o tratamento sugerido pelo médico, porém, para que isso seja válido, é fundamental que aquele receba as informações corretas sobre a sua doença, assim como sobre as possibilidades de tratamento e de cura. Nesse caso, o consentimento é fruto de uma relação respeitosa e honesta entre médico e paciente, devendo, inclusive, ser esclarecido o possível uso experimental ou *off label*.

A consubstanciação do aval dado pelo paciente, geralmente, está materializada no Termo de Consentimento Livre e Esclarecido (TCLE), ou apenas termo de consentimento, o qual pode ser compreendido como a anuência do paciente, sendo um documento que deve ser construído conjuntamente entre esse e o seu médico e o paciente (NILO, 2019). Nesse documento deve conter

as principais informações sobre a doença, o tratamento a ser adotado, os riscos e as possibilidades do procedimento.

Com relação ao consentimento do paciente, Teixeira (2018, p. 94) explica que deve ocorrer de forma livre de vícios e munido das informações necessárias; porém, não existe um padrão, uma forma específica ou formalidade predeterminada, podendo ser feito de forma oral ou escrita (o TCLE), desde que aponte o procedimento recomendado e como será realizado, constando, inclusive, o prontuário do paciente.

Assinala Bergstein (2012, p. 185-194) que o consentimento compreendido como um processo faz com que o paciente interaja de forma ativa no momento de tomar decisões, o que não ocorreria se fosse um ato impositivo. Partindo dessa compreensão, faz-se necessário que ele seja renovado a cada nova etapa, em tratamentos assim divididos, porquanto, nessas situações, a cada novo evento relevante conste o consentimento do paciente, excetuando-se os casos de urgência em que esse não tenha tempo hábil para refletir sobre o fato devido ao risco à vida ou à saúde.

No que diz respeito ao TCLE propriamente dito, existem duas interpretações sobre sua função: a primeira tem como base de apoio a bioética e o princípio da dignidade e entende que esse documento serve para proteger os direitos do paciente e, ao mesmo tempo, aproximá-lo das decisões pertinentes à sua saúde; o segundo é nutrido por um interesse mais jurídico e entende que esse termo, por se tratar de um documento legal assinado pelas partes, pode ser utilizado em favor do médico em um processo ético ou jurídico futuro, ou seja, como fruto de uma medicina defensiva (PAZINATTO, 2019, p. 238-239).

O presente artigo considera como sendo a primeira abordagem a que melhor define a utilização do supracitado documento e esquiva-se de tecer maiores comentários sobre a segunda vertente, a qual acaba caracterizando aquilo que tem se denominado como Medicina Defensiva<sup>2</sup> (MINOSSI; SILVA, 2013).

---

2 Medicina defensiva se refere a um conjunto de práticas “de defesa” para evitar processos judiciais, dentre as quais pode ser incluído o TCLE.

O Código de Ética Médica não menciona expressamente do TCLE ou da obrigatoriedade de sua elaboração, mas, no seu capítulo V, destinado à relação com pacientes e familiares, alguns artigos se aproximam da ideia contida nesse termo. O art. 34, por exemplo, determina que é vedado ao médico deixar de informar ao paciente (ou seu representante legal) o diagnóstico, prognóstico, riscos e objetivos do tratamento ao qual será submetido (PAZINATTO, 2019, p. 238-239).

O fato de inexistir previsão direta do TCLE no naquele código não diminui a sua importância; nesse sentido, o CFM elaborou a Recomendação n. 1/2016 que “[...] dispõe sobre o processo de obtenção de consentimento livre e esclarecido na assistência médica”, esclarece que, mesmo a forma verbal sendo o tipo mais comum de obtenção do consentimento, é sempre aconselhável a elaboração do documento. A orientação é que o termo seja escrito com linguagem clara e acessível utilizando, sempre que possível, traduções dos termos científicos para permitir melhor compreensão por parte do paciente. Com relação ao conteúdo, a orientação é que o termo seja feito com espaços em branco, alternativas para serem marcadas pelo paciente ou com alguma outra forma que possibilite a participação ou complementação por parte dele.

Vale ressaltar que, da mesma forma que o paciente tem a possibilidade de consentir ou não determinado procedimento médico, também é garantido a ele o direito de revogar a qualquer momento esse consentimento, podendo ser feito por ele ou, em casos de incapacidade ou impossibilidade de discernimento, por seu responsável. Nesse caso, assim como na hora de consentir, não é preciso seguir nenhuma formalidade, porém, é recomendável que seja de forma escrita, para que o médico comprove que essa foi a vontade do paciente, e não um caso de abandono por parte do profissional (BERGSTEIN, 2012, p. 185-194).

A circunstância pandêmica não retira a obrigatoriedade do consentimento, no entanto, a partir da Lei n. 13.979, de 06 de fevereiro de 2020, o enfrentamento da COVID-19 possibilitou, de forma excepcional, a realização compulsória de exames e laboratoriais, bem como vacinação e até mesmo tratamentos médicos

específicos. Além disso, o uso de máscaras, o isolamento social e as medidas mais restritivas, como o *lockdown*, tiveram interferência direta no exercício de direitos fundamentais, promovendo, assim, restrições individuais em detrimento da coletividade. Vale ressaltar que, no âmbito clínico, essa situação necessita passar pelo crivo do profissional médico, principalmente em caso de tratamento de algum paciente em concreto.

Isso porque, as medidas impostas pelos chefes de Estado mediante leis e decretos, devem ser necessariamente cumpridas com a intenção de uma proteção abstrata da população, não havendo, nessas circunstâncias, margem para divergências. No entanto, quando existe a possibilidade de um tratamento para determinado grau de infecção provocada pela COVID-19, necessariamente surge uma relação entre médico e paciente com a intenção de promover a reversão do quadro ou o não agravamento da doença.

Há de se pontuar que a relação médico-paciente sofreu alterações no último século, tendo em vista que, hoje, não se entende mais que essa relação deva ser vertical, em que o médico é detentor do conhecimento, e o paciente simplesmente acata as diretrizes. Assente essa relação de maneira mais horizontalizada, de modo que ambos dialoguem e entendam o que deve ser feito de forma conjunta. Atualmente, tem-se repetido que o paradigma da relação médico-paciente mudou radicalmente, do modelo paternalista para o modelo de cuidado centrado no doente – e não na sua autonomia –, com quem se partilha a informação e a responsabilidade da decisão (OSSWALD, 2009).

Nesse sentido, Vieira e Fontes (2011, p. 11-12) apontam que, até a primeira metade do século XX, a relação médico-paciente era pautada no princípio da beneficência, na qual o médico deveria fazer tudo que fosse necessário para proteger o paciente e salvaguardar sua vida, independentemente da vontade dele. Atualmente, o princípio da autodeterminação da pessoa tem local de destaque nessa relação, sendo o livre consentimento do paciente requisito indispensável para fazer qualquer procedimento médico.

No Brasil, a Resolução n. 1.021/1980 do CFM determina que, no caso de perigo iminente à vida do paciente, o médico pode fazer transfusão de sangue mesmo sem o seu consentimento. Ocorre que tal determinação não tem poder legal, sendo mera resolução proferida por órgão de classe, o que, pelo princípio da legalidade, não tem poder vinculante (VIEIRA; FONTES, 2011, p. 11-12).

Mesmo com a resolução supracitada, Consalter e Jaremczuk (2010, p. 41-44) apontam que o CEM, no seu art. 48 (atualmente corresponde ao art. 31), proíbe o médico de limitar o poder que o paciente tem de decidir livremente sobre os procedimentos. Porém, assim como a resolução, esse código não tem força de lei. Nesse sentido, a Constituição Federal garante, no seu art. 5º, inciso II, que ninguém seja obrigado a fazer ou deixar de fazer algo, a não ser por determinação legal, o que reforça o entendimento de que o paciente tem direito a recusar determinado procedimento. (BRASIL, 1988)

A Constituição não apenas assegura o direito à vida, mas também a uma vida digna, permitindo que cada pessoa seja autônoma para decidir como irá viver. Nessa perspectiva, é possível que a recusa de tratamento seja por qualquer motivo que seja pertinente à própria pessoa, seja ele religioso, seja por negação da doença ou por questões pessoais, entre outras razões. Não aceitar o direito de recusa do paciente é o mesmo que ferir um direito fundamental, dessa forma, não é possível pensar em descumprir esse direito mesmo nos casos de eminente perigo de morte, posto que esse direito é irrevogável (CONSALTER; JAREMCZUK, 2010, p. 41-44).

Atuando de maneira distinta do respeito à autonomia do paciente, sem razão determinante, a exemplo de incapacidade ou urgência, o médico viola um direito fundamental, o que pode caracterizar ato ilícito. No âmbito da pandemia, por exemplo, foi possível assistir a uma discussão acerca da adesão ou não a medicações para uso *off label*, tal como hidroxicloroquina e ivermectina, o que tem sido inclusive utilizado por pacientes de forma (acredita-se) preventiva para tratar a doença (CNN BRASIL, 2021).

Caso haja, por exemplo, prescrição médica nesse sentido, sendo o paciente autônomo para decidir aderir ou não ao tratamento, poderia o médico impor o uso da medicação? Caso o faça, poderá ser responsabilizado? São questões de relevância hodierna e imediata e que merecem constituir pauta, sobretudo no que se refere à responsabilidade civil do médico, o que será abordado na seção seguinte.

#### **4 RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO**

Com a realidade de enfrentamento da COVID-19 e a situação de pandemia que o mundo vive, o papel do médico, que sempre foi visto como fundamental, passou a ser dotado de destaque com relação ao enfrentamento da doença. Nesse contexto, é essencial entender os limites da atuação profissional e a existência ou não de responsabilização por seus atos.

Historicamente, Dallari (2015, p. 2-3) explica que fenômenos ocorridos na Segunda Guerra Mundial fizeram com que o direito à saúde tornasse um direito fundamental, além de criar uma série de parâmetros éticos para orientar a atuação dos médicos. Com o final da guerra, foi criado o Tribunal de Nuremberg, com o intuito de julgar crimes de guerras, dentre eles, uma série de experiências brutais e desumanas feitas por médicos nazistas. Com base nos casos julgados no tribunal, foi criado o Código de Nuremberg, com diretrizes éticas na atuação do profissional da saúde, nesse caso voltado para experimentos e exames feitos com seres humanos. A elaboração desse código foi o primeiro documento moderno em prol de uma relação paciente-médico mais humanizada, além de influenciar a criação de outros documentos.

Não existe no ordenamento jurídico brasileiro legislação voltada única e exclusivamente para tratar da responsabilidade civil dos médicos e profissionais da saúde, porém, é possível utilizar o estudo geral da responsabilidade presente no Código Civil de 2002 para sua atuação.

Assevera Sales (2009) que não ocorre a transferência da assunção da responsabilidade do médico ao paciente, ainda que o ato tenha sido previamente consentido. Assim, o risco do ato médico em face daquilo que lhe foi previamente informado não alcança o exercício incorreto da atividade profissional, o que continua atraindo a responsabilidade (civil e/ou penal) do médico que ocasionou o dano de forma culposa ou dolosa<sup>3</sup>.

A esse respeito, explica França (2020, p. 286-288) que existem duas teorias: a da responsabilidade subjetiva; e da responsabilidade objetiva. Com relação à primeira, o elemento culpa é indispensável para a sua aplicação, não bastando tão somente o dano em si. Nesse caso, para haver responsabilização, é preciso que existam três pilares: o dano, onexo causal e a culpa, ou seja, primeiro é preciso que tenha ocorrido o dano, depois é necessário ver se a existência de liame entre o dano e o agente (no caso do presente artigo: o médico), para depois analisar se houve culpa ou não.

Esse autor aponta que essa corrente tem dois grandes pontos problemáticos: primeiro, porque o termo culpa é muito amplo e vago, o que acaba por causar imprecisão em aplicação; segundo, porque pode ser impreciso o suficiente para coroar injustiças contra quem sofreu o dano.

Em se falando em responsabilidade objetiva, o seu direcionamento vai em sentido oposto, tendo em vista que se fundamenta exclusivamente em torno do risco. Nessa corrente, para que ocorra a responsabilização, não é preciso que esteja presente o elemento culpa, sendo necessário apenas o dano e onexo causal ligando a ação ou omissão ao agente causador do prejuízo. Dessa forma, entende-se que a pessoa responsável assumiu o risco de causar o referido dano à outra (FRANÇA, 2020, p. 286-288).

No tocante à prática dos profissionais da área médica, o elemento nexode causalidade é elemento indispensável, pois não basta o paciente ter sofrido

---

3 Conduta dolosa é aquela em que a pessoa age intencionalmente para alcançar um resultado. Ela se diferencia da conduta culposa, que é aquela em que não se tem a intenção de se chegar ao resultado, mas isso decorre de um comportamento negligente, imprudente ou imperita.

um dano, e o médico agido com culpa, é preciso que exista um liame entre as duas situações, caso contrário, não será possível a responsabilização civil. No contexto de responsabilização do profissional da medicina supracitado, o elemento culpa também se torna mais importante do que em outras situações, posto que, nessa ocasião, é desnecessário que o agente esteja munido de intenção, bastando apenas um ato voluntário em sentido oposto à prudência ou à perícia usual (KFOURI NETO, 2001, p. 67).

Com relação à culpa e ao dever de indenizar, o Código Civil de 2002 traz no seu artigo 951 três situações de fundamental relevância para atuação médica: a imperícia, decorrente do despreparo profissional, da falta de domínio da técnica ou do uso incorreto dessa; a negligência, aponta a ideia de omissão, do não fazer algo que deveria ter sido feito para evitar o dano, muitas vezes, ligado à falta de atenção que se é devida para a situação em questão; e a imprudência, decorrente da consciência do profissional sobre os riscos da situação e da decisão de agir da mesma forma, ou seja, agindo sem os cuidados devidos.

Com relação ao panorama de excludente de responsabilidade civil do médico, existe uma possibilidade recente que vem crescendo na doutrina, chamada de fato da técnica. Essa teoria parte da ideia de que os procedimentos médicos, mesmo bem feitos e tomando todos os cuidados devidos sempre apresentam algum tipo de risco, tendo em vista que os procedimentos médicos, via de regra, pode ser potencialmente danosos ao paciente.

A esse respeito, Kallas Filho (2013, p. 4-6) explica que, no caso da atuação médica, a doutrina clássica entende que podem ser aplicadas três tipos de excludente de responsabilização civil: caso fortuito e força maior, aplicado quando o dano é resultado de uma situação inevitável ou imprevisível, não havendo como evitar seu resultado; fato de terceiro que ocorre quando o dano não foi originado por uma ação ou omissão do médico ou do paciente, e sim por uma outra pessoa que não faz parte do processo, não podendo ser esse terceiro um auxiliar, preposto ou empregado do local, tendo em vista que o médico deve se responsabilizar também por essas pessoas que integram o processo; e culpa

exclusiva da vítima, em que será excluída a responsabilidade quando a culpa do dano for exclusiva da vítima, ou nesse caso do paciente.

Dessa forma, mesmo com a técnica bem aplicada, com profissionais qualificados, materiais adequados e ambiente ideal o dano pode não ser evitado. A teoria do fato da técnica entende que, nesses casos, o médico não deve ser responsabilizado civilmente, visto que tudo foi feito da maneira mais correta possível e mesmo assim o dano não foi evitado, ou seja, afastando o elemento culpa (KALLAS, 2013, p. 4-6).

Em tempos como esses de pandemia, importa mencionar que nem sempre o médico tem toda a informação necessária para lidar ou conter a enfermidade; deve-se considerar, inclusive, que os estudos e protocolos de intervenção acabaram, muitas vezes, sendo concomitantes com a atuação profissional. Na tentativa de possibilitar a cura ou salvar a vida do paciente, o médico faz todo o possível conforme os estudos disponíveis naquele momento, não sendo possível evitar o dano iminente (agravamento ou morte), seja pela falta de informação científica disponível, seja pela falta de recursos enfrentada em diversos momentos da pandemia no mundo. Isso posto, não pode o médico também ser, de maneira alguma, responsabilizado.

Assim, ainda que a realidade referente à doença e aos seus possíveis tratamentos seja bastante mutável, é necessário que o médico esteja sempre atento a informar o paciente tudo aquilo que sabe sobre o avanço da infecção e as possibilidades, ainda que experimentais, de tratamento. Exemplo disso é o uso de Hidroxicloroquina/Cloroquina em associação com a Azitromicina para “tratamento” da COVID 19. Apesar dos diversos estudos no Brasil e no mundo apontarem resultados não unânimes, aqueles que optam por se tratar a partir dessa combinação, sempre a partir de orientação médica prévia, devem assinar um termo de consentimento, o qual inclusive é disponibilizado como modelo em *site* oficial no Ministério da Saúde (2020).

Mesmo em meio a uma pandemia, o médico não tem autorização para agir de maneira distinta àquilo que lhe foi trazido ao longo do trabalho no sentido

de informar ao paciente sobre seu estado, tratamento e afins. Negar ou omitir informação do/ao paciente constitui-se em violação ao direito personalíssimo dele, situação essa passível de responsabilização civil do profissional que não agir conforme conduta zelosa e ética obrigada pelas normas e pela moral.

## 5 CONCLUSÃO

Com o advento da maior pandemia registrada nos últimos cem anos, o direito à saúde volta a ter papel de destaque nos debates globais; o combate à COVID-19 em particular domina os debates técnicos e científicos, sobretudo no que se refere às consequências causadas pelo coronavírus. Sendo assim, da mesma maneira que não se pode defender a plena autonomia existencial do cidadão em vista do descumprimento das medidas de isolamento, a situação atual não pode figurar motivação para a supressão de direitos fundamentais no tocante à autonomia do paciente.

Nesse sentido, a proteção do direito à saúde não só necessita de aplicações de políticas bem definidas de saúde pública, mas também depende da conservação dos direitos individuais. O paciente deve ter o direito de opinar e decidir como ou se deve ser tratado, não sendo ético o médico ou autoridades imponem restrições e obrigações referentes a esse tratamento, exceto aquelas que derivam da obrigação de não contaminação de terceiros. Isso porque a garantia da autonomia ao próprio corpo não permite a violação do direito de outra pessoa; é papel do Estado garantir esse equilíbrio, assegurando ao paciente a adesão consentida e livre ao procedimento esclarecido pelo médico, havendo autonomia e liberdade no âmbito da referida relação.

Partindo da mesma premissa, não é coerente pensar que, por se tratar de um momento atípico, os profissionais da saúde podem extrapolar os limites de sua atuação. A legislação brasileira já define até onde o médico pode (e deve) atuar e, caso ultrapasse esse limite, como pode ser responsabilizado. O fato

de o mundo estar passando por uma pandemia não muda essa situação, pelo contrário, em um contexto como esse, faz-se necessária a atenção às normas e aos limites de sua atuação para que o profissional de saúde exerça da melhor forma o seu trabalho.

Mesmo com o crescimento dos debates sobre esse tema recentemente, a consolidação do entendimento referente às exceções e aos limites da autonomia no cenário pandêmico é um trabalho que demanda tempo. Há de se pontuar que discussões sobre autonomia e responsabilização já ocorrem há décadas, agora balizadas por circunstâncias e argumentos de uma realidade causada pela COVID-19, que ainda pode durar ou provocar consequências por tempo indeterminado.

Assim, essa realidade hodierna e circunstancial não pode se constituir fundamento (exclusivo) de restrições e/ou de extirpação de autonomia do paciente, o qual deve ser informado pelo médico conforme o seu estágio de conhecimento e possibilidade naquele momento. Isso posto, cabe ao paciente compreender o seu exato estado clínico e o seu prognóstico de cura para que ele possa tomar a melhor decisão sem a influência de pressões internas e externas; exercendo, dessa maneira, os seus direitos fundamentais.

## REFERÊNCIAS

ASBAHR, P. Considerações sobre o direito humano a saúde. **Revista de Direito Sanitário**, São Paulo, v. 5, n. 3, p. 9-28, nov. 2004. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/79835>>. Acesso em: 13 jul. 2020.

BARROSO, L. R. Legitimidade da Recusa de Transusão de Sangue por Testemunhas de Jeová. Dignidade Humana, Liberdade Religiosa e Escolhas Existenciais. **Conjur**. 2010. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/testemunhas-jeova-sangue.pdf>>. Acesso em: 03 mar. 2020.

BEDIN, G. A. A Doutrina Jusnaturalista Ou Do Direito Natural: Uma Introdução. **Revista Direito em Debate**, Unijuí. Ano 23, n. 42, p. 245-251, jul./dez. 2014.

BELTRÃO, S. R. Autonomia da vontade do paciente e capacidade para consentir: uma reflexão sobre a coação irresistível. **Revista de Direito Sanitário**, São Paulo, v. 17, n. 2, p. 98-116. jul./out. 2016. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/122316>. Acesso em: 02 mar. 2020.

BERGSTEIN, G. **Os limites do dever de informação na relação médico-paciente e sua prova**. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 2019.

BRASIL. **Código Civil**. Lei n. 10406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm). Acesso em: 25 ago. 2019.

COMISSÃO NACIONAL DE INCORPORAÇÃO DE TECNOLOGIA NO SUS. *Uso off label: erro ou necessidade?* Secretaria de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos, Ministério da Saúde, **Rev Saúde Pública**, v. 46, n. 2, p. 398-9, 2012. Disponível em: [https://www.scielo.br/pdf/rsp/v46n2/it\\_decit.pdf](https://www.scielo.br/pdf/rsp/v46n2/it_decit.pdf). Acesso em: 24 mar. 2021.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Código de Ética Médica**. Resolução CFM n. 2217, de 27 set. 2018. Disponível em: <http://portal.cfm.org.br/images/PDF/cem2019.pdf>. Acesso em: 30 ago. 2019.

CONSALTER, Z. M.; JAREMCZUK, P. Direito à vida versus recusa ao tratamento vital. **Prisma Jur**, São Paulo, v. 9, n. 1, p. 35-53, jan./jun. 2010.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Recomendação CFM n. 1/2016**. Dispõe sobre o processo de obtenção de consentimento livre e esclarecido na assistência médica [Internet]. 21 jan. 2016 Disponível: [https://portal.cfm.org.br/images/Recomendacoes/1\\_2016.pdf](https://portal.cfm.org.br/images/Recomendacoes/1_2016.pdf). Acesso: 01 abr. 2020.

CNN BRASIL. **O que é verdade sobre ‘tratamento precoce’ contra a Covid-19.** Disponível em: <<https://www.cnnbrasil.com.br/saude/2021/01/18/o-que-e-verdade-sobre-tratamento-precoce-contr-a-covid-19>>. Acesso em: 19 jan. 2021.

DALLARI, D. A. A responsabilidade civil de médicos e de instituições da área médica. **Revista de Direito Sanitário**, São Paulo, v. 16, n. 2, p. 77-83, jul./out. 2015. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/106883>>. Acesso em: 09 abr. 2020.

FRANÇA, G. V. **Direito Médico**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

GARRAFA, V. Da bioética de princípios a uma bioética interventiva. **Revista Bioética**, Brasília, v. 13, n. 1, p. 125-134, abr. 2005.

KALLAS FILHO, E. O fato da técnica: excludente da responsabilidade civil do médico. **Revista de Direito Sanitário**, São Paulo, v. 14, n. 2, p. 137-151, 2013. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/63998>>. Acesso em: 09 abr. 2020.

KFOURI NETO, M. **Responsabilidade civil do médico**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2001.

KIPPER, D. J. Limites do poder familiar nas decisões sobre a saúde de seus filhos – diretrizes. **Revista Bioética**, v. 23, n.1, p. 40-50, 2015. Disponível em: <[http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista\\_bioetica/article/view/984](http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/984)>. Acesso em: 28 mar. 2020.

KÖLLING, G.; MASSAÚ, G. C. A concretização do direito à saúde na perspectiva republicana. **Revista de Direito Sanitário**, São Paulo, v. 12, n. 2, p.11-36, jul/out. 2011. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/13247>>. Acesso em: 13 jul. 2020.

MAAS, R. H.; DAROIT, A. P. A proteção interamericana do direito humano e social à saúde. **Revista de Direito Sanitário**, São Paulo, v. 20, n. 1, p. 13-31, mar/jun. 2019. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/164199>>. Acesso em: 13 jul. 2020.

MINOSSI, J. G.; SILVA, A. L. Medicina defensiva: uma prática necessária? **Rev. Col. Bras. Cir.** v. 40, n. 6, p. 494-501, 2013. Disponível em: <<https://www.scielo.br/pdf/rcbc/v40n6/13.pdf>>. Acesso em 20 abr. 2020.

MUNHOZ, L. B. **O princípio da autonomia progressiva e a criança como paciente**. 2014. 160 f. Dissertação (Mestrado em Bioética) - Universidade de Brasília, Brasília, 2014.

NILO, A.T. **A relação paciente-médico para além da perspectiva consumerista: uma proposta para o contrato de tratamento**. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal da Bahia, Faculdade de Direito, Salvador, 2019.

O GLOBO. **Aliados nos erros**: Na pandemia, Bolsonaro e Trump miram suas bases e pregam descrença na ciência. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/sociedade/aliados-nos-erros-na-pandemia-bolsonaro-trump-miram-suas-bases-pregam-descrenca-na-ciencia-24538847>>. Acesso em: 18 dez. 2020.

OSSWALD, W. Limites do consentimento informado. *In*: ASCENSÃO, J.O. (org.). **Estudos de Direito da Bioética**. Coimbra: Almedina, 2009. v. 3. p. 151-161.

PAZINATTO, M. M. A relação médico-paciente na perspectiva da Recomendação CFM 1/2016. **Revista Bioética**, v. 27, n. 2, p. 234-243, 2019. Disponível em: <[http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista\\_bioetica/article/view/1884](http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/1884)>. Acesso em: 07 mar. 2020.

PORTO, A. P. A.S.; ARARUNA, S. B. P. O dever de informar na perspectiva da relação médico-paciente atual: análise à luz da dignidade da pessoa humana e do direito à autodeterminação do paciente. **Revista de Biodireito e Direito dos Animais**, Curitiba, v. 2, n. 2, p. 196-217, jul./dez. 2016. Disponível em: <<https://indexlaw.org/index.php/revistarbda/article/view/1383>>. Acesso em: 15 maio 2020.

SALES, G. B. A doutrina do consentimento informado: do direito fundamental à informação aos limites da capacidade de anuir no uso das técnicas de reprodução assistida. **Revista Pensar**, v. 14, n. 1, p. 1-12, 2009. Disponível em: <<https://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/822>>. Acesso em: 15 maio 2020.

SEGRE, M.; FERRAZ, F. C. O conceito de saúde. **Rev. Saúde Pública**, v. 31, n. 5, p. 538-42, 1997. Disponível em: <<https://www.scielo.br/pdf/rsp/v31n5/2334.pdf>>. Acesso em: 20 abr. 2020.

TEIXEIRA, A. C. B. **Saúde, corpo e autonomia privada**. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

TEIXEIRA, A.C. B. Autonomia existencial. **Revista Brasileira de Direito Civil**, Belo Horizonte, v.16, p. 75-104. abr./jun. 2018. Disponível em: <<https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/232>>. Acesso em: 20 abr. 2020.

UOL. **STF dá poder a estados para atuar contra covid-19 e impõe revés a Bolsonaro**. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/saude/ultimas-noticias/redacao/2020/04/15/stf-tem-4-votos-a-favor-de-autonomia-de-governadores-durante-a-pandemia.htm>. Acesso em: 19 dez. 2020.

VIEIRA, L. H. S.; FONTES, R. F. N. Objeção de consciência: a legítima recusa a tratamento médico. **Revista Acadêmica FEOL**, v. 1, n. 1, p. 1-18, 2011. Disponível em: <<http://189.51.19.186:8081/revista/index.php/R1/article/view/7>>. Acesso em: 1 maio 2020.

**SUBMETIDO:** 21/01/2021

**APROVADO:** 06/05/2021

## “EU ME IMPORTO” REFLEXÕES SOBRE A CURATELA NO DIREITO BRASILEIRO

### “I CARE A LOT” REFLECTIONS ABOUT CONSERVATORSHIP IN BRAZILIAN LAW

#### **Juliana Melo Tsuruda**

Professora universitária. Advogada. Mestre em Direitos Humanos pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Possui pós-graduações em Direitos Humanos pela *Université de Genève*, em Direitos Fundamentais pelo Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM) e pelo *Jus Gentium Conimbrigae* (IGC), Centro de Direitos Humanos da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (UC).

Orcid: <http://orcid.org/0000-0002-5562-0421>

*E-mail*: [prof.julianamtsuruda@gmail.com](mailto:prof.julianamtsuruda@gmail.com)

#### **Lucineia Rosa dos Santos**

Professora da PUC/SP nas áreas de Direitos Humanos, Direitos Humanos dos Refugiados e no Direito da Criança e do Adolescente e na disciplina Direito de Igualdade Gênero Racial. Advogada. Doutora em Direitos Humanos pela PUC/SP. Mestre em Direito do Trabalho pela PUC/SP.

Orcid: <http://orcid.org/0000-0001-6882-9876>

*E-mail*: [rosadossantoslucineia@gmail.com](mailto:rosadossantoslucineia@gmail.com)

#### **Resumo**

O texto tem como proposta a reflexão sobre a curatela no direito brasileiro, a partir do filme “Eu me Importo”. Debruçando-nos sobre a temática da profissionalização da curatela, que é instituto do direito assistencial, nosso texto buscará analisar as semelhanças e diferenças entre o que assistimos no filme e o ordenamento jurídico brasileiro, à luz dos direitos humanos, com apontamentos quanto ao direito civil e ao direito processual civil. Nosso pano de fundo se trata de um filme em que pessoas idosas são indevidamente interdidadas, a partir de narrativas criadas e provas forjadas pelas curadoras, cuja fonte de renda é a remuneração da

curatela. Assim, nosso objetivo é perquirir se esse mesmo fato seria verificável no direito e no sistema de justiça brasileiros. A pesquisa é de abordagem qualitativa, documental e bibliográfica. Verificamos que o direito brasileiro estabelece limites para ação dos curadores, mas há lacunas legislativas que poderiam oportunizar uma interdição injusta. Se tivéssemos audiência preliminar antes da instituição de curatela provisória diminuiríamos ainda mais a possibilidade de que alguém, injustamente, contra sua vontade ou sem necessidade premente, perca sua capacidade civil plena.

**Palavras-chave:** Curatela. Direito e arte. Direitos humanos. Grupos vulneráveis. Direito civil. Direito processual civil.

### **Abstract**

*The text proposes to reflect on the conservatorship in brazilian law, based on the film "I care a lot". Focusing on the theme of the professionalization of conservatorship, an institute of assistance law, our text will seek to analyze the similarities and differences between what we have seen in the film and the institutes of brazilian law, in the light of human rights, with notes on civil law and to brazilian civil procedural law. Against the background of a film in which elderly people were improperly banned, based on narratives and evidence created by the conservators, whose income came from the remuneration of the conservator, our objective is to find out if this same fact would be verifiable in the law and in the brazilian's justice system. The research has a qualitative approach, documentary and bibliographic methodology. We found that brazilian law establishes limits for the conservators' action, but there are legislative loopholes that could provide an unfair interdiction. Conclusions. If we had a preliminary hearing before the institution of provisional conservatorship, we would further reduce the possibility that someone, unfairly, against their will or without pressing need, will lose their full civil capacity.*

**Keywords:** Conservatorship. Law and art. Human rights. Vulnerable groups. Civil right. Civil procedural law.

## 1 INTRODUÇÃO

Enxergando o direito como fenômeno da cultura, corroboramos o brocardo latino segundo o qual, *ubi societas, ibi jus*. Invertendo os fatores, nós, que nos propomos a estudar e compreender o fenômeno jurídico, podemos identificá-lo em todas as produções culturais, inclusive na sétima arte.

O filme “Eu me importo”, produzido pela *Netflix*, trata da profissionalização da curatela, instituto fundamental do direito privado, para regulamentar a gerência do patrimônio daqueles (as) que, temporária ou permanentemente, não podem gerir, por si próprios (as), seus bens.

Se tratando, a curatela, de um tema sensível, nossa pesquisa, de abordagem qualitativa, metodologia documental e bibliográfica, buscará analisar as semelhanças e diferenças entre o que assistimos no filme e os institutos do direito brasileiro, à luz dos direitos humanos, do direito dos idosos, do direito das pessoas com deficiência e das pessoas com grave enfermidade mental, com apontamentos quanto ao direito civil e ao direito processual civil brasileiros.

## 2 EU ME IMPORTO E ALGUMAS ANOTAÇÕES JURÍDICAS

O filme norte-americano “Eu me importo”, originalmente intitulado “*I care a lot*”, narra a história de Marla Grayson e Fran, que trabalham como curadoras profissionais, de idosos (as) que, mesmo sem necessidade real, são interditados (as) judicialmente sem direito ao contraditório e à ampla defesa.

As profissionais investigam idosos (as) que moram sozinhos (as) e apresentam sintomas de senilidade – não obstante o grau, preparam um dossiê completo a respeito de sua rotina, seu patrimônio, suas relações familiares, seu histórico médico e ajuízam ação de interdição apresentando, como início de prova, laudos médicos não imparciais, e obtêm, em audiência preliminar, *inaudita altera parte*, a curatela provisória.

As curadoras se dirigem pessoalmente à residência do (a) idoso (a) subitamente curatelado, com reforço de oficial de justiça e policial, que, contudo, se mantêm afastados, o (a) surpreendem com a informação de que estão sob sua curatela e que devem se mudar, imediatamente, para uma casa de repouso.

Não demora muito para o expectador notar o conflito de interesses existente, pois as curadoras, em que pese prestarem contas ao Poder Judiciário, mantêm os (as) idosos (as) na instituição de que são sócias ocultas, em uma sociedade em conta de participação de ética altamente questionável, e determinam o tipo de alimentação, entretenimento e até dosagem de tranquilizantes que lhes devem ser ministrados, sem que haja, nessa prática, qualquer interesse quanto à saúde ou bem-estar, mas tão somente o exercício do controle sobre seus corpos e seus comportamentos. Ademais, as curadoras também decidem se e quando eventuais amigos e familiares terão autorização para visitar os (as) curatelados (as).

Como vemos, tanto o procedimento judicial de interdição, quanto a condução da curatela, causam perplexidade, sobretudo se nossa análise for comparativa, considerando os institutos e procedimentos previstos no direito brasileiro.

### **3 A CURATELA NO CÓDIGO CIVIL**

No direito brasileiro, a curatela faz parte do direito assistencial, em conjunto com a tutela e a tomada de decisão apoiada. Traçando uma comparação entre os institutos, podemos afirmar que, enquanto a tutela se destina à salvaguarda do patrimônio e da integridade do (a) menor órfão (ã) ou cujos pais tenham perdido o poder parental, a tomada de decisão apoiada refere-se à escolha da pessoa com deficiência, de dois ou mais apoiadores, para participar, consigo, dos atos da vida civil.

E quanto à curatela? Para mais profunda compreensão do tema, propomos, primeiramente, uma pequena digressão ao tema da capacidade civil.

### 3.1 Capacidade civil

Embora toda pessoa tenha capacidade de gozo ou de direito, como afirma o Art. 1º do Código Civil (CC), o que coincide com a aquisição da personalidade jurídica, a capacidade de fato ou de exercício começa aos 18 anos idade ou, aos 16, caso o (a) menor seja emancipado (a), na forma do Art. 5º, CC.

A capacidade de fato ou de exercício consiste na aquisição de responsabilidade para adquirir deveres na ordem jurídica e, juntando-se à capacidade de gozo ou de direito, adquire-se a capacidade civil plena.

Assim, presumimos que toda pessoa maior de 18 anos ou, embora menor, emancipada, tenha em si todos os atributos da capacidade civil. Para infirmar essa hipótese é necessário que, através de procedimento especial de jurisdição voluntária, seja decretada a interdição da pessoa e, dessa forma, que lhe seja nomeado (a) um (a) curador (a).

Dessarte, podemos afirmar que, embora toda pessoa tenha capacidade de gozo ou de direito, não necessariamente terá capacidade de fato ou de exercício, situação que chamamos de incapacidade, que pode ser absoluta ou relativa.

#### *Incapacidade civil absoluta*

Para o CC/1916, eram absolutamente incapazes os (as) menores de 16 anos de idade, os (as) “loucos (as) de todo o gênero”, os (as) “surdos (as) – mudos (as)” que não pudessem exprimir sua vontade, bem como os (as) ausentes, assim declarados por decisão judicial.

O CC/2002, por sua vez, originalmente, apontou como absolutamente incapazes os (as) menores de 16 anos, os (as) que, por enfermidade ou doença mental não tivessem o necessário discernimento para a prática desses atos e os (as) que, mesmo por causa transitória, não pudessem exprimir sua vontade.

Como podemos observar, a linguagem utilizada para apontar o rol dos (as) absolutamente incapazes foi aprimorada entre as codificações, que deixou de lado a expressão “loucos (as) de todo gênero”. No entanto, tratar por absolutamente incapazes aqueles (as) que, por enfermidade ou doença mental não tivessem o

necessário discernimento para a prática de certos atos, abrangia, injustamente, a situação de quase todas as pessoas com deficiência. Com o advento da Lei Brasileira de Inclusão, Lei nº 13.146 de 6 de julho de 2015, muitos institutos passaram por reforma no âmbito do direito civil e do direito processual civil.

### *Incapacidade civil absoluta e a Lei Brasileira de Inclusão*

Para a Lei nº 13.146 de 2015, a deficiência consiste em um impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial que, conjuntamente com as barreiras existentes na sociedade, pode trazer obstáculos à participação plena e efetiva da pessoa com deficiência no meio social em igualdade de condições com os (as) demais.

No Art. 6º, a LBI expressamente levanta tanto o véu da incapacidade civil absoluta, quanto da incapacidade civil relativa das pessoas com deficiência, afirmando que elas podem se casar e constituir união estável, exercer direitos sexuais e reprodutivos, decidir a quantidade de filhos que querem ter e fazer planejamento familiar, conservar sua fertilidade, exercer o direito à convivência familiar e comunitária e, ainda, exercer o direito à guarda, à tutela, à curatela e à adoção, quer seja como adotante, quer seja como adotado (a).

No mesmo sentido vai o Art. 84, da LBI, estatuinto que as pessoas com deficiência têm assegurado o direito ao exercício de sua capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas, sendo a curatela medida protetiva extraordinária, proporcional às necessidades e circunstâncias de cada caso. Capacidade legal, refere-se à capacidade civil plena, que vimos anteriormente.

Antes da LBI, as pessoas com deficiência eram, de modo geral, consideradas absolutamente incapazes. Agora, as pessoas com deficiência, após o cômputo dos 18 anos de idade, são consideradas plenamente capazes, ainda que se utilizem da tomada de decisão apoiada ou estejam sob curatela, ambas medidas assistenciais, que se circunscreverão aos assuntos patrimoniais.

A ideia de garantir autonomia para o campo extrapatrimonial, portanto, decorre da proteção constitucional da dignidade humana, consagrada como princípio fundamental da República, no Art. 1º, III, da Constituição de 1988.

Com o novo marco legal, as pessoas com deficiência mental ou intelectual podem se casar, desde que tenham idade núbil, isto é, mais de 16 anos, quer expressem sua vontade por si mesmas, quer através de curador (a), conforme Art. 1.550, *caput* e parágrafo 2º, CC.

Como podemos depreender, quase tudo aquilo que era considerado causa de incapacidade civil absoluta, na redação original do CC/2002, deixou de sê-lo, devido à revogação operada pela LBI.

Nesse critério etário, crianças (menores de 12 anos) e adolescentes (que tenham entre 12 anos de idade completos e 18 incompletos, conforme o Art. 2º, do ECA), até os 16 anos, são considerados (as) absolutamente incapazes.

Todavia, mesmo sendo absolutamente incapazes, as crianças e adolescentes de até 16 anos de idade, têm vontade juridicamente relevante para as questões existenciais, desde que demonstrem entendimento para tanto, conforme o entendimento esboçado no Enunciado nº 138, da III Jornada de Direito Civil, do Conselho da Justiça Federal.

Uma vez que a incapacidade civil absoluta, atualmente, circunscreve-se aos menores de 16 anos de idade, como se depreende do atual Art. 3º, CC, a pessoa sob curatela, em nenhuma hipótese será considerada absolutamente incapaz, mas sim relativamente incapaz, como veremos adiante.

### *Incapacidade civil relativa*

Para o CC/1916, a incapacidade relativa era o quadro daqueles (as) que tinham entre 16 e 21 anos de idade, das mulheres casadas, dos (as) pródigos (as) e dos (as) “silvícolas”.

No atual diploma legal, a maioria foi reduzida dos 21 anos para os 18 anos completos, quando cessa a incapacidade civil relativa. Na redação

original do CC/2002, também figuravam no rol dos (as) relativamente incapazes os (as) ébrios (as) habituais, os (as) viciados (as) em tóxicos, aqueles (as) que, por deficiência mental, tivessem discernimento reduzido, a pessoa com síndrome de *down*, através da expressão “excepcionais, sem desenvolvimento mental completo”, bem como os (as) pródigos (as). A capacidade civil dos (as) índios (as) seria regulada por lei especial.

### *Incapacidade civil relativa e a Lei Brasileira de Inclusão*

Com o advento da LBI, também se modificou o paradigma da incapacidade civil relativa. Na atual redação do Art. 4º, CC, são relativamente incapazes os (as) maiores de 16 e menores de 18 anos, os (as) ébrios (as) habituais e os (as) viciados (as) em tóxico e, aqueles (as) que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade, tema deveras controverso na doutrina, uma vez que os (as) relativamente incapazes são assistidos (as) e não representados (as), o que não é possível concretizar em relação às pessoas que, por exemplo, estejam em coma (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2020). Também se modificou a expressão utilizada para falar nos (a) guardiães das florestas, substituindo “índios” (as) por “indígenas”.

A decretação da interdição vai transformar as pessoas sob curatela em relativamente incapazes. Humberto Theodoro Junior, nesse sentido, defende que a pessoa com deficiência, quando curatelada, será relativamente incapaz (THEODORO JUNIOR, 2020, p. 539-540).

O que é, então, a curatela?

### **3.2 Curatela**

A curatela faz parte do direito assistencial (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2020), sendo o (a) curador (a) pessoa idônea e capaz e, o (a) curatelado (a), aquele (a) que precisa da proteção jurídica.

Diferentemente do vemos em “Eu me importo”, no direito brasileiro, o (a) cônjuge ou companheiro (a) tem a primazia da curatela daquele (a) que se tornou incapaz. Na sua falta é nomeado o pai ou a mãe e, subsidiariamente, o (a) descendente que se demonstrar mais apto (a), conforme consagram o *caput*, parágrafos 1º e 2º, do Art. 1.775, CC.

Uma vez que o (a) juiz (a) deve priorizar o melhor interesse do (a) curatelado (a), na falta de cônjuge, companheiro (a), pai, mãe ou descendente, o (a) juiz (a) pode escolher o (a) curador (a), como aduz o § 3º, do Art. 1.775, CC.

Pensando na curatela e no filme objeto de nossa análise jurídica, é preciso nos perguntarmos: este dispositivo poderia ser uma lacuna legal para que Marla Grayson e Fran fossem nomeadas curadoras? Vejamos, pois.

### *Curatela profissional?*

No filme “Eu me importo”, as curadoras profissionais não têm ligação parental, comunitária ou afetiva com os (as) idosos (as) e, depois de estabelecido o pacto com aquele que, em um primeiro momento, foi seu algoz e atendia pelo falso nome de Roman Lunyov, criaram uma empresa de atuação em todo o território dos Estados Unidos, cuja atividade consistia na formação de curadores (as) profissionais e gerência das curatelas.

Aqui, no Brasil, a profissionalização da curatela não encontra empecilhos legais. O Conselho Regional de Contabilidade do Rio de Janeiro, por exemplo, disponibiliza, em seu *site*, o tutorial para cadastro no Banco de Curador, em que o (a) contador (a) pode se inscrever para exercer, profissionalmente, a curatela de interditos (as).

Trazendo a problemática do filme, poderíamos nos questionar se pessoas que atendam aos requisitos legais para o exercício da curatela, poderiam criar pessoa jurídica para, em conjunto, buscar a celebração de convênio com o Ministério Público, com a Defensoria Pública e com o Poder Judiciário, a fim de serem curadores (as) profissionais de pessoas interditadas, considerando,

inclusive, que na falta de cônjuge, companheiro (a) ou parentes em linha reta, o CC transfere ao (à) juiz (a) a escolha de quem deverá exercer este *múnus* público.

Não nos parece que haja vedação legal para tanto. Os (as) interessados (as), nesse sentido, tanto poderiam formar uma associação, na forma do Art. 44, I, bem como Art. 53 e seguintes, CC, neste caso sem finalidade lucrativa, com o único propósito de reunir pessoas com interesse em trabalhar como curadoras profissionais, ou, até mesmo, sociedade simples, prevista no Art. 44, II, e no 997 e seguintes, CC, uma vez que os (as) pretensos (as) curadores (as) atuariam mediante remuneração.

E quem poderia atuar como curador (a) profissional?

Qualquer pessoa idônea, que seja absolutamente capaz. Para ilustrar, podemos elencar as profissões de administrador (a), economista e, inclusive, advogado (a), desde que não seja curador (a) do (a) próprio (a) cliente, para afastar potencial conflito de interesse, como já decidiu o Tribunal de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB-SP), no E-5 .195/2019<sup>1</sup>, uma vez que, nesse caso, o (a) curador (a) contrataria os próprios honorários profissionais.

Pela amplitude das possibilidades de atuação como curador (a) profissional, para traçarmos um quadro daqueles (as) que não poderiam exercer a curatela, poderíamos apontar, pela analogia autorizada pelo Art. 1.781, CC, que

---

1 ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL (São Paulo). Ementário de 2019 do Tribunal de Ética e Disciplina da OABSP. E-5.195/2019. Disponível em: <https://www.oabsp.org.br/tribunal-de-etica-e-disciplina/ementario/2019/e-5-195-2019>. Acesso em: 22 abr. 2021.

É vedado ao curador dativo funcionar também como advogado do curatelado, por incidir em evidente conflito de interesses, incidindo a vedação contida no art. 25 do Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil. O curador deve representar os interesses do curatelado em todas as relações que este mantém com terceiros, inclusive advogados contratados para representá-lo em ações judiciais. Exercício concomitante da função de curador e advogado do curatelado fere a independência que se espera do profissional do direito e representa inequívoco conflito de interesses, o que se identifica já na própria contratação de honorários advocatícios. Proc. E-5.195/2019 - v.u., em 26/06/2019, do parecer e ementa do Rel. Dr. RICARDO BERNARDI, Rev. Dra. CRISTIANA CORRÊA CONDE FALDINI - Presidente Dr. GUILHERME MARTINS MALUFE.

todos (as) aqueles (as) proibidos (as) de exercer a tutela, também não poderiam ser curadores (as).

O rol das pessoas que não podem exercer a tutela e, por extensão, também a curatela, está no Art. 1.735, CC e compreende aqueles (as) que não tenham a livre administração de seus bens, aqueles (as) que estejam obrigados (as) para com o (a) curatelado (a) ou que lhe possam exigir direitos, os (as) que, em nome próprio, ou cujos pais, filhos, cônjuge ou companheiro (a) tenham demanda contra o curatelado (a), aqueles (as) que sejam inimigos (as) do curatelado (a), os (as) que tenham sido expressamente excluídos da possibilidade de curatela, pelo (a) próprio (a) curatelado (a), aqueles (as) que tenham sido condenados por crime de furto, roubo, estelionato, falsidade, contra a família ou costumes, as pessoas de mau procedimento – expressão assaz vaga, inscrita no Art. 1.735, V, CC – falhas em probidade, bem como aquelas que tenham sido culpadas de abuso em curatelas anteriores. Por fim, também não podem ser curadores (as), aqueles (as) que exerçam função pública incompatível com a boa administração da tutela.

Em suma, respeitando as exclusões legais aplicáveis à tutela, qualquer pessoa absolutamente capaz e idônea pode ser curadora de interditado (a). É possível, inclusive, que haja mais um (a) curador (a) para o (a) mesmo (a) interditado (a), na hipótese do (a) curatelado (a) ser pessoa com deficiência, na forma do Art. 1.775-A.

#### *Remuneração do (a) curador (a)*

Sabendo que as disposições relativas à tutela, em sua grande parte, também se aplicam à curatela, devemos aplicar o disposto no *caput* do Art. 1.752, CC, segundo o qual o (a) tutor (a), aqui, o (a) curador (a), tem direito de ser pago (a) pelo que realmente despender no exercício da tutela, aqui curatela, e a receber remuneração proporcional à importância dos bens administrados.

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça tem firmado posicionamento de que a remuneração do (a) curador (a) deve ser fixada pelo (a) magistrado (a), de modo que, o (a) curador (a) não pode exercer direito de retenção em relação ao patrimônio do (a) curatelado (a), como podemos depreender do REsp nº 1.205.113/SP, da relatoria da Ministra Nancy Andrighi, da Terceira Turma<sup>2</sup>, e também do AgRg no AREsp 537990/RS, relatado pelo Ministro Marco Aurélio Bellizze, da Terceira Turma<sup>3</sup>.

### *Administração e alienação do patrimônio do(a) curatelado (a)*

Em “Eu me importo”, Marla e Fran inventariam, administram e alienam em leilão judicial o patrimônio de seus (as) curatelados (as) para custear a internação deles (as) na clínica de repouso, bem como seus honorários profissionais.

No ordenamento jurídico brasileiro, os poderes do (a) curador (a) são fixados na sentença de interdição, conforme o estado e o desenvolvimento mental do (a) interdito (a), de acordo com o Art. 755, I, CPC. Dessarte, caso a sentença dê ao (à) curador (a) poderes de administração, para alienar os bens do (a) interditado (a), precisarão de autorização judicial específica, ouvido o Ministério Público, como prevê o Art. 752, parágrafo 1º, CPC.

---

2 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1205113/SP. Processual Civil. Civil. Recurso especial. Interdição. Remuneração do curador. Fixação judicial. Necessidade. Retenção de rendas do interdito. Possibilidade. Relatora: Min. Nancy Andrighi, 06 de setembro de 2011. Disponível em: [https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=16760795&num\\_registro=201001391380&data=20110914&tipo=51&formato=PDF](https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=16760795&num_registro=201001391380&data=20110914&tipo=51&formato=PDF). Acesso em: 22 abr. 2021.

3 BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 537.990/RS. Processo civil. Embargos de declaração no Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial. Rol de bens. Indicação na petição inicial. Omissão do Tribunal de Origem. Não ocorrência. Pretensão Infringente. Descabimento. Recurso rejeitado. Relator: Min. Marcos Aurélio Bellizze, 07 de maio de 2015. Disponível em: [https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1405435&num\\_registro=201401550027&data=20150521&peticao\\_numero=201500025961&formato=PDF](https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1405435&num_registro=201401550027&data=20150521&peticao_numero=201500025961&formato=PDF). Acesso em: 22 abr. 2021.

Ademais, os (as) curadores (as), devem apresentar anualmente balanço ao (à) juiz (a) e, a cada dois anos, prestar contas de sua administração, conforme se depreende dos Arts. 1.756 e 1.757, CC. Tratando-se de pessoa com deficiência, além da apresentação do balanço, a prestação de contas é anual, na forma do Art. 84, § 4º, da LIB.

A exigência de prestação de contas é atenuada se o (a) curador (a) for casado (a) com o curatelado (a) no regime da comunhão universal de bens, conforme dispõe o Art. 1.783, CC.

*Afinal, quem pode ser curatelado (a)?*

O rol das pessoas sujeitas à curatela está no Art. 1.767, CC. Com as modificações trazidas pelas Lei Brasileira de Inclusão, podem ser curatelados (as) aqueles (as) que, por causa transitória ou permanente não puderem exprimir sua vontade, os (as) ébrios (as) habituais e os (as) viciados (as) em tóxico, bem como os (as) pródigos (as).

E quanto aos (às) idosos (as), alvo das interdições forjadas por Marla e Fran, em “Eu me importo”?

Temos que, com as alterações trazidas pela Lei Brasileira de Inclusão, somente poderiam ser interditados (as) e, assim, submetidos à curatela e, conseqüentemente, tornar-se relativamente incapaz, aqueles (as) que, por enfermidade ou senilidade, não puderem exprimir sua vontade, uma vez que o estado de ancião (ã), por si só, não implica qualquer inaptidão para os atos da vida civil (MADALENO, 2020, p. 1304). Nesse sentido, é preciso mencionarmos a Política Nacional do Idoso, criada pela Lei nº 8.842 de 1994 que, no Art. 10, parágrafos 1º e 2º, assegura à pessoa idosa o direito de dispor de seus bens, proventos, pensões e benefícios, salvo nos casos de incapacidade judicialmente comprovada, hipótese em que lhe será nomeado (a) um (a) curador (a) em juízo. Sobre a temática, o *caput* e parágrafo único, I, do Art. 17, do Estatuto do Idoso, dispõe que a pessoa idosa, no domínio de suas faculdades mentais, tem assegurado

o direito de optar pelo tratamento de saúde que lhe for mais favorável e, caso não esteja em condições de proceder à opção, essa escolha caberá ao (à) curador (a), se o (a) idoso (a) for interditado (a) (NERY; NERY JUNIOR, 2019, p. 467).

A pessoa com deficiência, ademais, pode ser curatelada, dispondo os Arts. 84 a 87, da Lei Brasileira de Inclusão, que a curatela, nestes casos, será medida excepcional e afetará somente os direitos de natureza patrimonial e negocial, sem afetar o direito ao próprio corpo, à sexualidade, ao matrimônio, à privacidade, à educação, à saúde, ao trabalho e ao voto.

### **3.3 A ação de interdição**

O provimento judicial buscado com este procedimento especial de jurisdição voluntária tem a finalidade de decretar a interdição, afirmar a incapacidade relativa da pessoa, nomear curador (a) e fixar os limites da curatela.

#### *Legitimidade ativa*

No filme “Eu me importo”, Marla e Fran, como curadoras profissionais, peticionam ao juízo competente, requerendo a interdição dos (as) idosos (as) alvos de sua cobiça.

Poderíamos ver esta cena se repetindo no Judiciário brasileiro?

Felizmente, não.

Segundo o Art. 747, CPC, têm legitimidade ativa para requerer a interdição de alguém, o (a) cônjuge ou companheiro (a), os (as) parentes ou tutores (as), o (a) representante da entidade em que se encontra abrigado (a) o (a) interditando (a), o Ministério Público – nos casos de doença mental grave e, cumulativamente, mediante a incapacidade ou omissão dos demais legitimados, como dispõe o Art. 748, CPC.

Ainda assim, a legitimidade ativa do Ministério Público é questionada, como vemos no REsp n. 1.686.161/SP, relatado pela Ministra Nancy Andrighi,

em razão do potencial conflito de interesses com a função de *custos legis* que somente o *parquet* pode exercer.

Ademais, como bem ponderam Rosa Maria de Andrade Nery e Nelson Nery Junior, pela Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência, a própria pessoa pode requerer sua interdição, a fim de nomear curador (a), tendo em vista o “direito fundamental de ação” (NERY; NERY JUNIOR, 2019, p. 472).

### *Petição inicial*

Em “Eu me importo”, Marla e Fran ajuízam ação de interdição com um robusto dossiê de provas quanto à vulnerabilidade dos (as) idosos (as) que pretendem interditar. Em que pese, como vimos, sua ilegitimidade ativa para propor a ação de interdição, à luz do direito brasileiro, nós também precisamos, junto com a petição inicial, especificar os fatos que demonstram a incapacidade do (a) interditando (a), apontar quando a incapacidade se revelou, na forma do Art. 749, *caput*, CPC e, ademais, acostar o laudo médico que comprove as alegações ou justificar a impossibilidade de fazê-lo, conforme dispõe o Art. 750, CPC.

### *Curatela provisória*

As curadoras profissionais de “Eu me importo” começam a exercer seu papel logo depois da chamada audiência de urgência, em uma espécie de curatela provisória, que também tem previsão legal no direito brasileiro, conforme dispõe o parágrafo único, do Art. 749, CPC.

Em nosso entendimento, a maior fragilidade do direito brasileiro, quanto à curatela, está na possibilidade de nomeação de curador (a) provisório (a), sem que haja qualquer contato prévio do (a) juiz (a) com o (a) interditando (a).

Isso permite que alguém, que não seja realmente ébrio habitual, viciado em tóxico, ou impossibilitado por causa permanente ou transitória de exprimir sua vontade, perca sua capacidade civil plena e, deste modo, a sua ampla liberdade

de atuação no âmbito privado, o que pode levar a desordens emocionais tamanhas que, de fato, desencadeiem os motivos permissivos da curatela e da interdição.

Citação, entrevista do (a) interditando (a) e o exercício do contraditório

Se a petição inicial estiver em termos e o caso for de grave urgência, como vimos, pode ser decretada a curatela provisória. No despacho inicial o (a) juiz (a) fixará uma data para realizar a entrevista com o (a) interditando (a), o que é obrigatório, conforme Art. 751, do CPC.

Para tanto, o (a) interditando (a) será previamente citado.

A ausência da entrevista enseja a nulidade da interdição, como já decidiu a Ministra Nancy Andrighi, no Resp. 1.686.161-SP.

E por que a ausência de entrevista anularia os atos posteriores do processo?

A razão é de ordem constitucional.

O Art. 5º, da Constituição de 1988, traz nos incisos LIV e LV as garantias do devido processo legal e da ampla defesa.

Ora, a ampla liberdade trazida pela capacidade civil plena não pode ser cerceada sem que, minimamente, a pessoa interditanda seja ouvida pelo (a) juiz (a) e possa apresentar defesa, bem como ter a oportunidade de dizer se concorda ou não com a medida. Em nossa análise, por tratar-se de procedimento hábil a reduzir a ampla liberdade da pessoa nas questões da vida privada, o (a) magistrado (a) não pode deixar de realizar, pessoalmente, a entrevista, nem mesmo sob alegação do disposto no Art. 723, parágrafo único, CPC, sobre a desobrigação de observância dos critérios de legalidade estrita.

Se o quadro de saúde do (a) interditando (a) não lhe permitir o comparecimento à entrevista, caberá ao (à) magistrado (a) realizar a inspeção judicial, conforme previsão do Art. 751, parágrafo 1º, CPC.

Em prestígio à ampla defesa, a entrevista poderá ser acompanhada por especialista, poderão ser utilizados recursos tecnológicos para permitir ou auxiliar o (a) interditando (a) expressar suas vontades e preferências, bem como responder às perguntas formuladas. Ademais, a critério do (a) juiz (a), poderá ser requisitada a oitiva de parentes e pessoas próximas, conforme dispõem os parágrafos 2º, 3º e 4º, do Art. 751, CPC.

Contudo, sendo a entrevista realizada após o deferimento da curatela provisória, não seria exagero imaginarmos o cenário de “Eu me importo” no Judiciário brasileiro. Afinal, depois da concessão da curatela provisória, a depender dos limites fixados na decisão concessiva, é possível que o (a) curador (a) já tenha, inclusive, influenciado nos tratamentos de saúde do (a) interditando (a), o que pode trazer alterações substanciais para a entrevista.

### *Impugnação*

A entrevista, em si, não constitui defesa técnica da pessoa interditanda, que deve ser realizada através da impugnação, regulada no Art. 752, CPC. Essa defesa deve ser apresentada em até 15 dias, a contar da entrevista. Caso não constitua advogado (a), será nomeado (a) um (a) curador (a) especial – para atuação na defesa técnica do processo –, que poderá impugnar o pedido pela via da negativa geral. Ademais, na hipótese da pessoa interditanda de não se defender, qualquer parente sucessível poderá intervir como assistente, conforme parágrafo 3º, do Art. 752, CPC.

### *Provas*

Decorrido o prazo para apresentação de impugnação, o (a) juiz (a) nomeará perito a fim de produzir prova técnica sobre a necessidade ou não da interdição, atendendo ao disposto no Art. 753, *caput*, CPC.

O (a) autor (a) da ação, o (a) interditando (a) e o Ministério Público poderão formular quesitos à perícia que poderá, inclusive, ser composta por equipe multidisciplinar. No laudo haverá indicação dos atos para os quais haverá necessidade de curatela, conforme dispõe o Art. 753, CPC.

A entrevista, conforme destacamos, integra o direito fundamental do (a) interditado (a) à ampla defesa, uma vez que o (a) juiz (a) não fica adstrito ao laudo pericial, uma vez que, no Brasil, vigora o preceito normativo do livre

convencimento motivado e, desde que na entrevista, na oitiva dos parentes do (a) interditando (a) ou na verificação dos documentos juntados com a impugnação, se chegue à conclusão diferente daquilo apontado no laudo, haverá fundamentos para decidir de forma diversa da indicação pericial.

### *Sentença e Recursos*

Com o fim da fase instrutória, isto é, encerrada a coleta das provas, o (a) juiz (a) proferirá sentença. A defesa de que a sentença que decreta interdição tem natureza declaratória, encontra justificativa no fato de que o (a) juiz (a) apenas declarará, oficialmente, que o (a) interditando (a) não pode praticar, por si mesmo (a), determinados atos da vida civil.

Para que a decisão produza efeitos *erga omnes*, deve-se observar o disposto no parágrafo 3º, Art. 755, CPC, no sentido de que deve haver averbação no Registro Civil, publicação no site do Tribunal a que se vincula a decisão, na imprensa oficial e nos editais do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), sem o que, como afirma Marcus Vinícius Rios Gonçalves, terceiros que negociam com o (a) interditando (a) poderão alegar boa-fé (GONÇALVES, 2020).

Com a natureza declaratória, a sentença de interdição teria eficácia *ex tunc*, como defende Marcos Vinícius Rios Gonçalves (2020), de modo que retroage à data em que o (a) interditando (a) demonstrou sua incapacidade.

O problema de reconhecer a eficácia retroativa da sentença de interdição seria quanto à segurança jurídica daqueles (as) que, no passado, negociaram com o (a) interditando (a). Para Marcus Vinícius Rios Gonçalves (2020), isto não ficaria completamente prejudicado, porquanto a boa fé é presumida, cabendo ao (à) curador (a) demonstrar a má-fé do terceiro, a fim de invalidar o negócio jurídico celebrado com o (a) então interditado (a).

Defendendo outro ponto de vista, Humberto Theodoro Junior (2020) afirma que a sentença de interdição tem natureza constitutiva e opera efeitos *ex nunc*, uma vez que os negócios jurídicos de que participou o (a) interditado

(a) não serão automaticamente anulados. Nesse sentido, há o voto do Ministro Luis Felipe Salomão, no REsp n. 1.694.984/MS<sup>4</sup>.

Como vimos acima, discorrendo sobre a incapacidade civil absoluta e relativa após a Lei Brasileira de Inclusão, não afirmaríamos que o negócio jurídico celebrado com pessoa interdita, sem a participação do (a) curador (a) seria nulo por afronta ao Art. 166, I, CC, mas sim, por violar o Art. 104, I, CC, bem como o Art. 166, VII, CC, uma vez que a sentença de interdição, devidamente registrada no Cartório de Registro Civil das Pessoas Naturais, terá anotação de quais poderes conserva o (a) interditando (a) sobre os atos de sua vida civil e seu patrimônio e quais passam a ser do (a) curador (a), conforme Art. 755, I, II e parágrafo 3º, CPC.

É possível que o (a) autor (a) da ação, que, sendo procedimento especial de jurisdição voluntária chamaremos de interessado (a), ou, ainda, que o interditando (a) interponha apelação, a qual não terá efeito suspensivo, conforme dispõe o Art. 1.012, parágrafo 1º, VI, CPC, de modo que produzirá efeitos imediatamente após o registro.

### 3.4 Levantamento da Curatela

A curatela poderá ser levantada a qualquer momento (TARTUCE, 2021, p. 801), a pedido da pessoa interdita, de quem ajuizou a ação de interdição, ou do Ministério Público, em autos apensos ao pedido de interdição. Deve ser comprovado que as causas que levaram à interdição cessaram.

---

4 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.694.984/MS. Recurso Especial. Processo Civil. Ação de rescisão contratual. Citação em nome de incapaz. Incapacidade declarada posteriormente. Nulidade não reconhecida. Intervenção do MP. Nulidade. Necessidade de demonstração do prejuízo. Estatuto da Pessoa com Deficiência. Lei n. 13.146/2015. Dissociação entre transtorno mental e incapacidade. Relator: Min. Luis Felipe Salomão, 14 de novembro de 2017. Disponível em: [https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1652420&num\\_registro=201700120810&data=20180201&peticao\\_numero=-1&formato=PDF](https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1652420&num_registro=201700120810&data=20180201&peticao_numero=-1&formato=PDF). Acesso em: 23 abr. 2021.

O procedimento para levantar a interdição é muito parecido com o expediente para promovê-la: o (a) juiz (a) nomeará perito ou equipe multidisciplinar e, após a apresentação do laudo, designará audiência de instrução e julgamento. Embora não conste expresso no CPC, nada impede que o (a) juiz (a) realize nova entrevista com o (a) interditado (a).

A publicação da sentença que levanta a interdição seguirá o mesmo ritual mencionado no parágrafo 3º, do Art. 755, CPC, ou, havendo impossibilidade, será publicada na imprensa local ou órgão oficial, por 3 vezes, com intervalo de 10 dias. Após esse prazo, será registrada no Cartório de Registro Civil.

É possível, ainda, conforme o parágrafo 4º, do Art. 756, CPC, que a interdição seja apenas parcialmente levantada, quando demonstrada a capacidade do (a) interditado (a) para alguns atos da vida civil.

No filme “Eu me importo”, uma vez que Marla e Fran medicam os (as) curatelados (as) com dosagem leve, moderada ou forte de tranquilizantes, os (as) idosos (as) não reagem à situação que lhes é imposta, de modo que não vemos pedido de levantamento da interdição. O mais perto que disso a que chegamos é o pedido de Feldstrom, filho de uma das curateladas de Marla e Fran. Contudo, devido ao perfil psicológico do filho, as curadoras conseguem influenciar o juiz a indeferir o pedido, o que, como mostra o filme, lhes traz consequências inimaginavelmente definitivas.

#### *Quando começam e quando terminam as funções e poderes de curadores (as)?*

A investidura do (a) curador (a) será realizada mediante compromisso prestado no prazo de 5 dias, a contar da decisão judicial que o (a) nomeia, na forma do Art. 759, CPC. O (a) curador (a) presta compromisso por termo, momento em que assume a administração dos bens do (a) interditado (a).

Considerando todos os fatos insólitos que narramos sobre o filme, fica a pergunta: segundo o direito brasileiro, Marla e Fran poderiam ser removidas da função de curadoras?

Sim, desde que por provocação do Ministério Público ou de quem tenha legítimo interesse. Elas seriam citadas para contestar o pedido em 5 dias, findo o qual, seria observado o procedimento comum da jurisdição voluntária, conforme dispõem o *caput* e o parágrafo único, do Art. 761, CPC.

Se a denúncia de Feldstrom estivesse melhor embasada em indícios de prova a respeito da solidão da mãe, da vedação injustificada às visitas de familiares e da desnecessária dilapidação do patrimônio para custeio da internação, muito provavelmente as curadoras seriam substituídas interinamente, conforme aponta o Art. 762, CPC.

### *Prazos prescricionais e prestação de contas*

Há que se lembrar que, durante a curadoria, ficam impedidos ou suspensos os prazos de prescrição do (a) curatelado (a) para acionar seu (a) curador (a) pela malversação do patrimônio, conforme aponta o Art. 197, III, CC. O prazo prescricional para tanto é de quatro anos. Depois, extintas as funções do (a) curador (a), ele (a) terá de demonstrar o balanço anual dos bens do (a) curatelado (a), bem como apresentar as contas, como determina o Art. 763, CPC, o Marla e Fran faziam regularmente, como vemos em “Eu me importo”.

### **3.5 A interdição e a curatela à luz dos direitos humanos**

Os direitos humanos, de afirmação histórica que remonta ao início da fé monoteísta (COMPARATO, 2013), devem ser aplicados como vetor interpretativo da curatela e da interdição, no direito brasileiro.

A alma dos direitos humanos, no sistema global de proteção, que é a Declaração Universal (DUDH) de 1948, consagra o direito à não discriminação nos Artigos 2º e 7º; o direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal, no Artigo 3º; ao reconhecimento da personalidade jurídica, no Artigo 6º; o direito de buscar o Judiciário, contra violações aos seus direitos, no Artigo 8º, o direito à

intimidade e à vida privada, no Artigo 12; o direito à vida familiar, no Artigo 16; o direito à propriedade, no Artigo 17; que devem ser preservados e colocados em prática, na máxima medida possível, ainda que a pessoa sofra interdição e seja curatelada. (ONU, 1948)

O Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, adotado em Nova York, em 1966, promulgado no Brasil pelo Decreto nº 592 de 1993, em seu papel de conferir força jurídica vinculante aos direitos consagrados na DUDH, reconhece a personalidade jurídica, no Artigo 16; o direito à vida privada, no Artigo 17; o direito à vida familiar, no Artigo 23; e o direito à não discriminação, no gozo dos direitos, no Artigo 26. (ONU, 1966)

Na perspectiva de gênero, podemos mencionar a capacidade civil idêntica entre homens e mulheres, consagrada no Artigo 15, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 1979, promulgada no Brasil pelo Decreto nº 4.377 de 13 de setembro de 2002.

Não poderíamos deixar de mencionar a Convenção Internacional sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência, de 2007, promulgada pelo Decreto nº 6.949 de 25 de agosto de 2009, recebida no direito brasileiro com *status* de emenda constitucional, em razão do Art. 5º, § 3º, da Constituição de 1988, que tem entre seus princípios gerais, a autonomia e liberdade de fazer escolhas, da pessoa com deficiência, como se verifica no Artigo 3; as políticas de recuperação e reinserção da pessoa com deficiência, buscando promover a autonomia da pessoa, conforme Artigos 16.4, 25 “d” e 26.1, *caput*.

É patente, pois, conforme verificamos no âmbito global de proteção dos direitos humanos, que a autonomia, a liberdade e o devido processo legal, devem nortear o processo judicial de interdição, a nomeação de curador (a) e os direitos que serão tolhidos, na curatela, daquele (a) que, *a priori*, teria capacidade civil plena.

No âmbito do sistema regional interamericano de proteção dos direitos humanos, podemos destacar, sobre o tema, primeiramente a Convenção Americana

sobre Direitos Humanos, de 1969, promulgada no Brasil pelo Decreto nº 678 de 1992, que consagra a obrigação dos Estados de respeitar direitos no Artigo 1; o direito ao reconhecimento da personalidade jurídica, no Artigo 3; o direito à integridade pessoal, nas esferas física, psíquica e moral, no Artigo 5.1; o direito à liberdade e segurança pessoais, no Artigo 7.1; o direito à honra, à dignidade e à vida privada, no Artigo 11; a proteção da família, no Artigo 17; o direito à propriedade privada, no Artigo 21; o direito à igualdade perante à lei, no Artigo 24; e o direito à proteção judicial contra violações de direitos fundamentais, no Artigo 25, tudo perfeitamente aplicável à curatela e à interdição.

Como vemos, a maximização da liberdade e proteção da vida íntima, torna o respeito máximo aos atos previstos no processo de interdição, o perfeito cumprimento aos compromissos assumidos pelo Brasil, no sistema global e regional interamericano de proteção dos direitos humanos.

Sobre a temática, destacamos, ainda, a Convenção Interamericana sobre a Proteção dos Direitos Humanos dos Idosos, adotada pela Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos (OEA) em 15 de junho de 2015, através da Resolução nº 2875 (XLV-O/15), porém, até a redação final deste texto, ainda não ratificada pelo Brasil, que, no Artigo 7º, reconhece o direito à independência e à autonomia da pessoa idosa, compreendendo a autonomia na tomada de decisões e independência na realização dos seus atos e, no Artigo 12, o direito do (a) idoso (a) de receber cuidados de longo prazo, o que compreende a prevenção de ingerências arbitrárias ou ilegais em sua vida privada, família, domicílio ou unidade doméstica, bem como a proteção da segurança pessoal e o exercício da liberdade e mobilidade do (a) idoso (a). Se tais direitos fossem assegurados aos (às) idosos (as) no filme “Eu me Importo”, Marla e Fran teriam muito mais dificuldade em investigar, clandestinamente, a rotina e o patrimônio das vítimas de seus golpes e, depois, de mantê-las sem nenhum acesso externo na clínica de repouso da qual eram sócias de fato.

#### 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como buscamos demonstrar neste texto, ao lado da tutela e da tomada de decisão apoiada, a curatela integra o direito assistencial, cuja finalidade é a proteção da pessoa na esfera civil.

Embora muito do que vemos no filme “Eu me importo” não se verifique no direito brasileiro, como a amplíssima legitimidade ativa para a ação de interdição, bem como a possibilidade de negativa, de quem exerce a curatela, de que a pessoa interdita tenha contato com a própria família, pensamos que, para diminuir ao máximo as já remotas chances de que, em vez de cuidada, a pessoa interdita tenha sua capacidade civil plena indevidamente reduzida, a solução seria a determinação de que o (a) juiz (a) ouça os (as) parentes do (a) interditando (a) e, ademais, sempre realize a necessária entrevista pessoal ou, em caso de impossibilidade daquele (a) que será curatelado (a), faça inspeção judicial.

Indo além, a realização do contato pessoal do (a) juiz (a) com o (a) interditando (a), antes da concessão de curatela provisória, seria providencial para evitar abusos e, ademais, que falsas alegações lastreadas em provas temerárias, pudessem colocar a perder um dos direitos mais caros à pessoa, que é a liberdade, ainda que para fins estritamente negociais.

À luz dos direitos humanos, uma vez que a autonomia da pessoa para gerir sua própria vida e patrimônio são consagrados tanto no sistema global, quanto no sistema regional interamericano de proteção, cremos que, mesmo que a interdição seja procedimento especial de jurisdição voluntária, não é possível deferi-la sem a oitiva da pessoa que terá sua capacidade civil plena reduzida, sob pena de violar, além do direito brasileiro, também o direito internacional dos direitos humanos.

#### REFERÊNCIAS

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil . Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm). Acesso em: 26 abr. 2021.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm). Acesso em: 26 abr. 2021.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Presidência da República, [2016]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 30 abr. 2021.

BRASIL. **Decreto nº 592 de 6 de julho de 1992**. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Promulgação. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d0592.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm). Acesso em: 26 abr. 2021.

BRASIL. **Decreto nº 678 de 6 de novembro de 1992**. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d0678.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm). Acesso em: 26 abr. 2021.

BRASIL. **Decreto nº 4.377, de 13 de setembro de 2002**. Promulga a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 1979, e revoga o Decreto nº 89.460, de 20 de março de 1984. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/2002/d4377.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4377.htm). Acesso em: 26 abr. 2021.

BRASIL. **Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009**. Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm). Acesso em: 26 abr. 2021.

BRASIL. **Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015**. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm). Acesso em: 26 abr. 2021.

BRASIL. **Lei nº 8.842, de 4 de janeiro de 1994**. Dispõe sobre a política nacional do idoso, cria o Conselho Nacional do Idoso e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8842.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8842.htm). Acesso em: 30 abr. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 537.990/RS**. Processo civil. Embargos de declaração no Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial. Rol de bens. Indicação na petição inicial. Omissão do Tribunal de Origem. Não ocorrência. Pretensão Infringente. Descabimento. Recurso rejeitado. Relator: Min. Marcos Aurélio Bellizze, 07 de maio de 2015. Disponível em: [https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1405435&num\\_registro=201401550027&data=20150521&peticao\\_numero=201500025961&formato=PDF](https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1405435&num_registro=201401550027&data=20150521&peticao_numero=201500025961&formato=PDF). Acesso em: 22 abr. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1205113/SP**. Processual Civil. Civil. Recurso especial. Interdição. Remuneração do curador. Fixação judicial. Necessidade. Retenção de rendas do interdito. Possibilidade. Relatora: Min. Nancy Andrighi, 06 de setembro de 2011. Disponível em: [https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=16760795&num\\_registro=201001391380&data=20110914&tipo=51&formato=PDF](https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=16760795&num_registro=201001391380&data=20110914&tipo=51&formato=PDF). Acesso em: 22 abr. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.686.161/SP**. Processual Civil e Civil. Recurso especial. Ação de interdição. Ausência de interrogatório. Ausência de nomeação de curador à lide. Inviabilidade. Nulidade. Relatora: Min. Nancy Andrighi, 12 de setembro de 2017. Disponível em: [https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1633579&num\\_registro=201602558025&data=20170915&peticao\\_numero=-1&formato=PDF](https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1633579&num_registro=201602558025&data=20170915&peticao_numero=-1&formato=PDF). Acesso em: 23 abr. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.694.984/MS**. Recurso Especial. Processo Civil. Ação de rescisão contratual. Citação em nome de incapaz. Incapacidade declarada posteriormente. Nulidade não reconhecida.

Intervenção do MP. Nulidade. Necessidade de demonstração do prejuízo. Estatuto da Pessoa com Deficiência. Lei n. 13.146/2015. Dissociação entre transtorno mental e incapacidade. Relator: Min. Luis Felipe Salomão, 14 de novembro de 2017. Disponível em: [https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1652420&num\\_registro=201700120810&data=20180201&peticao\\_numero=-1&formato=PDF](https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1652420&num_registro=201700120810&data=20180201&peticao_numero=-1&formato=PDF). Acesso em: 23 abr. 2021.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

CONSELHO REGIONAL DE CONTABILIDADE DO RIO DE JANEIRO. **Manual: Banco de Curador**. Disponível em: <http://www.crc.org.br/Manual/BancoDeCurador/Manual.html>. Acesso em: 22 abr. 2021.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Parte Geral**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. *E-book*. v. 1.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Direito de Família**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. *E-book*. v. 6.

GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. **Direito processual civil esquematizado**. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. *E-book*.

MADALENO, Rolf. **Direito de família**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

NERY, Rosa Maria de Andrade. NERY JUNIOR, Nelson. **Instituições de direito civil: família e sucessões**. 2. ed. São Paulo: Thomson e Reuters Brasil, 2019. v. 4.

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL (São Paulo). **Ementário de 2019 do Tribunal de Ética e Disciplina da OABSP. E-5.195/2019**. Disponível em: <https://www.oabsp.org.br/tribunal-de-etica-e-disciplina/ementario/2019/e-5-195-2019>. Acesso em: 22 abr. 2021.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948**. Disponível em: [https://www.ohchr.org/en/udhr/documents/udhr\\_translations/por.pdf](https://www.ohchr.org/en/udhr/documents/udhr_translations/por.pdf). Acesso em: 26 abr. 2021.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil:** direito de família. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil:** procedimentos especiais. 54. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2020. v. 2.

**AUTORA(S) CONVIDADA(S)**

**OS DOIS CORPOS DO REI NO SÉCULO  
DA JURISTOCRACIA: PELO DIÁLOGO  
DO CONTROLE INTERNO E EXTERNO**

***THE TWO BODIES OF THE KING IN THE  
CENTURY OF JURISTOCRACY: BY THE DIALOGUE  
OF INTERNAL AND EXTERNAL CONTROL***

**Lucas Correia Lima**

Mestre e Doutorando em Direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Feira de Santana (UEFS). Servidor público federal. Professor e advogado. Orcid: <http://orcid.org/0000-0002-4094-4757>  
E-mail: [lucascorreia303@gmail.com](mailto:lucascorreia303@gmail.com)

**Resumo**

No século XXI tem sido cada vez mais comum o recurso ao controle jurisdicional para diversos fins. No âmbito da Administração Pública, o Judiciário tem sido chamado a intervir com frequência em processos de controle interno, exercendo intenso controle de legalidade que tem levado à anulação de decisões administrativas e até à substituição da figura do administrador pela autoridade julgadora. As relações entre controle interno e externo têm se mostrado em conflito, com resultados divergentes sobre os mesmos temas, contexto que gera insegurança ao cidadão e à gestão pública. A partir desse problema, este trabalho objetiva compreender as razões dessa divergência no exercício da relação entre controle externo e interno. Faz-se uma pesquisa com instrumentos documentais sobre os dados abertos de instauração de processos sobre temas de correição, no âmbito da Administração Pública, bem como sobre a quantidade de impugnações judiciais demandadas contra as decisões administrativas de controle interno da CGU sobre os Processos Disciplinares existentes no âmbito da União. Buscou-se demonstrar e investigar a divergência das duas esferas de

controle. Argumenta-se o excesso de intervencionismo de um controle sobre o outro e, ao final, propõe-se hipóteses de restaurar a atuação coerente e conjunta de cada âmbito de controle, preservando os limites de competência de cada um. **Palavras-Chave:** Controle. Judiciário. Administração Pública. Correição. Decisões.

### **Abstract**

*In the 21st century, it has been increasingly common to resort to judicial control for various purposes. Within the Public Administration, the Judiciary has been called upon to intervene frequently in internal control processes, exercising intense legality control that has led to the annulment of administrative decisions and even to the replacement of the figure of the administrator by the judging authority. The relationships between internal and external control have been in conflict, with divergent results on the same issues, a context that generates insecurity for citizens and public management. Based on this problem, this work aims to understand the reasons for this divergence in the exercise of the relationship between external and internal control. A practical field research is carried out with documentary instruments on open data on the initiation of proceedings on correction issues, within the Public Administration, as well as on the number of judicial actions filed against internal control administrative decisions, demonstrating, and investigating the divergence of the two spheres of control. The excess of interventionism of one control over the other is argued and, in the end, hypotheses are proposed to restore the coherent and joint action of each sphere of control, preserving the limits of competence of each.*

**Keywords:** Control. Judiciary. Public Administration. Correction. Decisions.

## **1 INTRODUÇÃO**

Ernest Kantorowicz (1998) desenvolveu a teoria dos dois corpos do rei ao elaborar seu célebre tratado de teoria política sobre os Estados monárquicos, legitimando, de forma inédita, a figura da autoridade estatal que possuía, ao mesmo

tempo, um corpo físico, mortal, sujeito às vicissitudes, caprichos e erros humanos e, de outro lado, um corpo divino, místico e político, a partir do qual legitimava a presunção de império e verdade de seus atos de gestão.

O século XXI tem apontado para uma maximização do controle em patamares até então inéditos. E aqui se diz tanto do controle “do Estado” quanto daquele exercido “pelo Estado”. Apesar de sucessivos governos despóticos na cronologia política da Humanidade, nenhum deles teve ao seu alcance tanta capacidade para gerir e manter o controle da sociedade e da coisa pública sob um escrutínio tão eficaz (BOBBIO, 2000). É, portanto, na era dos direitos decorrentes dos regimes democráticos que se maximizou também o poder-dever do controle sobre a coisa pública. Mas como conciliar duas espécies independentes de controle da Administração Pública quando, apesar de seus escopos comuns em assegurar o cumprimento da legalidade, suas atuações aparentam colidir quanto aos posicionamentos acerca de determinadas situações administrativas?

Sabe-se que, atualmente, a Administração Pública conta não apenas com seus processos gerenciais internos de inspeção e exame para reparar e prevenir incorreções (CASTRO, 2007), como também responde por sua conduta perante órgãos externos ao seu ambiente administrativo, responsáveis pela função de assegurar o cumprimento das normas por todos os Poderes, entes e órgãos. Nesse contexto, a Administração Pública tanto tem sua conduta observada quanto possui o poder-dever de fiscalizar a si mesma.

Inobstante a desejada harmonia dessas esferas, cuja atuação, além de conjunta, espera-se coerente para o aprimoramento da administração, em algumas situações são tomadas interpretações pelos órgãos endógenos de fiscalização as quais nem sempre convergem com as conclusões exógenas sobre a mesma aplicação da lei como resposta aos fatos do cotidiano da gestão pública. Desta forma, para um mesmo fato problemático, exsurge a celeuma de se originarem duas respostas que mutuamente se excluem.

A consequência dessa colisão de atuações de controle sobre idênticas situações resvala em risco à segurança jurídica administrativa e, conseqüentemente,

na perda de previsibilidade sobre o exercício da função pública na gestão dos seus projetos. Com seus dois parâmetros de orientação conduta em conflito, sequer a própria Administração Pública é capaz de distinguir com precisão qual decisão deve tomar frente ao problema do qual os órgãos de controle divergem sobre sua melhor resposta. É o caso, por exemplo, de decisões judiciais que conflitam e anulam o posicionamento administrativo interno tomado por entes públicos em seus processos de controle correccional interno.

O impasse de diferentes instâncias de controle e suas gravosas consequências para a coerência dos atos da Administração Pública são os motes desta pesquisa, a partir de um estudo empírico tendo como campo de pesquisa uma autarquia federal: a Universidade Federal do Recôncavo da Bahia.

Objetiva-se compreender as razões dessa divergência no exercício do controle externo e interno a fim de explorar uma proposta de resolução em prol de uma atuação conjunta, harmoniosa e coerente.

No primeiro tópico deste artigo, esboça-se um histórico dos sistemas de controle na Administração Pública brasileira, compreendendo a relação dessa origem com o avanço democrático da política nacional e sua relevância para a defesa dos direitos da sociedade à transparência e preservação do bem público.

No tópico seguinte, aborda-se a noção de juristocracia, o avanço interventivo do Poder Judiciário nas questões administrativas, notadamente quanto aos temas de correição interna, assim como essa atuação do controle externo implica, por vezes, em ingerência do mérito administrativo nos processos de controle internos.

O terceiro tópico se propõe a uma pesquisa empírica por meio de estudos de casos quantitativos sobre processos administrativos disciplinares e a revisão judicial desses processos em tema doravante escolhido para o estudo. Considerando a relevância de uma construção dogmática explicada sob uma perspectiva da aplicabilidade dos seus referenciais, neste trabalho optou-se pela produção de uma pesquisa documental. Foi realizada uma pesquisa a partir de dados constantes nos arquivos públicos do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e da Controladora Geral

da União (CGU). Utilizando-se a técnica de pesquisa de observação, coletou-se informações proveniente dos dados abertos da CGU sobre os Processos Disciplinares existentes no âmbito da União. Somada à coleta de dados na base jurisprudencial do STJ, foi possível analisar e interpretar as informações à luz dos problemas formulados neste trabalho, construindo as possíveis intersecções de hipóteses.

A associação entre teoria e prática é pertinente por permitir às argumentações um grau de maior concretude (DEMO, 1994). Ter-se-ão dados concretos da abordagem judicial sobre a matéria processual administrativa disciplinar a partir de elementos colhidos em pesquisa documental nos sistemas judiciais eletrônicos de processos da Justiça Federal e da CGU, de acessibilidade pública.

Por fim, revolvendo os dados analisados na pesquisa empírica, propor-se-á uma conclusão descritiva do estado de campo encontrado, contribuindo para a consolidação da relevância de uma atuação harmônica e coerente na relação do controle interno e do externo para a Administração Pública, compreendendo a necessidade destas em exercerem suas ações sem conflitualidade, mas com o desiderato de complementaridade que preserve o espaço próprio da competência de cada sistema de controle, em prol da segurança jurídica dos atos da Administração.

## **2 OS CONTROLES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: UMA HISTÓRIA DA DEMOCRACIA**

O controle do destino da coisa pública e, conseqüentemente, dos bens geridos pelos mandatários do poder coletivo, é próprio da natureza humana em tutelar seus próprios valores e conter seus interesses egoísticos, os quais subverteriam a destinação social daqueles bens públicos para desejos particularistas (SILVA, 2015).

Uma sociedade cuja administração não se submeta a um controle, ou será um despotismo anacrônico da vontade de alguns sobre o restante da coletividade ou, ainda, uma onírica visão de mundo. O homem, cuja vontade

de exploração ascende de modo incessante, tende a explorar e se apropriar, carecendo, pois, de limites perante o interesse alheio (HOBBS, 1979). Por isso, como afirmava Alexander Hamilton (HAMILTON *et al*, 2008), somente se os anjos governassem os homens não seriam necessários controles externos nem internos sobre seus governos.

O modelo de duplo controle tem raiz nas feições da gestão pública das cidades-Estados da Grécia Antiga. Em Atenas, por exemplo, a Eclésia era uma assembleia responsável pelo julgamento das contas públicas apresentadas pelos gestores gregos, assim como pela votação da política pública, majoritariamente quanto à escolha da destinação do orçamento e adoção de políticas públicas (MOSSÉ, 1985).

Todavia, apesar das referidas contas passarem inicialmente pelo crivo dos próprios gestores, a dupla revisão exercida pela assembleia dos cidadãos se assemelha a um misto do que atualmente se concebe como controle social e externo. Essa dupla revisão não escapava às divergências entre os gestores e as ideias dos revisores da assembleia, cada qual exigindo uma destinação diferente à coisa pública, o que gerava uma “política muitas vezes incoerente e contraditória” (MOSSÉ, 1985, p. 56).

A criação do controle, portanto, remonta ao embrionário conceito de Estado democrático e, “a partir dessa longa trajetória histórica, consolida-se que a ideia de Estado Democrático de Direito é inseparável da ideia de controle” (CHAMOUN, 2019, p. 320). Por isso, com o avanço dos séculos e a tomada do poder público pelos consecutivos regimes monárquicos nas eras seguintes, a concepção de controle, interno ou externo, ficou esmorecida, reduzida ao poder de autofiscalização do Estado às suas finanças com o fim de evitar desvios de corrupção interna, sem uma preocupação voltada à observância da legalidade ou da transparência, mas da preservação do tesouro e de sua exclusiva disponibilidade pela vontade do Chefe de Estado. É nesse aspecto que surgem as cortes de contas francesas (*Chambre de Comptes*), no reinado de Luís IX (BARROS, 1999).

No Brasil, por muito tempo, apenas órgãos fiscais existiram como forma de fiscalização dos recursos públicos (BARROS, 1999). Objetivava-se a segurança dos recursos da Coroa e sua hígida destinação. A distância oceânica e os precários

meios de comunicação da época entre Portugal e Brasil exigiram a criação de juntas fiscais em solo brasileiro, inclusive com a criação de um aparelhamento administrativo, com cargos específicos, para garantir que o tesouro da exploração colonial, além de arrecadado na quantidade prevista, não fosse subtraído.

A crescente diminuição dos tesouros enviados da Colônia também teve decisão para aumentar a fiscalização sobre a arrecadação de impostos. Surge o cargo de Vice-Rei do Brasil, onde uma de suas atribuições de destaque era a de controle da arrecadação dos dízimos, donativos e impostos para a Coroa portuguesa, os registros de despesas e receitas, as exigências com relação à prestação de contas anuais por parte dos provedores das capitanias hereditárias e também a imposição das penalidades em caso de faltas cometidas (CARDIN *et al*, 2015, p. 4).

Mesmo com a Independência e posterior República, a prática de controle sobre as contas públicas continuou a encontrar entraves. Uma razão proeminente da precariedade de controle sobre a Administração Pública ocorre pela falta de espaço democrático para diálogo da sociedade com a gestão pública (CANEDO, 2003). Um país que por séculos permaneceu, na condição de colônia, sob o jugo do despotismo monárquico, tem no seu modo de pensar a política raízes nutridas na memória do menosprezo pelo exercício de poder coletivo e subestimação da fiscalização social.

A Constituição Federal de 1988 (CF/88) traz um amplo leque de meios de controle externo. Hely Lopes Meirelles ensina ser o controle externo a aptidão de exercer “vigilância, orientação e correção que um Poder, órgão ou autoridade exerce sobre a conduta funcional de outro” (MEIRELLES, 2008, p. 672). No âmbito federativo, referido controle é exercido pelas casas parlamentares de cada ente federado<sup>1</sup> com o auxílio de Cortes de Contas – Tribunal de Contas da União e Tribunais de Contas dos respectivos Estados.

---

1 Congresso Nacional para a União, Assembleias Legislativas para Estados e Câmaras de Vereadores para Municípios.

Já o controle interno é aquele exercido pela estrutura do ente ou órgão público, tratando-se de um sistema mais próximo do administrador público, visto que se origina no ambiente interno do próprio espaço de poder deste gestor (SILVA, 2002).

A partir dessas noções preliminares, é possível notar que mesmo o controle interno não está vinculado restritivamente à ideia administrativa de fiscalização. Sendo assim, a análise jurídica sobre os atos da gestão administrativa não é uma prerrogativa apenas dos tribunais, mas inerente de qualquer espécie de controle. Tem ganhado força a ideia de “juridicidade administrativa” (BINENBOJM, 2008, p. 206), como a capacidade de a Administração Pública interpretar o direito em consonância com princípios jurídicos e os ideais de direitos fundamentais, cujo objetivo de consecução não é monopólio do Judiciário, mas de todo o Estado.

A par disso, a existência de um Judiciário aparelhado não supriria a necessidade de existência de órgãos superiores de controle externo, uma vez que a esses seria dada a incumbência de concretizar, de forma preventiva e coletiva, direitos fundamentais decorrentes dos deveres de transparência e legalidade; os quais o Judiciário o faria de forma individualizada e corretiva.

Por outro lado, enquanto uma das formas de controle externo, o Judiciário tem uma posição de destaque na visão de muitos juristas. Inobstante mecanismos jurídicos sejam objeto de interpretação e aplicação do controle interno administrativo, como leciona Odete Medauar, “o controle jurisdicional continua a ser o mais importante instrumento de controle da Administração” (MEDAUAR, 2007, p. 393).

O século XXI se apresenta como uma era onde a discussão pelo cumprimento de direitos e observância de deveres, bem como a busca por resposta dos mais variados conflitos sociais desagua nos recintos forenses. Essa relevância da atuação do controle jurisdicional, cada vez mais demandada, ocupa espaços na seara administrativa e, algumas vezes, interpõe-se à tomada de decisão administrativa, substituída pela opinião jurídica de decisões forenses.

Nesse contexto de aparente hipertrofia, as condições esperadas de coesão entre as esferas de controle parecem resultar numa anomalia de excessiva intrusão jurisdicional, que ameaça a coesão e, em última análise, a própria harmonia do sistema interno da gestão pública.

### **3 QUEM CUSTODIARÁ OS CUSTÓDIOS? O SÉCULO DA JURISTOCRACIA**

No Brasil, país cuja história está arraigada no modelo de relação clientelista entre governantes e sociedade (PAIXÃO, 2011), criou-se a expectativa de que a proximidade do povo com as decisões políticas e seu acesso transparente à gestão só seria palpável quando se consolidasse uma democracia pautada em leis que garantissem instrumentos eficazes de proteção cidadã.

A CF/88 trouxe em seu bojo um cabedal de garantias democráticas de participação social e controle da gestão pública, primando por uma gestão dialógica em que o povo, enquanto expresso titular do poder soberano, também pudesse contar com eficientes mecanismos de aferição da legalidade, moralidade e transparência no trato da coisa pública.

Todavia, após todas as reivindicações pela plenitude da democracia, o surgimento de escândalos de corrupção e a constatação de um contexto inalterável de miséria social somado à falência da moralidade pública trouxeram a frustração sobre “a crença de que a democracia política resolveria com rapidez os problemas da pobreza e da desigualdade” (CARVALHO, 2002, p. 219). Como registra Murilo de Carvalho:

Houve frustração com os governantes posteriores à democratização. A partir do terceiro ano do governo Sarney, o desencanto começou a crescer, pois ficara claro que a democratização não resolveria automaticamente os problemas do dia-a-dia que mais afligiam o grosso da população. As velhas práticas políticas, incluindo a corrupção, estavam todas de volta. Os políticos, os partidos, o Legislativo voltaram a transmitir a imagem de incapazes, quando não de corruptos e voltados unicamente para seus próprios interesses (CARVALHO, 2002, p. 203).

Numa conjuntura estrutural de poderes omissos, onde o Legislativo se afoga com leis incompreensíveis aos cidadãos e o Executivo se encarrega de restringir recursos e propor medidas que afastam o Estado do seu caráter de Bem-Estar Social enquanto instância promotora de direitos, o Judiciário conseguiu se sobressair como o Poder garantidor dos direitos fundamentais (ROCHA, 1999), uma vez que “os brasileiros percebem o Poder Judiciário como uma instituição menos corrompida e mais confiável do que as Câmaras Municipais, o Senado Federal e a Câmara dos Deputados” (AVRITZER; FILGUEIRAS, 2011, p. 26-27). Nisso resulta que “o sucesso da justiça é inversamente proporcional ao descrédito que afeta as instituições políticas clássicas” (CAPPELLETTI, 1999, p. 25).

Nesse aspecto, surge o ativismo judicial como a capacidade do Judiciário em atender a “demandas da sociedade que não puderam ser satisfeitas pelo parlamento” (BARROSO, 2009, p. 9). Essa prática de concretização de direitos pela via judicial, além de expor a deficiência legislativa frente à sociedade e, por outro lado, “coloca o sistema judicial numa situação de *stress* institucional que, dependendo da forma como o gerir, tanto pode revelar dramaticamente a sua fraqueza como a sua força” (SANTOS, 2003).

Além de uma destacada posição na conjuntura da atuação entre os Poderes, a expansão do Judiciário demonstra uma hipertrofia que solapa o exercício típico das demais esferas, na medida em que a atuação jurisdicional tem sido demandada a responder sobre questões que se inserem no domínio da discricionariedade administrativa de como melhor gerir os recursos financeiros, controlar sua estrutura interna, fiscalizar suas atividades e agentes, ou até critérios para implementar a mais adequada política (BUCCI, 2009) - decisões as quais não se encontram no exercício típico do Judiciário.

Um dos pontos nevrálgicos de discussão sobre essa hipertrofia que resvala na substituição de decisões de caráter político por decisões judiciais reside numa questão de legitimidade dos atores do Judiciário; indagação que põe à prova a validade das soluções propostas pelo controle jurisdicional da Administração Pública por sujeitos que não teriam sido escolhidos pelo mesmo

processo democrático prévio de voto que os agentes dos Poderes Executivo e Legislativo.

De fato, muito embora se discuta com frequência a legitimidade e representatividade das ações dos chefes do Executivo, bem como os objetivos visados das normas promulgadas pelo Legislativo, as ações do Judiciário parecem ainda apenas margear a preocupação cidadã. Como lembra Paulo Roberto Soares Mendonça:

[...] a maior parte dos estudos sobre a legitimidade do poder do Estado negligencia o papel do Judiciário neste contexto, focalizando essencialmente a questão da representatividade dos poderes Executivo e Legislativo e a repercussão social de suas ações. Verifica-se, então, que é bastante reduzida no campo da Teoria Política a discussão sobre a Justiça como elemento integrante do mecanismo de poder no Estado (MENDONÇA, 1997, p. 142).

Na visão de Cappelletti (1999), o critério que validaria o controle jurisdicional sobre a gestão pública exigiria como pressuposto indispensável à constituição de uma sociedade efetivamente democrática, um *feedback* judicial em que os juízes devessem ter a obrigação de “reportarem-se sobre sua atividade ao próprio eleitorado” (CAPPELLETTI, 1999, p. 25), algo impossível pelo modelo brasileiro de composição do Poder Judiciário, o qual não permite eleição de magistrados pelo povo.

A crítica de Cappelletti encontra eco nos confrontos entre as escolhas administrativas e as decisões judiciais. Na visão de Barbosa (2019), este dilema é uma contradição do controle jurisdicional, potente em seus comandos, mas ao mesmo tempo internamente inatingível e incontrolável:

O Judiciário hoje enfrenta o paradoxo de ser a um só tempo poderoso, pela força de suas decisões e fragilidade do controle que se possa exercer sobre ele; e fraco, porque deslegitimado perante a sociedade, conforme ilustrou pesquisa da Fundação Getúlio Vargas. A politização da justiça revelou no país a sua face elitista e corroborou a hipótese da juristocracia. (BARBOSA, 2019, p. 19)

A essa alta concentração de controle pelo Judiciário e sua aptidão de cooptar para si a tarefa de propor a resolução de múltiplos conflitos, seja de ordem política ou administrativa, a despeito e revelia das funções típicas dos demais poderes, a literatura tem chamado de “juristocracia”, termo pautado na crítica da crise de legitimidade democrática na usurpação de competência política por autoridades judiciais, ou como Sweet (2002) denomina, a substituição das autoridades políticas pela implantação de *government of judges* - um regime de governo de juízes.

Paiva compreende a juristocracia enquanto fenômeno presente na contemporaneidade da Administração Pública, definindo-a como “uma mudança nos parâmetros político-decisórios da democracia e teria como característica principal dar curso a uma progressiva restrição da discricionariedade dos órgãos políticos majoritários” (PAIVA, 2011, p. 499).

Assim, o fenômeno da juristocracia vem representando a hipertrofia de um Judiciário que irrompe seus clássicos limites de intérprete do direito para se consagrar como definidor da política pública e senhor da última palavra da gestão administrativa, compelindo demais entes e poderes à obediência irrestrita sob o argumento da autoridade do controle dos atos pelo seu crivo de legalidade.

Nos Estados Unidos, doutrinas foram estabelecidas para livrar as decisões políticas das ingerências judiciais, apontando nestas o déficit de conteúdo técnico para criar e planejar os fundamentos da política pública. Exemplos de tais doutrinas, a *doctrine Chenery* e a *doctrine Chevron*. Ambas as teorias preservam a Administração Pública da intervenção judicial realizada sem o conhecimento técnico da política pública ou do ato administrativo (ALMADA, 2014).

Todavia, no Brasil, os entendimentos administrativos da Administração Pública têm sido preteridos pela governança judicial juristocrática que arroga para si o monopólio da decisão e da melhor interpretação sobre dilemas que pertencem ao cotidiano administrativo.

Sem freios e numa trilha de controle com velocidade expansiva, o controle externo jurisdicional entra em rota de colisão com demais mecanismos de controle interno, minando a expectativa de coerência da Administração Pública. Nessa toada, como apontava Norberto Bobbio, a “velha pergunta que percorre toda a história do pensamento político – ‘Quem custodia os custódios?’ – hoje pode ser repetida com esta outra fórmula: ‘Quem controla os controladores?’ ” (BOBBIO, 2000, p. 31).

#### 4 ESTUDO DE CASO DE UM DILEMA CORREICIONAL CONCRETO

As discussões teóricas de pesquisas necessitam servir à sociedade, sob pena de se tornarem trabalhos científicos estéreis destinados ao desprezo das estantes empoeiradas. Portanto, a pesquisa deve estar longe de se constituir um monólogo do pesquisador e seu objeto de estudo, mas um diálogo com a sociedade na qual se insere. A própria validade do cientificismo da discussão acadêmica depende que a teoria seja algo comprovável no plano empírico por meio de dados observacionais (BUNGE, 1980, p. 161).

A discussão aqui proposta parte dessa observação de dados da realidade, a fim de apontar no plano concreto as problemáticas percebidas e evidenciar suas hipóteses suscitadas. Segundo Gil:

A observação constitui elemento fundamental para a pesquisa. Desde a formulação do problema, passando pela construção de hipóteses, coleta, análise e interpretação dos dados, a observação desempenha papel imprescindível no processo da pesquisa. É, todavia na fase de coleta de dados que o seu papel se torna mais evidente (GIL, 2008, p. 100).

Diante dessas premissas, buscou-se observar como o Judiciário vem decidindo questões administrativas. Como forma de delimitação temática da pesquisa, em razão do grande universo de assuntos administrativos sindicáveis pelo crivo de legalidade do controle jurisdicional, este trabalho restringiu sua observação às intervenções judiciais nos casos de processos administrativos disciplinares.

A seara administrativa da correição gera a busca do Judiciário como mecanismo último de irrisignação acerca das decisões finais nos processos disciplinares. Com a facilitação de acesso à Justiça, alçado a garantia constitucional, e a aproximação da sociedade com a ideia de uso dos mecanismos jurídicos como forma institucional de contestação e revisão de atos do poder público, o processo judicial, nas palavras de Boaventura de Sousa Santos, torna-se “o campo dos cidadãos que tomaram consciência de que os processos de mudança constitucional lhes deram direitos significativos e que, por isso, veem no direito e nos tribunais um instrumento importante para fazer reivindicar” (SANTOS, 2011, p. 35).

Partindo desse tema, em leitura dos dados da jurisprudência consolidada do Superior Tribunal de Justiça (STJ)<sup>2</sup>, foi possível observar que nos últimos anos cresceu expressivamente o número de criação de súmulas uniformizando entendimentos sobre questões envolvendo os processos administrativos disciplinares. Dos seis enunciados de súmula desse tribunal sobre o tema, metade foi criada no último biênio (STJ, 2020). O que significa que, cada vez mais, o Tribunal se depara com múltiplas questões similares e as resolve de forma idêntica pacificando seu entendimento jurídico.

A necessidade de criação de súmulas também indica a existência de uma multiplicidade de demandas sobre a matéria que abarrotam os tribunais. Nesse sentido, é possível inferir que a atual movimentação jurisprudencial do STJ, com criação recente de mais súmulas, aponta que vêm sendo interpostas muitas impugnações judiciais de assuntos similares sobre decisões administrativas no âmbito dos processos administrativos disciplinares (PAD).

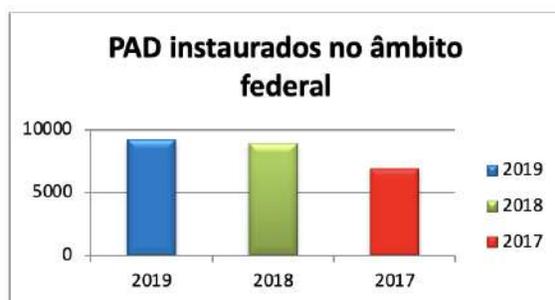
O exponencial aumento de processos disciplinares instaurados confirma o “assobramento” de demandas judiciais. Em pesquisa realizada nos dados abertos da CGU (BRASIL, 2020) foi possível constatar que nos últimos três anos o número de instaurações de processos visando apurar infrações disciplinares

---

2 O STJ é o tribunal máximo na estrutura do Judiciário brasileiro por uniformizar o entendimento sobre a aplicação dos atos e normas infraconstitucionais, nos termos do art. 105 da Constituição Federal.

creceu ininterruptamente. Em 2018, o número saltou de 6.900 para 8.947 e, em 2019, alcançou a marca de 9.237 novos PAD instaurados na esfera federal (BRASIL, 2020). Os dados foram diagramados no gráfico a seguir:

### Gráfico 1 – PAD instaurados no âmbito federal



Fonte: dados da pesquisa.

O gráfico acima confirma a conclusão de que o número de PAD instaurados resvala na grande demanda judicial de impugnações e, conseqüentemente, necessidade de súmulas para dinamizar julgamentos de casos com contextos similares.

Mas as observações não param por aí. Apesar de se constatar referido tema cada vez mais presente em uma das mais cortes de justiça superiores do Brasil - revelando um controle jurisdicional externo mais persistente pelos órgãos de cúpula judiciária -, dados extraídos de jurisdições inferiores parecem mostrar uma tendência contrária<sup>3</sup>, inversamente proporcional exponencial aumento de PAD instaurados na esfera de controle administrativo. Em consulta realizada no sítio do Processo Judicial Eletrônico (PJE) do Tribunal Regional Federal da 1ª

3 Considerando a diversidade de tribunais de justiça brasileiros, por uma questão de viabilidade desta pesquisa, restringimos agora nossa observação ao âmbito federal, especificadamente da 1ª Região. A escolha se deu pela proximidade do pesquisador tanto com essa jurisdição quanto com o objeto final da pesquisa de campo escolhido: uma autarquia de ensino federal situada sob a jurisdição da 1ª Região da Justiça Federal brasileira.

Região, ao pesquisarmos quantas vezes o tema “processo disciplinar” apareceu nos cadastros de processos judiciais deflagrados, nota-se que nos últimos três anos houve um decréscimo da quantidade de ações versando sobre o tema.

**Gráfico 2 – Processos judiciais sobre PADs no TRF1 por ano**



Fonte: dados da pesquisa.

*A priori*, essa constatação parece revelar uma contradição na teoria de que o controle jurisdicional intervém nas decisões administrativas, visto que os dados apontam um decréscimo de ações judiciais distribuídas de modo inversamente proporcional ao número de PAD instaurados. Assim, embora o controle interno administrativo esteja apresentando maior quantitativo de processos de apuração, as irresignações pela via judicial não viriam acompanhadas na mesma medida.

Uma conclusão dessas não representaria um problema. Ao contrário disso: demonstraria não existir invasão de competências ou qualquer intervenção excessiva de um controle sobre o outro. Todavia, isso seria uma falaciosa conclusão tomada a partir de dados incompletos, obtidos de uma pesquisa apressada. Além disso, esbarraria na contradição de ter se constatado alta demanda judicial de impugnações associada à alta taxa de instauração de PAD. Se o número de PAD cresce assim como a ocorrência do tema na formação da jurisprudência dos

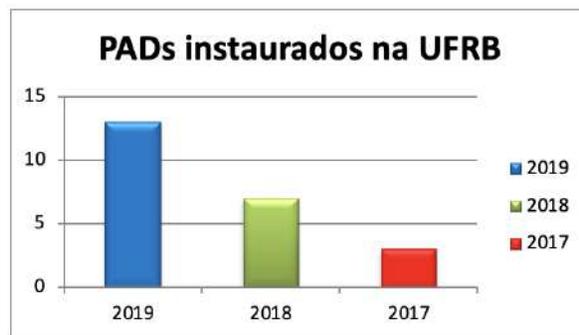
tribunais, como explicar o porquê de o número de ações judiciais estar em queda? Seria a justocracia um equívoco ou problema fictício dramatizado?

A resposta só pode ser obtida a partir de uma pesquisa mais pormenorizada sobre o que ocorre na tramitação dos PAD instaurados e qual seus desfechos. Diante da vastidão de instituições federais seria inviável analisar todas as 79.979 instaurações (BRASIL, 2020).

A viabilidade da pesquisa empírica exige um estudo de caso concreto, colhendo-se como amostra uma instituição que funcione como reflexo do comportamento do universo de instituições federais. Como ensina André, “uma das vantagens do estudo de caso é a possibilidade de fornecer uma visão profunda e ao mesmo tempo ampla e integrada de uma unidade social complexa, composta de múltiplas variáveis”. (ANDRÉ, 2005, p. 33).

Visando trazer uma instituição cuja amostra represente adequadamente esse universo, escolheu-se a autarquia de ensino da Universidade Federal do Recôncavo da Bahia. Testando a validade dessa amostra, foi possível perceber que, de fato, ela acompanha o movimento do grupo no sentido que as instaurações de PAD nessa instituição aumentaram nos últimos três anos.

### Gráfico 3 – PADs instaurados na UFRB

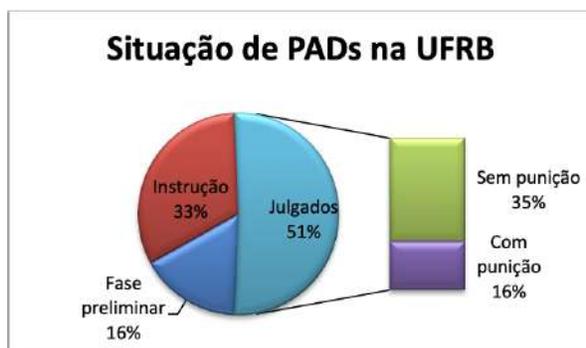


Fonte: dados da pesquisa.

E como explicar a diminuição de questionamentos judiciais frente ao crescimento de número de PAD instaurados?

Com uma amostra de pesquisa de campo representativa do conjunto e ao mesmo tempo viável para exame detalhado, é possível analisar todos os PAD instaurados nos últimos anos de crescimento do índice de instaurações. A UFRB possui 37 PAD. Desses, apenas 19 foram julgados; o restante está em fase de instrução ou ainda inicial de instauração. E desses 19, somente 6 resultaram em sanções administrativas (BRASIL, 2020). O gráfico pode ser diagramado da seguinte forma:

**Gráfico 4 – Situação de PADs na UFRB**



Fonte: dados da pesquisa.

É então que se percebem duas situações. A primeira, quase metade dos PAD instaurados sequer foram julgados e, sem decisão administrativa de controle interno, 49% dos processos de correição de nossa amostra não possuem decisões que possam ser impugnadas pela via jurisdicional.

Essa constatação levada para o macro conjunto permite uma reavaliação: se o crescimento de instaurações de PAD ocorreu nos anos mais recentes, muitos processos desse quantitativo ainda não estariam com decisões constituídas.

Fato que explicaria porque o crescimento de instaurações não é proporcional às impugnações: à medida que as ações judiciais são concluídas, processos de controle interno novos são instaurados. Considerando um lapso temporal próprio para decisão final administrativa, as decisões judiciais de eventuais impugnações somente aparecerão anos depois.

A segunda situação é quanto à conclusão dos processos de correição. A maioria daqueles que estão julgados não resultaram em decisões punitivas. Logo, sem prejuízos decorrentes de responsabilização, não haveria o que impugnar ao Judiciário por absoluta falta de interesse à revisão jurisdicional.

Mas, e quanto ao controle jurisdicional sobre aquela parcela de casos julgados com decisões internas de caráter punitivo?

Pesquisando os processos judiciais envolvendo a UFRB, com o tema “Processo Administrativo Disciplinar”, encontrou-se que quatro dos seis PAD julgados foram objetos de ação judicial e três deles tiveram êxito no controle jurisdicional, resultando, portanto, na anulação de metade das conclusões de controle interno que responsabilizaram agentes públicos por cometimento de condutas administrativas julgadas internamente como infracionais.

Portanto, nota-se que o controle jurisdicional incidiu de forma intensa, anulando metade das decisões de controle interno proferidas no ambiente administrativo do nosso campo de pesquisa.

O resultado desta pesquisa confirma a discussão teórica descrita ao longo do trabalho: o controle jurisdicional da Administração Pública tem se tornado uma segunda instância de processos administrativos, funcionando como esfera de revisão das decisões administrativas internas e, por consequência, sobrepujando o controle interno.

Como se viu nos dados extraídos, o controle jurisdicional não tem se exercido em menor frequência como se poderia pensar, mas em proporção muito elevada se considerarmos a já pequena quantidade de processos de controle internos em que são tomadas decisões administrativas passíveis de contestação. Na visão de Bruno Dantas, essa hipertrofia do controle gera a infantilização da

gestão pública, onde os gestores da administração pública “têm evitado tomar decisões inovadoras por receio de terem atos questionados” (DANTAS, 2020, p. 275).

Estabelecendo-se o Judiciário neste patamar superior intangível do qual não é possível contestar, a Administração Pública observa seus processos internos se esvaírem em procedimentos dependentes de chancela de validação externa do crivo de legalidade.

Esse esforço do controle interno que fica a depender se prevalecerá ou não após a impugnação judicial resulta em prejuízos de ordem financeira e jurídica à gestão pública: financeira, porque processos administrativos inteiros são anulados por decisões judiciais, gerando custos por atos inutilizados em que “cada procedimento disciplinar custa, em média, R\$ 25.023,33” (SOUSA, 2019, p. 2); jurídica porque põe em xeque o critério de legalidade interna da Administração, a qual também possui igual prerrogativa de interpretar a lei e os fatos administrativos ordinários pertinentes à rotina de suas atividades e agentes públicos.

A anulação de um PAD deve ser feita com cautelosa ponderação. Não se quer dizer que deve ser recusado o acesso ao controle jurisdicional de decisões teratológicas, tomadas ao arrepio da lei. Mas a alarmante atuação jurisdicional sobre processos de controle interno, pertencentes ao espaço do mérito administrativo, sinaliza ruptura na ordem natural das coisas, em alargamento do controle jurisdicional em detrimento do controle administrativo interno.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A célebre teoria de Ernest Kantorowicz é tomada como um paralelo originário para muitas outras teorias modernas administrativistas sobre o Estado e suas autoridades. A partir dela, estudam-se as raízes doutrinárias as quais legitimam os agentes públicos, suas condições enquanto cidadãos investidos de uma função pública e suas responsabilidades em materializar o interesse do Estado

a partir dos atos humanos desses agentes. Assim como a concepção do Rei de Ernest Kantorowicz - metade Deus, metade homem - o Estado moderno possui uma áurea de potestade que alça seus interesses a um patamar de supremacia, mas também é sujeito a erros pela constituição humana de sua gestão. As relações entre o controle interno e o controle externo da Administração Pública encontram similar analogia aos dois corpos do Rei.

Se o controle externo tem como parâmetro a resolução do conflito em uma direção exógena, envolvendo a relação da Administração Pública com a comunidade externa da sociedade, o controle interno se encarrega da resolução do conflito em uma direção endógena, analisando a relação da Administração com sua comunidade interna de agentes públicos sob sua subordinação. É o exercício da fiscalização de seus domínios e da conduta daquele que estão incumbidos de atuar sob sua legitimidade. Um ato de auto avaliar-se.

Esse processo de controle interno e sua legitimidade constitucional têm como premissa permitir que a Administração Pública verifique seus aspectos frágeis, aprimore seus conceitos e atividades, zelando pela constante eficiência de seus procedimentos em prol da consecução dos direitos que tem por dever prestar. Sobretudo, o controle interno está intimamente ligado à noção de democracia porque possibilita a transparência dessa avaliação interna, mostrando à sociedade como vem aprimorando e submetendo sua gestão ao escrutínio do titulares do poder.

Por tais razões, é inegável a relevância que o controle externo jurisdicional e o controle interno administrativo possuem para a Administração Pública em um Estado Democrático. A controvérsia estudada neste trabalho surge a partir do ponto em que a hipertrofia de um controle se sobrepõe a outro, ameaçando a coesão dos sistemas constitucionalmente estabelecidos pela ingerência de espaços de competências.

É certo que o controle externo se afigura, por vezes, como *ultima ratio* da aferição de legalidade dos atos administrativos, mas a questão está em saber em que medida esse controle pode ser exercido a fim de que não extrapole seus limites?

Os dados preliminares aqui trazidos já evidenciam uma necessidade: repensar os espaços de atuação e limites nas relações entre os meios de controle. Assim como não é possível admitir uma gestão pública sem que seus atos sejam submetidos ao crivo de legalidade jurisdicional em casos, não é admissível substituir os gestores administrativos por um governo de juízes, onde a palavra final da execução, interpretação e estruturação interna pertença a atores fora dessa rotina e desconhecidos das nuances internas. Se o controle deve ter seus limites, o poder do controle também o deve.

## REFERÊNCIAS

ALMADA, Laís Palazzo. **Conceitos Jurídicos Indeterminados No Contexto Das Agências Reguladoras De Petróleo e Gás Natural: Uma Análise Comparativa Entre Estados Unidos e Brasil**. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2014.

ANDRÉ, Marli Eliza Dalmazo Afonso de. **Estudo de caso em pesquisa e avaliação educacional**. Brasília: Liberlivros, 2005.

AVRITZER, Leonardo; FILGUEIRA, Fernando. **Corrupção e controles democráticos no Brasil**. Brasília: CEPAL, Escritório no Brasil/IPEA, 2011.

BARBOSA, Claudia Maria. A juristocracia no Brasil e o futuro da Constituição. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, Santa Maria, RS, v. 14, n. 2, e34100, maio/ago. 2019, p. 1-24.

BARROS, Lucivaldo Vasconcelos. TCU: Presença na história nacional. *In*: BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Prêmio Serzedello Corrêa 1998: Monografias Vencedoras**. Brasília: TCU, Instituto Serzedello Corrêa, 1999, 281p. Disponível em: < <https://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file//fileDownload.jsp?fileId=8A8182A24C00AE30014C56CD03AA5B0A&inline=1>>. Acesso em 09 out. 2020.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Revista de Direito do Estado**, Salvador, ano 4, n. 13, jan./mar 2009. p. 71-91.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 2. ed. São Paulo: Renovar, 2008.

BOBBIO, Norberto. **O Futuro da Democracia**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 7. ed., Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2000.

BRASIL. Controladora Geral da União. **Dados abertos – Processos Disciplinares**. Brasília: CGU/PAD, 2020. Disponível em: < <https://www.gov.br/cgu/pt-br/aceso-a-informacao/dados-abertos/arquivos/cgu-pad>. Acesso em: 10 out. 2020.

BUCCI, Maria Paula Dallari. Controle judicial de políticas públicas: possibilidades e limites. **Revista Fórum Administrativo: Direito Público** [recurso eletrônico], Belo Horizonte, v. 9, n. 103, p. 7-16, set. 2009. Disponível em: <<http://dspace/xmlui/bitstream/item/5800/PDIexibepdf.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 20 out. 2020.

BUNGE, Mário. **Epistemologia: curso de atualização**. Tradução de Cláudio Navarra. 2. ed. São Paulo: T. A. Queiroz: Editora da Universidade de São Paulo, 1980.

CANÊDO, Letícia Bicalho. Aprendendo a votar. *In*: PINSKY, J.; PINSKY, C. B. (orgs.). **História da cidadania**. São Paulo: Contexto, 2003. p. 516-543.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.

CARDIN, Shieley Aparecida; GUIMARÃES, Flávia Raphaella Freitas Bueno; BARBOSA, Marcus Vinícius; MONTEIRO, Adival de Sousa; LOPES, Paloma de Lavor. Controle interno na administração pública como ferramenta para economicidade de processos. *In*: SIMPÓSIO DE EXCELÊNCIA EM GESTÃO E TECNOLOGIA DA ASSOCIAÇÃO EDUCACIONAL DOM BOSCO, 12, 2015. **Anais [...]**. Resende: SEGET, 2015. p. 1-17. Disponível em: <https://www.aedb.br/seget/arquivos/artigos15/35622398.pdf>

CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil: o longo Caminho**. 3. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

CASTRO, Rodrigo Pironti de. **Controle Interno da Administração Pública: uma perspectiva do modelo de gestão administrativa**. Curitiba: PUC Paraná/ Curitiba, 2007.

CHAMOUN, Rodrigo Flávio Freire Farias. Os tribunais de contas na era da governança pública: focos, princípios e ciclos estratégicos do controle externo. *In*: LIMA, Edilberto Carlos Pontes (Coord.). **Tribunal de Contas do século XXI**. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 313-336.

DANTAS, Bruno. Consensualismo, eficiência e pluralismo administrativo: um estudo sobre a adoção da mediação pelo TCU. **Revista Jurídica da Presidência**, Brasília, v. 22, n. 127, jun./set. 2020, p. 261-280. Disponível em: < <http://dx.doi.org/10.20499/2236-3645.RJP2020v22e127-2304>>. Acesso em: 02 out. 2020.

DEMO, Pedro. **Pesquisa e construção do conhecimento: metodologia científica no caminho de Habermas**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1994.

GIL, Antônio Carlos. **Método e Técnicas de Pesquisa Social**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **The Federalist Papers**, n. 51, 1788. The Avalon Project: Documents in Law, History and Diplomacy, New Haven: Yale Law School, Lillian Goldman Law Library, 2008. Disponível em: <[https://avalon.law.yale.edu/18th\\_century/fed51.asp](https://avalon.law.yale.edu/18th_century/fed51.asp)>. Acesso em: 16 out. 2020.

HOBBS, Thomas. **Leviatã: ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil**. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

KANTOROWICZ, Ernst. H. **Os dois corpos do rei: um estudo sobre teoria política medieval**. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 34. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2008.

MENDONÇA, Paulo Roberto Soares. **A argumentação nas decisões judiciais**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

MOSSÉ, Claude. **Instituições Gregas**. Lisboa: Edições 70, 1985.

PAIVA, Paulo. Juristocracia? *In*: FELLET, André Fernandes; PAULA, Daniel Giotti; NOVELINO, Marcelo. (org.). **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: Juspodivm, 2011. p. 499-528.

PAIXÃO, C. Direito, política, autoritarismo e democracia no Brasil: da Revolução de 30 à promulgação da Constituição da República de 1988. **Revista Iberoamericana de Filosofia, Política y Humanidades**, Araucária: UnB, ano 13, n. 26, p. 146-169, 2011.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Ação afirmativa: o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica. **Revista de informação legislativa**, v. 33, n. 131, p. 283-295, jul./set. 1996.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma revolução democrática da justiça**. São Paulo: Cortez, 2011.

SILVA, André Luiz Olivier da. Os Direitos Humanos e o Estado “natural” de Fundamentação dos Direitos. **Sequência (Florianópolis)**, Florianópolis, n. 71, p. 133-154, dez. 2015. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S2177-70552015000200133&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2177-70552015000200133&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em: 19 Out. 2020.

SILVA, Pedro Gabriel Kenne da. O papel do controle interno na administração pública. **ConTexto - Revista do Programa de Pós-Graduação em Controladoria e Contabilidade da UFRGS**, Porto Alegre: UFRGS, v. 2, n. 2, p. 1-16, 2002.

SOUSA, Manoel Messias de. *O custo dos procedimentos disciplinares*. **Revista Direito & Justiça**, n. 20347, fev. 2019, p. 2. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/568349>>. Acesso em: 16 out. 2020.

Lucas Correia Lima

**SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Súmulas do Superior Tribunal de Justiça.** Brasília: STJ, 2020. Disponível em: [http://www.stj.jus.br/docs\\_internet/SumulasSTJ.pdf](http://www.stj.jus.br/docs_internet/SumulasSTJ.pdf). Acesso em: 12 out. 2020.

SWEET, Alec Stone. **Governing with Judges, Constitutional Politics in Europe.** Oxford: Oxford University Press, 2002.

**SUBMETIDO:** 18/01/2021

**APROVADO:** 05/04/2021

## **ANÁLISE COMPARATIVA DOS CRIMES DE FEMINICÍDIO NA AMÉRICA LATINA**

### **COMPARATIVE ANALYSIS OF FEMINICIDE CRIMES IN LATIN AMERICA**

#### **Manoel Rufino David de Oliveira**

Doutorando em Direito pela Universidade Federal do Pará (UFPA). Mestre em Direitos Humanos pela UFPA. Bacharel em Direito pela UFPA. Professor universitário na UFPA, na Faculdade Faci Devry Belém e na Escola Superior Madre Celeste (ESMAC).

Orcid: <http://orcid.org/0000-0002-3604-086X>

*E-mail:* [manoelrufinoadv@gmail.com](mailto:manoelrufinoadv@gmail.com)

#### **Tainá Ferreira e Ferreira**

Doutoranda em Direito pela UFPA. Mestra em Direitos Humanos pela UFPA. Professora substituta da UFPA. Assessora do Juízo da 3 Vara Criminal de Marituba/PA.. Especialista em Ciências Criminais pela PUC/Minas.

Orcid: <http://orcid.org/0000-0003-2291-9280>

*E-mail:* [ferreira.taina@yahoo.com.br](mailto:ferreira.taina@yahoo.com.br)

#### **Resumo**

No presente estudo, objetiva-se analisar como o feminicídio é criminalizado no contexto latino-americano, a partir de uma análise comparativa da legislação penal desses países. Primeiramente, foi realizado um diagnóstico do processo de criminalização do feminicídio nos países da América Latina, para, em seguida, comparar os crimes de feminicídio, em especial quanto à sua forma de incorporação legal e estrutura do tipo penal. Por fim, buscou-se refletir sobre as vantagens e riscos desse processo de criminalização. As ferramentas metodológicas adotadas foram a revisão bibliográfica e a documental, esta última realizada mediante uma análise comparativa das legislações penais dos países da América Latina e os seus respectivos tipos penais de feminicídio. Ao final, concluiu-se que praticamente todos os países latino-americanos criminalizam o feminicídio.

Contudo, dependendo se a incorporação se originou de legislação autônoma ou de alteração do Código Criminal, se o crime de feminicídio consiste numa qualificadora do homicídio ou crime específico, bem como, se o tipo penal é mais específico ou genérico, as consequências no enfrentamento do feminicídio serão diferentes.

**Palavras-chave:** Feminicídio. América Latina. Criminalização.

### **Abstract**

*This study aims to analyze how the femicide is criminalized in the Latin American context, based on a comparative analysis of the criminal legislation of these countries. First, we presented a diagnosis of the criminalization of femicide in Latin American countries, and then, we compared the crimes of femicide, especially in terms of legal incorporation and criminal structure. Finally, we discussed the advantages and risks of criminalizing femicide in Latin American countries. We adopted as methodological tools the bibliographic review and the documentary review, the latter carried out from a comparative analysis of criminal laws of Latin American countries. We concluded that in practically all Latin American countries the femicide is criminalized. However, depending on whether the incorporation was based on autonomous legislation or amendment to the Criminal Code, and whether the crime of femicide consists of a qualifier for homicide or a specific crime, or whether the criminal type is more specific or generic, the consequences on confronting femicide are different.*

**Keywords:** Femicide. Latin America. Criminalization.

## **1 INTRODUÇÃO**

O Observatório de Igualdade de Gênero da Organização das Nações Unidas (2018) denunciou recentemente que, na maioria dos países latino-americanos, houve um aumento de índices de ocorrência de feminicídio entre os anos de 2005 e 2018. Por exemplo, o Brasil apresentou aumento de 4,78% nos

índices de feminicídios, o que corresponde a 55 vítimas a mais no ano de 2018. O México apresentou, por sua vez, aumento de aproximadamente 18,2% em 2018 em relação a 2017, contabilizando 138 vítimas a mais. O Peru apresentou aumento de 12,94% em seus índices de feminicídio em 2018, o que corresponde a 15 vítimas a mais em comparação ao ano de 2017 (ONU, 2018, p. 1).

Contudo, alguns países apresentaram redução dos índices, como El Salvador, que teve redução em números absolutos de 122 casos, contabilizando 34,5% feminicídios a menos. Outro exemplo de redução foi na Guatemala, onde houve 46 casos a menos de feminicídios nos últimos anos, correspondendo a 21,2% de redução dos índices (ONU, 2018, p. 1). Esses países onde houve considerada redução de índices de ocorrência foram justamente países que adotaram legislação específica sobre violência de gênero para criminalizar os casos de feminicídio, enquanto que, os países que apresentaram aumento foram os que apenas promoveram alterações legislativas em Códigos já vigentes, a fim de punir e tipificar o feminicídio.

Esses dados trazidos pelas Nações Unidas evidenciam que, embora se tratem de países com um contexto cultural, político e jurídico semelhante, existem diferenças nas políticas de enfrentamento do feminicídio. Os tipos penais de “femicídio” surgiram na América Latina como forma de politizar os assassinatos de mulheres produzidos num contexto de violência contra a mulher<sup>1</sup> e de negligência estatal, a fim de buscar mais efetividade nos julgamentos desses crimes e, mais ainda, denunciar o descaso e a cumplicidade do Estado. Contudo, cada país da América Latina incorporou e estruturou esse tipo penal de “femicídio” da sua própria maneira, o que traz diversas consequências práticas e jurídicas importantes de serem discutidas.

---

1 Para o presente trabalho, entende-se o conceito de “violência contra a mulher” de acordo com a Convenção de Belém do Pará, tratado internacional de direitos humanos adotado pela Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos (OEA) em 1994 e ratificada pelo Brasil em 1995, que prevê em seu artigo 1 a violência contra a mulher como qualquer ato ou conduta baseada no gênero, que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, tanto na esfera pública como na esfera privada.

Com base nessas questões arguidas, adotou-se a seguinte indagação de pesquisa para este trabalho: como os países da América Latina criminalizam o feminicídio?

E, para responder a essa questão, foram definidos os seguintes objetivos específicos: realizar um diagnóstico da criminalização do feminicídio nos países da América Latina; comparar os crimes de feminicídio existentes na América Latina, em especial quanto à incorporação, natureza e taxatividade do tipo penal; e refletir sobre o processo de criminalização do feminicídio nos países latino-americanos.

Para pensar a respeito da criminalização do feminicídio nos países da América Latina, é incontornável o estudo do feminicídio enquanto violência de gênero, a partir de uma revisão bibliográfica de autoras, como Patsiló Vasquez e Rita Segato. Além disso, para compreensão do feminicídio sob a ótica da criminologia feminista, foram utilizadas obras de autoras, entre elas, Carmen Hein de Campos, Denice Santiago Twig Lope. Por fim, o trabalho parte de uma análise documental da legislação penal de 20 países da América Latina, de forma a verificar se existem tipos penais de feminicídio em seu ordenamento jurídico e, caso positivo, de que maneira esses tipos penais foram incorporados e estruturados.

## **2 DIAGNÓSTICO DOS TIPOS PENAIS DE FEMINICÍDIO NA AMÉRICA LATINA**

A tipificação do crime de feminicídio não foi facilmente aceita nos crimes do direito penal interno dos países da América Latina e Caribe. Pelo contrário, o direito penal desses países contribuiu historicamente para a subordinação das mulheres: o tratamento jurídico específico de homicídios de mulheres pela lei penal possui um antecedente histórico longo no contexto de diversos códigos criminais do continente europeu, embora não para efetivamente proteger mulheres do feminicídio.

Como exemplo, na Itália, foi introduzido em 1981 o crime de homicídio privilegiado, praticado pelo marido, pai ou irmão que causa a morte de uma mulher por motivos de honra. Esse crime era sancionado no ordenamento jurídico italiano com pena de prisão de 3 a 7 anos de prisão, enquanto qualquer outro homicídio era sancionado com prisão de, no mínimo, 20 anos (VÁSQUEZ, 2017, p. 47-48). Outras previsões legais similares foram reproduzidas nos países latino-americanos, como parte do legado colonial europeu.

Atualmente, a maioria das previsões legais na área penal foram retiradas dos ordenamentos jurídicos contemporâneos de países da Europa Ocidental, da América Latina e do Caribe, mas suas consequências culturais continuam enraizadas em nossas sociedades e nas práticas legais e judiciárias desses países. A ocorrência do fenômeno de feminicídio não tem diminuído no contexto latino-americano e caribenho, razão pela qual organizações internacionais e movimentos sociais começaram a demandar a produção de leis que tipificassem de maneira específica o crime de feminicídio nesses países.

Essa demanda de criação do tipo penal de feminicídio foi originada da constatação de que a violência baseada no gênero era naturalizada ou mesmo ignorada pelo direito penal, levando à conclusão de que os direitos humanos das mulheres não eram objeto de proteção adequada (CAMPOS, 2015, p. 105). É nesse contexto que, a partir dos anos 2000, surgiram os diversos conceitos jurídicos de feminicídio na América Latina onde os países promoveram e aprovaram reformas legais, tipificaram a violência contra as mulheres e incluíram em suas legislações o crime de feminicídio.

Em se fazendo um diagnóstico da criminalização do feminicídio na América Latina, verifica-se que o surgimento de tipos penais de feminicídio nos ordenamentos jurídicos dos países latino-americanos tornou o cenário teórico relacionado a esse fenômeno mais complexo, levando em consideração que esses países introduziram os crimes de maneiras diferentes em seus ordenamentos jurídicos. Dessa maneira, neste trabalho, propõe-se realizar uma análise comparativa dos documentos legais que introduzem o crime de feminicídio nos seus respectivos países.

Para realizar essa análise, adotou-se como conceito de América Latina a região do continente americano que engloba os países dominados pelos impérios coloniais europeus espanhol e português, onde hoje são faladas, primordialmente, línguas românicas, derivadas do latim, como espanhol, português e francês. Nesse caso, estão englobados no conceito de América Latina uma totalidade de 20 países: Argentina, Bolívia, Brasil, Chile, Colômbia, Costa Rica, Cuba, Equador, El Salvador, Guatemala, Haiti, Honduras, México, Nicarágua, Panamá, Paraguai, Peru, República Dominicana, Uruguai e Venezuela (SOUZA, 2011, p. 30).

Uma vez feito o recorte dos países a serem analisados na presente pesquisa, foi realizada a revisão documental legislativa em seus respectivos ordenamentos jurídicos, de forma a verificar se estes possuem um tipo penal relativo ao “feminicídio”. Caso houvesse a referida previsão legal, foi também analisado o tipo de documento legal que introduziu esse crime, a saber, um Código Penal, uma Lei Penal Especial, uma Lei de Identidade de Gênero, entre outros. Além disso, foi anotada a forma pela qual o crime foi estruturado nesse documento legal, se crime autônomo, qualificadora ou causa de aumento de pena, por exemplo.

Portanto, a partir da coleta de dados, foi possível produzir a seguinte tabela comparativa:

**Tabela 1 - Criminalização do feminicídio na América Latina**

País	Documento legal	Forma de criminalização do feminicídio
Argentina	Código Penal de la Nación Argentina, alterado pela Ley 26.791 de 2012	O feminicídio é definido no artículo 80, 11, como homicídio qualificado em razão de ter sido praticado contra mulher em decorrência do seu gênero ou quando o agressor era seu cônjuge. O crime é punido com prisão perpétua.

País	Documento legal	Forma de criminalização do feminicídio
Bolívia	Ley 348 de 2013 (Ley Integral Para Garantizar a las Mujeres una Vida Libre de Violencia)	O feminicídio é definido no artículo 7, 2, como o crime específico praticado em nove hipóteses legais de violência de gênero, igualmente punidas com pena de prisão de 30 anos, sem direito a indulto. A lei especifica que aos crimes de feminicídio não se aplica redução de pena por terem sido cometidos em estado de violenta emoção.
Brasil	Código Penal Brasileiro, alterado pela Lei 13.104 de 2015 (Lei do Femicídio)	O feminicídio é definido no artigo 121, § 2º, inciso VI, como homicídio qualificado por ter sido praticado contra a mulher em razão da condição do sexo feminino, recebendo uma pena maior que a de homicídio simples.
Chile	Código Penal de la República del Chile, alterado pela Ley 20.480 de 2010	O feminicídio é definido no artículo 390 como o homicídio qualificado no qual a vítima é cônjuge do agressor ou habitou/habita com ele. Contudo, a lei não se aplica, se não existir esse tipo de relação entre agressor e vítima.
Colômbia	Código Penal Colombiano (Ley 599 de 2000), alterado pela Ley 1.761 de 2015 (Ley Rosa Elvira Cely)	O feminicídio é definido no artículo 104A como crime específico, praticado contra uma mulher em razão do seu gênero, efeito jurídico que se aplica a todos os crimes ligados à violência de gênero, possui sete circunstâncias agravantes de pena e é punido com prisão de 250 a 500 meses.

País	Documento legal	Forma de criminalização do feminicídio
Costa Rica	Ley 8.589 de 2007 (Ley de penalización de la violencia contra las mujeres)	O feminicídio é definido no artículo 21 como o crime específico praticado por aqueles que matam uma mulher com quem mantém um casamento, em união de fato ou não, punido com prisão de 20 a 35 anos.
Cuba		Não há lei que criminaliza de forma específica a conduta de “feminicídio”
Equador	Código Orgánico Integral Penal de 2014	O feminicídio é definido no artículo 141 como o crime específico praticado contra pessoa que, como resultado de relações de poder manifestadas em qualquer tipo de violência, de morte para uma mulher pelo fato de ser assim ou por sua condição de gênero, punido com pena de prisão de v22 a 26 anos. O crime ainda possui quatro modalidades qualificadas.
El Salvador	Decreto 520 de 2010 (Ley Especial Integral para una Vida Libre de Violencia para las Mujeres)	O feminicídio é definido no artículo 45 como o crime específico no qual se causa a morte de uma mulher por meio de ódio ou desprezo por sua condição de mulher, em determinadas situações de violência de gênero, punida com prisão por 20 a 35 anos de prisão. O crime ainda possui cinco modalidades qualificadas.

País	Documento legal	Forma de criminalização do feminicídio
Guatemala	Decreto 22 de 2008 (Ley contra el femicidio y otras formas de violencia contra la mujer)	O feminicídio é definido no artículo 6 como o crime específico praticado por quem, no quadro de relações desiguais de poder entre homens e mulheres, mata uma mulher, devido ao seu status de mulher, dentro de determinadas circunstâncias de violência de gênero, punido com pena de prisão de 25 a 50 anos, sem possibilidade de redução de pena ou medida substitutiva de prisão.
Haiti		Não há lei que criminaliza de forma específica a conduta de “feminicídio”
Honduras	Código Penal de Honduras (Decreto 144 de 1983), alterado pelo Decreto 23 de 2013	O feminicídio é definido no artículo 118-A como o crime específico, no qual um homem cause a morte de uma mulher em razão de gênero, por ódio e desconsideração de sua condição de mulher, sendo o criminoso punido com uma pena de 30 a 40 anos de prisão.
México	Código Penal Federal do México, alterado pela Ley general de acceso de las mujeres a una vida libre de violencia de 2017	O feminicídio é definido no artículo 325 como o crime específico praticado por quem priva uma mulher da vida em razão de gênero, dentro de oito circunstâncias de violência de gênero, cuja punição é de 40 a 60 anos de prisão e 500 mil dias de multa.

País	Documento legal	Forma de criminalização do feminicídio
Nicarágua	Lei 779 de 2012 (Ley Integral Contra la Violencia Hacia las Mujeres)	Em 2013, o feminicídio foi definido no artículo 9 como o crime específico praticado pelo homem que, no quadro de relações desiguais de poder entre homens e mulheres, mata uma mulher na esfera pública ou privada, em determinadas circunstâncias de violência de gênero. Contudo, em julho de 2014, o presidente Daniel Ortega produziu um decreto presidencial que enfraqueceu as penalidades da lei e reduziu as hipóteses de feminicídio, aplicadas agora apenas quando ocorridas dentro do contexto de relações interpessoais.
Panamá	Código Penal de la República de Panama, alterado pela Ley 82 de 2013	O feminicídio é definido no artículo 132-A como o homicídio qualificado no qual se causa a morte de uma mulher por pertencer ao sexo feminino, por discriminação ou qualquer outra forma de violência.
Paraguai	Ley 5777 de 2016 (Ley de protección integral a las mujeres contra toda forma de violencia)	O feminicídio é definido no artículo 50 como “violência feminicida”, crime específico praticado por quem atenta contra o direito fundamental à vida e causa ou tenta causar a morte de mulheres e é motivado por seu status como tal, tanto na esfera pública quanto na privada.
Peru	Código Penal del Perú, alterado pela Ley 30.068 de 2013	O feminicídio é definido no artículo 108-A como o crime específico praticado por quem mata uma mulher por sua condição de mulher, em sete contextos específicos de violência de gênero, sendo o culpado punido com prisão não inferior a 15 anos ou perpétua caso incidam duas ou mais agravantes.

País	Documento legal	Forma de criminalização do feminicídio
República Dominicana	Código Penal de la República Dominicana (Ley 550 de 2014)	O feminicídio é definido no artículo 100 como o crime específico praticado por quem, no âmbito de ter tido ou fingir ter um relacionamento, mata uma mulher intencionalmente comete feminicídio, e será punido com 30 a 40 anos de prisão.
Uruguai	Código Penal de Uruguay, alterado pela Ley 19.538 de 2017	O feminicídio é definido no artículo 312 como homicídio qualificado, praticando toda vez que cometido contra uma mulher por ódio ou desprezo, por causa de sua condição, de ser mulher
Venezuela	Ley 38.668 de 2007 (Ley Orgánica sobre el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia), alterada pela Gaceta Oficial 40.548 de 25 de novembro de 2014	O feminicídio é definido no artículo 57 como crime específico, a partir de uma alteração legislativa em 2014 que incluiu na referida lei o crime “femicídio”, enquanto a forma extrema de violência de gênero, causada pelo ódio ou desprezo à condição de mulher, que degenera na sua morte, produzidas tanto em âmbito público como privado.

Fonte: Argentina (1984; 2012), Bolívia (2013), Brasil (1940; 2015), Chile (1874; 2010), Colombia (2000; 2015), Costa Rica (2007), Equador (2014), El Salvador (2010), Guatemala (2008), Honduras (1983; 2013), Mexico (1931; 2017), Nicaragua (2012), Panama (2007; 2013), Paraguai (2016), Peru (1991; 2013), República Dominicana (2014), Uruguai (1934; 2017) e Venezuela (2007).

Como se percebe da coleta de dados, a maioria dos países da América Latina possuem tipos penais específicos sobre feminicídio, nominados de “feminicídio”, “femicídio” ou ainda “violência feminicida”. Contudo, Cuba e Haiti ainda não possuem previsão legal do fenômeno, aplicando a esses casos a legislação pertinente ao crime de homicídio de forma genérica. A partir desses dados, é possível realizar uma análise comparativa dos tipos penais de feminicídio na América Latina, pois foram verificadas determinadas semelhanças e diferenças nas seguintes questões: forma de incorporação desses tipos penais no ordenamento jurídico (Código Penal, lei penal específica ou lei de identidade de gênero); natureza do tipo penal (crime autônomo, qualificadora ou causa de aumento de pena); e taxatividade (tipos penais mais específicos ou mais abertos).

### **3 ANÁLISE COMPARATIVA DOS TIPOS PENAIS DE FEMINICÍDIO: INCORPORAÇÃO LEGAL, NATUREZA DO TIPO PENAL E TAXATIVIDADE DA CONDUTA**

Ao comparar os tipos penais de feminicídio existentes nos países latino-americanos, em primeiro lugar, notam-se semelhanças e diferenças em razão da forma de incorporação desse crime no ordenamento jurídico do país. Alguns países incorporaram o tipo penal por meio de leis específicas que tratam da proteção da mulher em face da violência de gênero, ao passo que em outros se deu por meio de alterações legais em seus respectivos códigos penais.

Como se pode perceber da análise comparada das legislações apresentadas anteriormente, 18 (dezoito) países da América Latina que criminalizam o feminicídio de forma expressa, 6 (seis) países adotam legislação específica sobre violência de gênero, na qual é previsto o tipo penal específico de feminicídio: Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Nicarágua, Paraguai e Venezuela. Contudo, a maioria, 12 (doze) países, preferiram a alteração dos seus respectivos Códigos

Penais como estratégia legislativa de criminalização do feminicídio: Argentina, Bolívia, Brasil, Chile, Colômbia, Equador, Honduras, México, Panamá, Peru, República Dominicana e Uruguai.

A partir desses dados, verifica-se uma preferência política pela incorporação legal do feminicídio como uma alteração legislativa do Código Penal, em detrimento à criação de uma legislação específica sobre gênero. Saber a forma de incorporação legal do feminicídio no ordenamento jurídico é importante, pois a forma de incorporação influencia na extensão do efeito simbólico dessa criminalização. Além disso, quando um país utiliza uma lei de identidade de gênero ou uma lei de violência contra a mulher, isso influencia a estrutura interpretativa desse ilícito.

Essa preferência em criminalizar o feminicídio por meio de alteração no Código Penal, mediante a inserção de um tipo penal ou de uma qualificadora de homicídio nesse compêndio legislativo, pode ocorrer tendo em vista uma estratégia política específica. Quando se fala sobre a aprovação parlamentar das propostas de alteração da legislação penal nacional, é mais fácil aprovar a alteração de um artigo no Código Penal do país do que uma lei específica que prevê um sistema jurídico autônomo de proteção em face da violência de gênero.

Uma segunda diferença é a natureza conferida ao tipo penal do feminicídio. Alguns países caracterizaram o feminicídio como um crime autônomo, ao passo que outros caracterizaram como qualificadora do crime de homicídio. Nesse caso, é notório que a grande maioria dos países da América Latina optou por reconhecer o feminicídio como um crime específico, uma vez que 13 países adotaram essa forma de tipificação: Bolívia, Colômbia, Costa Rica, Equador, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicarágua, Paraguai, Peru, República Dominicana e Venezuela.

É importante mencionar que, embora a maioria dos países tenha decidido reconhecer o feminicídio como um crime específico, ainda existe uma resistência de advogados, magistrados, delegados, promotores e procuradores públicos latino-americanos em utilizar o tipo penal específico de feminicídio (VASQUEZ, 2017, p. 52). Muitos desses profissionais jurídicos continuam usando os crimes “neutros” já

existentes, dando preferência à tipificação do homicídio “comum” em detrimento ao feminicídio, principalmente no caso dos países onde a pena desses crimes seja a mesma. Essa prática configura uma estratégia de “apagamento” do tipo penal, visando escamotear as discussões sobre violência de gênero no Direito.

Nos países em que o feminicídio foi tipificado como qualificadora do homicídio também existe semelhante resistência entre os profissionais jurídicos, pois nesses países é visível uma preferência por reconhecer outras qualificadoras de homicídio com uma sanção semelhante, em vez da qualificadora do feminicídio. Isso se dá, principalmente, em razão de não existir incentivo ou interesse para investigar os elementos que possivelmente constituem o feminicídio, algo que demandaria uma verificação mais ampla por meio de protocolos de investigação policial e instrução processual específicos (VASQUEZ, 2017, p. 52). Esse foi o caso conferido em 5 (cinco) países da América Latina que optaram por reconhecer o feminicídio como qualificadora do homicídio: Argentina, Brasil, Chile, Panamá e Uruguai.

Nesse sentido, tratando especificamente do Brasil, as autoras Bianchini, Bazzo e Chakian (2021, p. 285-311) destacam que, mesmo após o advento da lei de feminicídio, ainda é comum os registros de falta de consideração da qualificadora a partir da fase policial com reflexos inclusive na jurisprudência pátria. O que ocorre, segundo as pesquisadoras, é que o conceito de violência de gênero, extraído de legislações também internacionais, nem sempre está em consonância com a interpretação adotada pelos julgadores, quando da exegese e aplicação das leis penais especializadas.

Por fim, uma terceira análise que pode ser realizada acerca da criminalização do feminicídio foi a escolha dos países pela adoção de termos mais genéricos ou mais específicos para definir o crime de feminicídio. Uma questão recorrente trazida nas críticas das ciências criminais e dos teóricos em direitos humanos sobre a tipificação do feminicídio é o respeito ao princípio da taxatividade. Muito se alerta para a imprecisão normativa e utilização de termos extremamente abertos que dificultam a compreensão e interpretação dos tipos penais.

Essa indeterminação na descrição do crime de feminicídio ocorre especialmente no uso de termos vagos nos tipos penais, geralmente em razão da falta de técnica legislativa e dificuldade dos legisladores de efetivar a transposição para a esfera criminal de conceitos desenvolvidos nas Ciências Sociais. Essa imprecisão na descrição da conduta do crime afeta principalmente os tipos penais de feminicídio com descrição mais geral e aberta, como no caso do tipo penal brasileiro, que reconhece o feminicídio como o homicídio praticado contra a mulher por conta da condição do sexo feminino, simplesmente.

Essa imprecisão gera diversos questionamentos que ficam a cargo de profissionais jurídicos, geralmente homens, produzirem respostas: esse crime se aplica apenas ao agressor homem? Esse crime inclui mortes de mulheres praticados apenas na esfera privada, apenas na esfera pública ou nos dois? Esse crime deve decorrer de uma relação prévia entre agressor e vítima? Esse crime inclui quais tipologias de feminicídio (íntimo, familiar, sexual, por conexão)?

Para evitar essa imprecisão e tornar seus tipos penais mais adequados ao princípio da taxatividade, muitos países, como Peru, México, Guatemala, El Salvador e Bolívia, optaram por elencar de forma descritiva as circunstâncias nas quais o feminicídio poderia ocorrer. Como uma forma de tornar os tipos penais de feminicídio mais específicos, países como Costa Rica e Chile mencionaram expressamente que a prática desses homicídios ocorre em um contexto privado, de relação familiar e/ou doméstica com o agressor.

Esses modelos que, ao contrário, restringem as hipóteses feminicídios a determinadas circunstâncias e hipóteses legais expressas ou àqueles assassinatos praticados na esfera íntima, embora atinjam níveis mais altos de precisão, tendem a constituir apenas uma visão reducionista do feminicídio e acabam por excluir outras formas de produção de mortes de mulheres em razão do gênero, como aquelas praticadas pelo agressor desconhecido no contexto sexual ou na esfera pública.

A complexidade e diversidade de elementos presentes nas legislações que criminalizam o feminicídio nos vários países da América Latina e a variedade

de contextos que esses crimes são praticados na região dificultam a produção de conclusões gerais ou definitivas acerca do tema. As conclusões trazidas até então são análises comparativas iniciais que, ao invés de tentar responder indagações, buscam apresentar indagações e possíveis reflexões a serem desenvolvidas sobre o tema.

Contudo, embora existam vários aspectos nos quais os modelos de criminalização de feminicídio se diferenciem e que, por consequência, tornam a análise do tema uma atividade complexa, é possível apresentar alguns apontamentos iniciais acerca das vantagens geradas a partir da criação de tipos penais específicos do feminicídio, assim como de determinadas preocupações que são trazidas em face da devida interpretação e do processamento dessas previsões legais específicas.

#### **4 VANTAGENS E DESAFIOS NA CRIMINALIZAÇÃO DO FEMINICÍDIO NA AMÉRICA LATINA**

Ao realizar o diagnóstico do processo de criminalização do feminicídio na América Latina e após comparar os tipos penais existentes nos mais diversos ordenamentos jurídicos desses países, a vantagem mais clara dessas previsões legais consiste em tornar visíveis os crimes mais graves que afetam as mulheres e suas particularidades de gênero. O tipo penal de feminicídio constitui, na maioria desses países, o primeiro tipo penal do ordenamento jurídico do país que aborda especificamente a violência contra as mulheres sob uma perspectiva clara de gênero, abandonando expressões neutralizantes, como “violência doméstica ou familiar” ou “crimes sexuais”.

Além disso, ainda pode ser mencionada a importância da criminalização no sentido de incorporar a questão do feminicídio à pauta pública, dotando essa questão de eficácia simbólica e performativa, considerando que o campo jurídico é, acima de tudo, discursivo. Exatamente por este motivo a luta pelo direito é tanto no sentido de formulação de leis quanto na efetivação daquelas já formuladas. A

nomeação passa pela consagração jurídica daquilo que concerne ao sofrimento humano, dá publicidade e permite às pessoas acesso aos códigos em sua condição de narrativa mestra das nações (SEGATO, 2010, p. 250).

Os desdobramentos positivos da criminalização do feminicídio não ocorrem apenas no campo da linguagem e do reconhecimento, mas também no campo prático. Antes da normatização do feminicídio, os diversos tipos de violência contra a mulher eram confundidos, e conseqüentemente não categorizados por parte da polícia investigadora, perdendo-se informações indispensáveis correspondentes às circunstâncias das mortes, tais como o número de ocorrências, a frequência deles e o conhecimento das regiões de maior risco. A própria experiência internacional quanto aos crimes ocorridos na cidade de Juárez (México) deixa patente a indispensabilidade de se ter acesso a formulários elaborados de maneira adequada e responsável para que haja impacto direto sobre a impunidade (SEGATO, 2010, p. 264).

Entretanto, é possível identificar certos riscos associados à criminalização específica do feminicídio. É essencial levar em consideração as práticas judiciais e processuais criminais de cada país ou região, bem como as atitudes de profissionais jurídicos (magistrados, advogados, promotores, defensores públicos, promotores, delegados, policiais) nesses sistemas de justiça criminal, uma vez que suas práticas podem transformar esses avanços em instrumentos jurídicos não aplicados ou aplicados indevidamente, a fim de neutralizar ou subverter seus efeitos. Haja vista a lei mais justa poder se tornar injusta nas mãos de quem não sabe o que é justiça, é igualmente necessário introduzir a perspectiva feminista de justiça na cultura jurídica das pessoas que irão atuar nos processos acerca de crime de feminicídio.

Eugênia Villa (2019, p. 38-39) considera que há no Brasil, especialmente no campo policial, certa confusão de entendimentos sobre as violências baseadas nas relações de gênero e as domésticas, dificultando percepções de outros níveis que não o familiar. Nesse diapasão, a Lei n. 13.104/15 trouxe consigo efeitos nos campos jurídico, social e político, pois, muito embora o “assassinato pela condição

de ser mulher” já fosse conhecido, os casos eram tratados como homicídios “passionais” não se vislumbrando as relações de poder e de controle sobre os corpos femininos. Resta claro, portanto, a necessidade de compreender a complexidade de formas de violência, visíveis e invisíveis, contra a mulher que, como é possível notar, nem sempre é abarcada na descrição dos tipos penais criados. Tem-se a problemática de que a restrição demais do tipo pode deixar de abranger situações e que sua amplitude demasiada pode se tornar o tipo genérico, violando, inclusive, o próprio princípio da legalidade.

Assim, destaca-se a importância do suporte teórico, com consequentes reflexos práticos, do desenvolvimento da criminologia feminista. Em análise ao simbolismo da Lei Maria da Penha (Lei n. 11.340/06), Campos (2017, p. 213) considera significativo o impacto na mudança cultural que foi colocado em curso pela legislação, pois anteriormente a violência doméstica contra mulheres era considerada delito de menor potencial ofensivo. A mesma reflexão pode ser transferida para a questão do feminicídio: com o reconhecimento legal da existência do fenômeno, coloca-se uma luz sobre um problema social que era ignorado até mesmo pelos principais teóricos da criminologia crítica que dentro de seu âmbito de pesquisa deixou de fora os aspectos de gênero necessários para a compreensão dessas problemáticas.

O feminismo provoca deslocamentos discursivos e políticos que tensionam a inscrição de novos sujeitos nas análises criminológicas, indo para além de uma análise genérica, buscando o sujeito concreto, múltiplo submetido a diferentes violências, criminalizações e vitimizações (CAMPOS, 2017, p. 292). Levando em consideração esse pensamento, Isabelle Chehab (2018, p. 82) alerta que historicamente, um dos maiores desafios para os movimentos feministas não apenas no Brasil, mas também no mundo, consiste nas ações deliberadas de silenciamento das mulheres nas esferas política e social, e por essa razão é necessário buscar respostas específicas às diversas violências sofridas pelas mulheres em processo de ressignificação das “velhas violências”.

Nesse sentido, Lopes (2019, p. 135) anuncia a urgência em inserir nas análises criminológicas os marcadores de classe, raça e gênero sob uma perspectiva de interseccionalidade<sup>2</sup>, pois o saber-poder jurídico foi historicamente construído assentado em valores masculinos, racistas e classistas que, disfarçados como discurso de neutralidade e universalidade, ocultaram as diferenças existentes entre homem e mulheres. A universalização ou padronização da categoria mulher, assim como a ausência de debates e de reflexões sobre as questões ligadas à raça, orientação sexual, gênero e classe, tendem a reforçar as desigualdades históricas de mulheres negras também (CHEHAB, 2018, p. 84).

Dessa maneira, entende-se que as legislações e ações voltadas ao enfrentamento da violência contra a mulher precisam constituir um “microssistema” adequado às necessidades de autodefesa contra o machismo, enquanto organismo, para sobreviver (SANTIAGO, 2019, p. 44). Essa adequação reside no fomento de ações preventivas e protetivas, além de pressionar o Estado para a ampliação dos equipamentos e serviços de enfrentamento do fenômeno da violência doméstica e familiar contra a mulher. Resgatando o conceito de feminicídio proposto por Marcela Lagarde (2008), quando se trata de crimes praticados contra mulheres em razão de seu gênero, observam-se estas principais características por parte do Estado: desinteresse, omissão, leniência, demora e impunidade na responsabilização dos agressores. Sendo assim, é essencial e irrefutável que o Estado confira a merecida atenção à essa questão.

---

2 Como explica Carla Akotirene (2019, p. 34), o termo “interseccionalidade” foi criado por Kimberlé Crenshaw em 1989, quando da publicação de seu artigo *Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics*. Posteriormente, em 1991, esse conceito foi melhor explicitado na obra *Mapeando as margens: interseccionalidade, políticas de identidade e violência contra mulheres de cor*, de autoria da mesma autora. Desde então, esse conceito é utilizado para se referir ao paradigma teórico e metodológico da tradição feminista negra de criticar as condições estruturais nas quais o racismo, o sexismo e as violências correlatas se sobrepõem, discriminam e criam encargos singulares às mulheres negras (AKOTIRENE, 2019, p. 35).

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir do diagnóstico da criminalização do feminicídio nos países da América Latina, foi possível atestar que, dos 20 (vinte) países que compõem essa região, 18 (dezoito) criminalizam especificamente a referida prática, com exceção de Cuba e Haiti. A maioria dos países preferiu incorporar esse crime mediante a alteração dos seus respectivos Códigos Penais, tal como na experiência brasileira, ao passo que uma minoria criou lei penal específica sobre violência de gênero. Isso se dá provavelmente em razão da facilidade de aprovar uma mera alteração do Código Penal frente a uma lei específica, posto que esta última receberia mais oposições de congressistas avessos aos pleitos feministas.

Além disso, verificou-se que a maioria dos países da América Latina optou por reconhecer o feminicídio como um crime específico, o que influencia no efeito penal simbólico dessa medida. Contudo, o Brasil, assim como a minoria dos países, incorporou o crime como qualificadora do homicídio. Também foi constatado que alguns países descreveram as condutas de feminicídio de maneira genérica e simplificada, tal como ocorre no Brasil, ao passo que outros previram a conduta de maneira específica, descritiva e taxativa, o que acaba por interferir na compreensão, interpretação e aplicação desses tipos penais.

Posto isto, conclui-se ser indispensável analisar e, cada vez mais, aprofundar o estudo, da tipificação do feminicídio na América Latina, para entender como isso contribuirá para a prevenção, coibição e erradicação desse fenômeno e de outras formas de violência de gênero em cada país ou região, em decorrência das dificuldades específicas apresentadas. Dessa forma, a tipificação do feminicídio pode e deve ser estudada para além de seus aspectos criminais e específicos, levando em consideração aspectos sociais, políticos e estruturais, como as persistentes dificuldades de acesso à justiça para as mulheres, nos casos de violências praticadas na esfera pública ou privada.

## REFERÊNCIAS

AKOTIRENE, Carla. **Interseccionalidade**. São Paulo: Pólen, 2019.

ARGENTINA. **Ley n. 11.179, de 21 de diciembre del 1984**. Código Penal de la Nación Argentina. Disponível em: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/16546/texact.htm>. Acesso em: 20 jan. 2021.

ARGENTINA. **Ley n. 26.791, de 14 de diciembre del 2012**. Disponível em: <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/ley-26791-206018>. Acesso em: 20 jan. 2021.

BOLIVIA. **Ley n. 348, de 9 de marzo del 2013**. Ley Integral Para Garantizar a las Mujeres una Vida Libre de Violencia. Disponível em: [https://oig.cepal.org/sites/default/files/2013\\_bol\\_ley348.pdf](https://oig.cepal.org/sites/default/files/2013_bol_ley348.pdf). Acesso em: 20 jan. 2021.

BIANCHINI, Alice; BAZZO, Mariana; CHAKIAN, Silvia. **Crimes contra mulheres**. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2021.

BRASIL. **Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal Brasileiro. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm). Acesso em: 20 jan. 2021.

BRASIL. **Lei n. 13.104, de 9 de março de 2015**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13104.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13104.htm). Acesso em: 20 jan. 2021.

CAMPOS, Carmen Hein de. **Criminologia Feminista: Teoria feminista e crítica às criminologias**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

CHEHAB, Isabelle Maria Campos Vasconcelos. Movimentos Feministas no Brasil: Ciclos Históricos, Velhos Desafios e Novas Propostas de Resistência no Contexto da Pós-democracia. **Revista Themis**, Fortaleza, v. 16, n. 2, p. 71-89, jul./dez., 2018.

CHILE. **Ley n. 2.561, de 12 de noviembre del 1874.** Código Penal de la República del Chile. Disponível em: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1984>. Acesso em: 20 jan. 2021.

CHILE. **Ley n. 20.480, de 18 de diciembre del 2010.** Disponível em: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1021343>. Acesso em: 20 jan. 2021.

COLOMBIA. **Ley n. 599, de 24 de julio del 2000.** Código Penal Colombiano. Disponível em: [http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_0599\\_2000.html](http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0599_2000.html). Acesso em: 20 jan. 2021.

COLOMBIA. **Ley n. 1.761, de 06 de julio del 2015.** Ley Rosa Elvira Cely. Disponível em: <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=30019921>. Acesso em: 20 jan. 2021.

COSTA RICA. **Ley n. 8.589, de 25 de abril del 2007.** Ley de penalización de la violencia contra las mujeres. Disponível em: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2007/5206.pdf?view=1>. Acesso em: 20 jan. 2021.

EQUADOR. **Código Orgánico Integral Penal, de 03 de febrero del 2014.** Disponível em: [https://oig.cepal.org/sites/default/files/2014\\_codigopenal\\_ecu.pdf](https://oig.cepal.org/sites/default/files/2014_codigopenal_ecu.pdf). Acesso em: 20 jan. 2021.

EL SALVADOR. **Decreto n. 520, de 25 de noviembre del 2010.** Ley Especial Integral para una Vida Libre de Violencia para las Mujeres. Disponível em: [https://www.asamblea.gob.sv/sites/default/files/documents/decretos/171117\\_073006947\\_archivo\\_documento\\_legislativo.pdf](https://www.asamblea.gob.sv/sites/default/files/documents/decretos/171117_073006947_archivo_documento_legislativo.pdf). Acesso em: 20 jan. 2021.

GUATEMALA. **Decreto n. 22, de 09 de abril del 2008.** Ley contra el femicidio y otras formas de violencia contra la mujer. Disponível em: [https://www.oas.org/dil/esp/Ley\\_contra\\_el\\_Femicidio\\_y\\_otras\\_Formas\\_de\\_Violencia\\_Contra\\_la\\_Mujer\\_Guatemala.pdf](https://www.oas.org/dil/esp/Ley_contra_el_Femicidio_y_otras_Formas_de_Violencia_Contra_la_Mujer_Guatemala.pdf). Acesso em: 20 jan. 2021.

HONDURAS. **Decreto n. 144, de 26 de septiembre del 1983.** Código Penal de Honduras. Disponível em: [https://www.oas.org/dil/esp/Codigo\\_Penal\\_Honduras.pdf](https://www.oas.org/dil/esp/Codigo_Penal_Honduras.pdf). Acesso em: 20 jan. 2021.

HONDURAS. **Decreto n. 23, de 06 de abril del 2013**. Disponível em: <https://observatoriointernacional.com/honduras-discriminacion-decreto-232013/>. Acesso em: 20 jan. 2021.

LAGARDE, Marcela. Antropología, feminismo y política: violencia feminicida y derechos humanos de las mujeres. *In*: BULLEN, Margaret Louise; MINTEGUI, María Carmen Díez. **Retos teóricos y nuevas práctica**. España, San Sebastián: Ankulegi Antropologia Elkartea, 2008. p. 209-240.

LOPES, Twig Santos. Rompendo Fronteiras: a Necessidade de Epistemologias Feministas nas Ciências Criminais e na Criminologia Crítica. *In*: SOUZA, Luanna Tomaz; ALVES, Verena (org.). **Mulheres e sistema penal na Amazônia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. p. 119-138.

MEXICO. **Código Penal Federal, de 14 de agosto del 1931**. Disponível em: <https://mexico.justia.com/federales/codigos/codigo-penal-federal/gdoc/>. Acesso em: 20 jan. 2021.

MEXICO. **Ley general de acceso de las mujeres a una vida libre de violencia, de 1 de fevereiro del 2017**. Disponível em: [https://oig.cepal.org/sites/default/files/2017\\_mex\\_ref\\_leygralvidalibredeviolencia.pdf](https://oig.cepal.org/sites/default/files/2017_mex_ref_leygralvidalibredeviolencia.pdf). Acesso em: 20 jan. 2021.

NICARAGUA. **Ley n. 779, de 22 de febrero del 2012**. Ley Integral Contra la Violencia Hacia las Mujeres. Disponível em: <http://www.sipi.siteal.iipe.unesco.org/pt/node/683>. Acesso em: 20 jan. 2021.

OEA. ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção interamericana para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher, de 9 de junho de 1994**. Disponível em: <http://www.cidh.org/basicos/portugues/m.belem.do.para.htm>. Acesso em: 20 jan. 2021.

ONU. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Observatório de Igualdade de Gênero da América Latina e do Caribe**. Indicadores de Femicídio ou Femicídio – Base de dados CEPALSTAT. Estados Unidos, Nova Iorque: CEPAL - Nações Unidas, 2018.

PANAMA. **Ley n. 14, de 18 de mayo de 2007.** Código Penal de la República de Panama. Disponível em: [http://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic5\\_pan\\_res\\_ane\\_act\\_corr\\_2.pdf](http://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic5_pan_res_ane_act_corr_2.pdf). Acesso em: 20 jan. 2021.

PANAMA. **Ley n. 82, de 24 de octubre del 2013.** Disponível em: [https://oig.cepal.org/sites/default/files/2013\\_pan\\_ley82.pdf](https://oig.cepal.org/sites/default/files/2013_pan_ley82.pdf). Acesso em: 20 jan. 2021.

PARAGUAI. **Ley n. 5.777, de 29 de diciembre del 2016.** Ley de protección integral a las mujeres contra toda forma de violencia. Disponível em: <http://www.bacn.gov.py/leyes-paraguayas/8356/ley-n-5777-de-proteccion-integral-a-las-mujeres-contr-toda-forma-de-violencia>. Acesso em: 20 jan. 2021.

PERU. **Decreto Legislativo n. 635, de 08 de abril del 1991.** Código Penal del Perú. Disponível em: <https://lpderecho.pe/codigo-penal-peruano-actualizado/>. Acesso em: 20 jan. 2021.

PERU. **Ley n. 30.068, de 18 de julio del 2013.** Disponível em: <https://observatoriolegislativocele.com/ley-30068/>. Acesso em: 20 jan. 2021.

REPUBLICA DOMINICANA. **Ley n. 550, de 16 de diciembre del 2014.** Código Penal de la República Dominicana. Disponível em: [https://siteal.iiep.unesco.org/sites/default/files/sit\\_accion\\_files/do\\_0326.pdf](https://siteal.iiep.unesco.org/sites/default/files/sit_accion_files/do_0326.pdf). Acesso em: 20 jan. 2021.

SANTIAGO, Denice. As interseccionalidades necessárias à questão do enfrentamento da violência contra a mulher. *In*: FORUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **Visível e Invisível: A vitimização de mulheres no Brasil.** São Paulo: Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2019. p. 40-43.

SEGATO, Rita Laura. Femi-geno-cídio como crime em fuero internacional de los Derechos Humanos: el derecho a nombrar el sufrimiento en el derecho. *In*: BEJARANO, Cynthia; ROSA-LIND. **Una Cartografía del Femicidio en las Américas.** México, Cidade do México: UNAM-CIIECH/Red de Investigadoras por la Vida y la Libertad de las Mujeres, 2010. p. 241-267.

SOUZA, Ailton de. América Latina, conceito e identidade: algumas reflexões da história. **PRACS: Revista de Humanidades do Curso de Ciências Sociais da UNIFAP**, Macapá, n. 4, p. 29-39, 2011.

URUGUAI. **Ley n. 9.414, de 29 de junio del 1934**. Código Penal de Uruguay. Disponível em: [https://www.ilo.org/dyn/natlex/natlex4.detail?p\\_lang=en&p\\_isn=32472](https://www.ilo.org/dyn/natlex/natlex4.detail?p_lang=en&p_isn=32472). Acesso em: 20 jan. 2021.

URUGUAI. **Ley n. 19.538, de 18 de octubre del 2017**. Disponível em: <https://legislativo.parlamento.gub.uy/temporales/docu7286978604629.htm>. Acesso em: 20 jan. 2021.

VÁSQUEZ, Patsiló Toledo. Criminalisation of femicide/feminicide in latin american countries. **Rivista di Criminologia, Vittimologia e Sicurezza**, Bologna, Italia, v. 11, n. 2, março-agosto, p. 43-60, 2017.

VÁSQUEZ, Patsiló Toledo. **Feminicidio**. Consultoría para la Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. México, Cidade do México: Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2009.

VENEZUELA. **Ley n. 38.668, de 23 de abril del 2007**. Ley Orgánica sobre el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia. Disponível em: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2008/6604.pdf>. Acesso em: 20 jan. 2021.

VILLA, Eugênia Nogueira do Rêgo Monteiro. Os desafios impostos pelos diferentes tipos de violência contra a mulher. *In*: FORUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **Visível e Invisível: A vitimização de mulheres no Brasil**. São Paulo: Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2019. p. 35-39.

**SUBMETIDO:** 22/02/2021

**APROVADO:** 05/04/2021

## EL CONCEPTO FILOSÓFICO DE PERSONA EN EL DERECHO PENAL

### *THE PHILOSOPHICAL CONCEPT OF THE PERSON IN CRIMINAL LAW*

**Raúl Eduardo García Viquez**

Doctor en Derecho por la Universidad de Sevilla (España), Diploma de Estudios Avanzados, Máster en Derecho Penal, Especialista en Derecho penal y Victimología, Estancias de investigación en el Instituto Max-Planck de Friburgo de Brisgovia (Alemania).

*E-mail:* raulalo@hotmail.com

#### **Resumen**

La persona es el ámbito de partida para el funcionalismo normativo, sistémico o jurídico penal, es parte esencial del mundo social, es el equilibrio del sistema jurídico, de la norma jurídica, que incluye el sistema de responsabilidad jurídico penal. La persona no es un concepto individual del normativismo y del individuo, sino un concepto social. Dicho de forma breve: la persona es parte de una comunicación social e interpersonal; o viceversa, la persona es parte de la sociedad y de un acuerdo normativo.

**Palabras clave:** Persona. Persona Jurídica. Funcionalismo Normativo. Dignidad. Personalidad. Individuo.

#### **Abstract**

*The person is the starting area for normative, systemic or criminal legal functionalism, it is an essential part of the social world, it is the balance of the legal system, of the legal norm, which includes the system of criminal legal responsibility. The person is not an individual concept of normativism and the individual, but a social concept. In short: the person is part of a social and interpersonal communication; or mutually, the person is part of society and of a normative agreement.*

**Keywords:** Person. Legal person. Normative Functionalism. Dignity. Personality. Individual.

## 1 INTRODUCCIÓN

Como punto de partida de este trabajo, empezaré por citar La Convención Interamericana sobre Personalidad y Capacidad de Personas Jurídicas en el Derecho Internacional Privado, que estatuye que los Gobiernos de los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos, acuerdan en su artículo 1°:

La presente Convención se aplicará a las personas jurídicas constituidas en cualquiera de los Estados Partes, entendiéndose por persona jurídica toda entidad que tenga existencia y responsabilidad propias, distintas a las de sus miembros o fundadores, y que sea calificada como persona jurídica según la Ley del lugar de su constitución.

No obstante lo anterior, una persona jurídica o moral es una entidad que tiene existencia propia; es decir, es una persona ficticia capaz de ejercitar los derechos y adquirir las obligaciones, en estricto sentido, son un producto del derecho y solo existen en razón de él, que sin su reconocimiento nunca tendrán responsabilidad moral o material. Y que no coinciden necesariamente con el espacio de la persona física, sino que su espectro es más amplio, ya que permite actuaciones con plena validez jurídica de los entes formados por conjuntos de personas o empresas.

Agotado lo anterior, podemos sencillamente dilucidar que las personas jurídicas son: empresas, sociedades civiles y mercantiles, ejidos y comunidades agrarias, sindicatos, partidos políticos, entre otros, que efectivamente son titulares de derechos como empresas y derechos fundamentales, acordes a su naturaleza y fines, lo que se co-ligue, que al ser vulnerados esos derechos es de suponerse que se atenta contra su dignidad, pero más se atenta contra un derecho, ya que la dignidad no es sólo un derecho sino una calidad y cualidad de las personas, ya sean físicas o morales.

Resulta difusa esta la afirmación, ya que el uso lingüístico en ocasiones concibe a la dignidad como un bien intrínseco y nuclear de la persona que, identificándose radicalmente con esta, resiste todo ataque externo y no se degrada en su esencia, sino que si se mantiene bajo los principios por los cuales se constituyó

– esto es, a su condición de persona moral– mantendrá incólume su dignidad, de lo contrario, estaría ante su propia desacreditación ante la sociedad.

En el plano jurídico se asume que la dignidad de la persona humana es valiosa en extremo; nada puede haber más valioso en el mundo que la dignidad humana y esta puede ser seriamente dañada por otras personas, de lo que devienen los ordenamientos legales y mecanismos para su protección, ya que al ser vulnerados los derechos humanos se atenta contra su dignidad. Por ejemplo, la Declaración Universal ubica en un mismo nivel ontológico la dignidad y los derechos humanos. En cambio, la Ley Fundamental de Bonn parece sugerir que hay un orden lógico y ontológico: primero está la dignidad, sobre esta se fundan los derechos humanos, los cuales exigen la consecución de la paz y la justicia. Este es el dato fundamental, la dignidad –desde el punto de vista jurídico– se desarrolla sólo si se tutelan y fomentan los derechos humanos o fundamentales.

## 2 LA PERSONA JURÍDICA COMO CONCEPTO NORMATIVO

El concepto de persona jurídica surge por primera vez en relación con las comunidades que forman parte del Imperio Romano, en la época anterior al 212 de Cristo. En rigor, las comunidades incorporadas a la ciudadanía romana —*municipia*— dejan de ser *civitates*, al perder la soberanía, y se convierten en *oppida*. Negada su existencia política soberana, las *municipia* cuando se les niega su existencia política y se rigen en la esfera patrimonial por el derecho privado, se definen como personas jurídicas.

En este contexto, Ramos Chaparro (1995, pág. 21 y ss.) abre el tema para desarrollar la definición sobre su obra «*La persona y su capacidad civil*». A mayor abundamiento, hace una reseña sobre la histórica cultura durante las diferentes etapas. En efecto, al aceptar el tópico del *pirus* y al tomarlo como punto de partida en la investigación, se asume una posición metodológica determinada, contraria a dicha radical distinción y tendente a ver el tecnicismo jurídico «persona» (en un primer sentido restringido a la «física») la designación de una realidad ontológica natural y de una valoración ética históricamente comprobada, que

se impone al Derecho como datos extrínsecos con existencia propia. De igual manera, si ha de profundizarse en el *piruses* por su importancia jurídica, ya que aceptarlo o negarlo supone una visión u otra del problema central que nos planteamos: la determinación jurídica de las capacidades o posibilidades de actuación humanas en el tráfico civil.

Ramos Chaparro estructura las razones de analogía que explican este tránsito del lenguaje escénico de la vida social, por virtud del cual *persona* comienza a equivaler a «situación», «función» o «cualidad» específica dentro del tráfico jurídico y a designar la posición (o status) de un individuo respecto de la colectividad: *persona regis, persona consulis, persona socii, etc.*, hasta llegar por fin a constituirse un hombre genérico, con cuyo complemento se formaba la especie y que dada la índole de esta, no puede referirse a otra cosa que al propio ser humano. De igual manera, se puede percibir en las antiguas sociedades la importancia de la palabra; «la palabra *persona* conlleva la idea de un ser pensante e inteligente, capaz de razón y de reflexión que puede considerarse a sí mismo como el mismo [...] que piensa en distintos tiempos y en diferentes lugares, lo cual hace únicamente por medio del sentimiento que poseen sus propias acciones».

Como se ha dicho: «la persona<sup>1</sup> es para el jurista un concepto forjado por él, algo artificial, aunque necesario, una envoltura o cubierta que enmascara (¡precisamente!) un núcleo estricto que el concepto de persona no quiere revelar».

---

1 PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio, *Rol social y sistema de imputación*. Una aproximación sociológica a la función del derecho penal, J. M. BOSCH, Editor, Barcelona, 2005, pág. 273. Es precisamente en este punto (s. XVI) cuando comienza a producirse el cruce del camino recorrido por la teología, la metafísica y la antropología filosófica con el que llevaba el concepto de «persona» en el ámbito del Derecho. A pesar de que, en las primeras manifestaciones jurídicas, aunque no de un modo institucionalizado, no era extraño atribuir responsabilidades (o a efectos de imputación, personificar) a las cosas o a las ideas. Sin embargo, y aun cuando esta distinción podía encontrarse de vez en cuando, pero no de un modo generalizado, una segunda distinción se trazaba entre *persona* y *res*, entre las personas y las cosas. Este concepto de persona, como opuesto a los meros objetos, incluía también a los esclavos dentro de las personas, distinguiendo entre aquellas que estaban sujetas al derecho de otros (*personae alieno iuris subjectae*) y aquellas con derecho propio (*personae sui iuris*). Se producía con esto una estrecha vinculación entre el hombre y la persona, aunque podía distinguirse entre ellas.

Por una parte, el sentido de máscara facilita la concepción abstracta de la persona, como mero *nomen iuris* del sujeto y, por otra parte, como exponente o consecuencia de la atribución de capacidad jurídica, entendiendo que es persona porque tiene capacidad jurídica y no a la inversa, como propone la orientación realista que aquí se debe defender. (PIÑA ROCHEFORT, 2005, pág. 273)

De manera similar, el Derecho contemporáneo pretende contemplar al actor (el hombre) en toda su verdad ontológica y existencial, por eso mismo le reconoce un valor simultáneamente prejurídico y jurídico, la dignidad, independientemente de otra situación, fundamentando en él, además, la existencia misma del Estado de Derecho. Se puede deducir que *El contrato social* de J. J. Rousseau (1712-1718) tiene como propósito establecer la emancipación del poder familiar de la persona.

Después de todo, la palabra «persona» en el artículo 10.1 CE no designa ya cualidad externa o pública alguna, sino la misma entidad o sustancia del hombre. Por ello, existiría una singular tergiversación conceptual, si fuera verdad lo que dice Guasp, en el sentido de que «la persona es y ha sido siempre para el jurista una noción de evidente *deshumanidad*». Investigar cómo y por qué se produce el cambio o conversión semántica, con su correspondiente connotación jurídica, que transforma el concepto originario, es válido quizás para el Derecho antiguo (valor *ad extra* o del personaje); el concepto moderno (valor *ad intra* del actor) es el objeto de nuestro estudio introductorio. De igual manera, nos mueve la convicción de que la cultura jurídica contemporánea ha llegado a un consenso fundamental en lo que respecta al supremo valor de la persona humana [...] y que en nuestro ordenamiento se ha plasmado en el artículo 10 de la Constitución, norma y principio general del Derecho que puede considerarse una positivización y consagración del *pirus* en sus dos sentidos implicados, en cuanto remisión al concepto-valor (la dignidad) y reconocimiento de su carácter previo y fundamental.

De manera semejante el Derecho romano define su posición, no obstante, habla de la persona, sobre la base de la noción antropológica antigua, expuesta por los filósofos griegos. La situación social prevalece sobre la realidad

humana, y lo que hoy entendemos por «personalidad», en el sentido general de subjetividad jurídica, es, ante todo, *posición* dentro de los grupos sociales y tiene un contenido tan radicalmente variable que en modo alguno permite predicarla homogéneamente a todos los seres humanos, ni está presente en ellos, de forma constante, a lo largo de toda su existencia. Un breve repaso de las principales categorías técnicas en las que el Derecho romano desarrolló el régimen jurídico de la personalidad y la capacidad (*persona, capax, caput, status, capitis, deminutio*) será suficiente para convencernos de que aquel ordenamiento presentaba una gama muy rica de sujetos y limitaciones muy variadas en orden a su capacidad, congruentes en todo con los preceptos filosóficos subyacentes.

Asimismo, el término *persona* tuvo un significado técnico-jurídico en el Derecho romano, o bien era empleada sólo en el sentido que hoy llamamos *vulgar*, equivalente al ser humano. Damos prioridad a esta cuestión terminológica porque el prestigio inmenso de los textos romanos y su valor educativo para tantas generaciones de juristas han determinado el hecho de que todavía hoy estemos padeciendo múltiples confusiones y discrepancias acerca de las relaciones personalidad-capacidad, como consecuencia del tratamiento nominal de la cuestión en el Derecho romano clásico y postclásico.

Por las siguientes razones, la distinción entre *persona* y *hombre*, y con ella la concepción abstracta, encontró ya el terreno abonado en los textos postclásicos y esta circunstancia permitió a Ferrara considerar «*exagerada y no demostraba la tesis de que, junto a estas expresiones vulgares de la palabra, no se tuviese un significado técnico de la misma en el sentido de individuo provisto de capacidad jurídica*», llegando a afirmar que «en el Derecho romano *persona* denota abstractamente la subjetividad jurídica». Puede que estas conclusiones (como otras muchas de la gran obra citada) estén al servicio de su peculiar concepción de la *persona jurídica* y que trate Ferrara de buscar fundamentos históricos a su famosa teoría, pero en cualquier caso, hemos de reconocer que su interpretación del sistema romano en este punto, aunque fuese considerada como anacrónica desde la pura óptica romanista, es la más ajustada a la tradición del Derecho intermedio, como

él mismo se encarga de probar citando a Vinnio: «Iure veteri discrimen erat inter hominen et personam. Homo dicitur, cuicumquecontingit in corpore humano mens humana. Ast persona est homo statu quodamvelutiindutus».

Haremos referencia, vale aclararlo, a la subjetividad jurídica de la persona por la relevancia de los hechos jurídicos y del actuar principalmente de la persona física. Ahora trabajaremos este aspecto, más adelante incursionaremos en el desarrollo de esta interesante parte del subjetivismo en la persona jurídica, tema poco tocado en la actualidad. Encaminaremos las siguientes líneas, hacia la subjetividad de la persona en medio de un hecho o un derecho objetivo y subjetivo.

En este contexto, un autor relevante es H. Kensel<sup>2</sup> (PIÑA ROCHEFORT, 2005, pág. 95), en su estudio de la *Teoría pura del Derecho*. Partiendo de su crítica a los «dualismos» introducidos, habla de la ciencia jurídica por obra de las doctrinas del Derecho natural, con la finalidad de justificar y, a la vez, fijar límites al Derecho positivo (Derecho natural-Derecho positivo, Derecho objetivo-derecho subjetivo, Derecho público-privado; real de crédito, etc.). El derecho subjetivo, para Kensel, encubre la idea de la propiedad como límite infranqueable para el ordenamiento, sobre la base ideológica de la libertad individual y de la autonomía de la persona. Para librarse de esta trampa, llevará acabo la reducción del derecho subjetivo al derecho objetivo a través de la noción central de la teoría pura, que es el *deber jurídico*. Es decir, la misma norma considerada desde el punto de vista de la conducta que prescribe y expresando, a la vez, el juicio de imputabilidad de la sanción. (PIÑA ROCHEFORT, 2005, pág. 95)

Para Kensel «hay derecho subjetivo, en el sentido específico de la palabra, cuando entre las condiciones de la sanción figura una manifestación de la voluntad, querella o acción judicial, emanada de un individuo lesionado en sus intereses por un acto ilícito».

Kensel aborda el estudio de otra dualidad: la distinción entre hombre-

---

2 PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio, *Rol social y sistema de imputación*, op. cit., pág. 95.

persona, pero esta vez para afirmarla decididamente, en aras de la pureza metodológica que propugna. «Nos vemos así inducidos a ver en la noción de sujeto de derecho o de persona una construcción artificial, un concepto antropomórfico creado por la ciencia jurídica con miras a presentar al derecho de una manera sugestiva. En rigor de la verdad, la “persona” sólo designa un haz de obligaciones, de responsabilidades y de derechos subjetivos; un conjunto, pues, de normas [...] Es necesario mantener una distinción muy concreta entre el hombre y la persona». «La persona física no es el hombre como lo considera la doctrina tradicional. El hombre no es una noción jurídica que expresa una función específica del derecho; es una noción biológica, fisiológica y psicológica. Cuando una norma utiliza tal noción no le confiere ningún carácter jurídico, sino que, el concepto jurídico de persona o sujeto de derecho expresa solamente la unidad de una pluralidad de normas que determinan deberes, responsabilidades y derechos subjetivos [...] la denominada *física* designa el conjunto de normas que regulan la conducta de un sólo y mismo individuo [...] o más exactamente: el punto común al cual deben ser referidas las acciones y omisiones reguladas por estas normas».

H. Kensel no teme dar una definición de esta figura pura: «Persona física es el punto central de un orden jurídico parcial, compuesto de normas aplicables a la conducta de un solo y mismo individuo. Está claro, por tanto, que la juridificación completa del concepto no afecta al hombre mismo, sino al término técnico (persona) respecto al cual (el hombre) no representa ya límite alguno, por carecer de entidad jurídica auténtica, de la que gozan únicamente las normas».

Adicionalmente, «el problema de si el valor específico de lo social es un derivado de los valores éticos propios del individuo o constituye, por el contrario, una categoría autónoma, tan primaria como los ideales y los bienes de la personalidad» (PIÑA ROCHEFORT, 2005, pág. 99). Se trata de la eterna oposición entre los valores personales y sociales que da lugar a dos concepciones del valor de lo jurídico. De un lado, la *personalista*, en la que el fin del Derecho es la realización de los valores éticos de la personalidad y, por tanto, tiene una

significación relativa, sirve de medio a la realización de un «espíritu objetivo» o *logos*, del que el mismo Derecho no es parte constitutiva. De otro, la concepción que se puede llamar ético-social o «transpersonalista» (de raíz hegeliana) parte de que las instituciones de la vida en común poseen una dignidad (dignidad) específica y propia, por la cual el valor de lo jurídico no es derivado sino autónomo: hay fines últimos sociales que pertenecen también a la realización del espíritu objetivo. (En cuanto a lo primero, fue una resolución confesada ya en el Preámbulo de la *Carta de Naciones Unidas* (San Francisco, 26 de junio de 1945; [...] El art. 1º de la Declaración proporciona el modelo humano de que hablamos, haciendo un significativo enlace de las «tres ideas revolucionarias», la idea humanista de la dignidad y el carácter racional del individuo, en conexión con los dos niveles antropológico y ético-social: «Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros». [...] el art. 16 del *Pacto Internacional de derechos civiles y políticos* (Nueva York, 16 de diciembre de 1966)-: «Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica». La capacidad jurídica es contemplada, así, como un derecho humano<sup>3</sup>. (PIÑA ROCHEFORT, 2005, pág. 101)

En efecto, en la perspectiva histórica, este precepto representa la culminación del largo proceso de equiparación hombre-persona por cuanto, en su estructura normativa, significa prohibir en absoluto al Derecho estatal el no reconocimiento de la realidad previa del hombre como sujeto de las relaciones jurídicas, según se venían haciendo desde el Derecho tardo-romano, a pesar de las contracorrientes históricas estudiadas, que ahora, por ello, pueden considerarse finalmente triunfadoras.

La Declaración, por lo demás, no se detiene en una consideración puramente abstracta de la personalidad jurídica del hombre, sino que, a lo largo de sus treinta artículos, la va llenando de contenidos fundamentales: los derechos

---

3 *Ibidem*, pág. 101.

subjetivos de «toda persona». Efectivamente, es el «individuo-libertad» el «sujeto de derechos» frente a todos y frente al Estado, el hombre que se nos revela en la Declaración Universal. El *pirus* antropológico sigue siendo el que surgió con la Revolución burguesa y el que procede de la Ilustración racionalista y de la filosofía del siglo XVIII... De la dignidad inherente a la persona se derivan los derechos civiles y políticos, así como los económicos, sociales y culturales [...]. La dignidad en sí misma, en su más vital e inexpressable noción, es especialmente protegida por este sistema, siendo una norma característica, sumamente invocada, el artículo 5 de la Declaración Universal dice: «Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes», que tiene reflejo en el ámbito penal internacional (heredado en Nuremberg).

Este recorrido ideológico de H. Kensel nos involucra en el tema de persona física y nos deja claro la definición en el dualismo objetivo derecho subjetivista. De igual manera, es importante involucrarse en la definición de otros pensadores para enriquecer el conocimiento y pensamiento sobre persona, persona física y un apartado importante como lo es la dignidad individual.

Se puede deducir que el individuo humano es persona *per se*, en su singular existencia. Aquí están presentes también la genuina concepción cristiana y la influencia del pensamiento moderno, especialmente Kierkegaard, despojado del tinte pesimista (luterano) de la existencia de la libertad.

También se ha puesto de relieve, sobre todo por Stefanini, la oposición personalismo-intelectualismo; en cuanto a este último tiende a desvincular el pensamiento o racionalidad de la persona humana, para elevarlo a la categoría ontológica de ser su propio explicativo, siendo así que reviste esa categoría y dentro del cual se desarrolla la racionalidad.

Este modelo antropológico, carece francamente de construcción sistemática y surge de la acumulación de una serie de notas que, de forma global, caracterizan, según Mounier, las «estructuras del universo personal». Como todos los grandes valoradores de la persona, Mounier niega que esta sea susceptible de definición en sentido estricto, ya que la persona en último

término, no es sino, «la presencia misma del hombre». Así también, añade: «Una persona es un ser espiritual constituido como tal por una forma de subsistencia y de independencia en un ser; mantiene esta subsistencia mediante su adhesión a una jerarquía de valores libremente adoptados, asimilados y vividos en un compromiso responsable y en una constante conversión; unifica así toda su actividad en la libertad y desarrolla, por añadidura, a impulsos de actos creadores, la singularidad de su vocación».

En este sentido, debemos mencionar al pensador A. Verdross, discípulo y colaborador de Kelsen..., él hace una contestación consciente de la Teoría pura para volver a la doctrina antropológica del Derecho natural, en principio en una concepción teocéntrica o antropocéntrica, toda vez que esta oposición, perteneciente al ámbito metafísico, determina diferencias sólo en el campo de la Ética, pero pueden conciliarse en la Filosofía del Derecho, ya que ambas coinciden en la idea de que la sociedad es sólo un medio, aunque discrepan en los fines (las distintas morales derivadas). En efecto, «el fundamento -de las *dignitas*- adquiere un valor absoluto cuando la filosofía del Derecho descansa sobre una base metafísica, en tanto que, por el contrario, la filosofía empírica puede proporcionar tan sólo una base hipotética, insuficiente para asegurar la dignidad de la persona». El núcleo humano inmutable, la persona como imagen de Dios, constituye el fundamento ontológico del Derecho natural. De esta manera, al contrario que Kelsen, el hombre se convierte en noción jurídica previa a las normas y a todo orden social y tiene, ciertamente, derechos (los derechos humanos) que constituyen exigencias o deberes para la comunidad y la autoridad social.

No podemos omitir a J. Maritain (1882-1971), que sobre el estudio de los derechos del hombre ha querido construir una filosofía política *humanista*, «porque está fundada sobre la realidad de la naturaleza humana y sobre la dignidad de la persona humana». Para Maritain los supuestos filosóficos del hombre son dos dimensiones metafísicas: individualidad y personalidad, distintas en cada uno de los hombres, que implican su totalidad e independencia. La persona es

un todo «abierto» que queda completo con el «bien común», noción tomista sobre la que ofrece ciertos titubeos, pero que concibe, en definitiva, como todos los neotomistas, que «los valores individuales son siempre y necesariamente, esenciales, superiores a todos los valores sociales».

La dignidad de la persona aspira a ser el principio del Derecho, y que, en verdad, aún no lo ha conseguido porque le falta plasmación en muchos órdenes jurídicos, sobre todo en el ámbito privado.

Carece de efectividad más allá de las situaciones extremas y flagrantes de violación política de los derechos humanos. En el orden penal es donde más imperan sus exigencias prácticas, pero en el civil la persona continúa cautiva de su vacuidad formal, siendo ella misma (o su doble más caracterizada: la capacidad jurídica) poco más que un cascarón frágil y hueco que flota entre dos fechas del calendario y al que las normas atribuyen la función de polarizar y conducir intereses, principalmente económicos, a través de su configuración como sujeto de los derechos y obligaciones. La tentativa jurídica personalista, plasmada en los textos internacionales y constitucionales es un programa para sacar a la luz y dar peso jurídico a *esepirus*, a ese núcleo de naturaleza humana que encierra todavía, pero que ya comienza también a manifestar, el actual concepto jurídico de *persona*.

La persona en el derecho penal, como lo define G. Jakobs, es el sujeto que respeta la norma y la dignidad de la persona tanto física como jurídica, es por eso que aquel sujeto que infrinja la norma de manera constante afectando el núcleo social, es el sujeto que manda el mensaje de no quererse adaptar al sistema social, afecta su entorno y en muchos casos la dignidad de la persona en derecho.

Como se deduce en la introducción histórica, la concepción jurídica de la personalidad ha sido siempre y es en la actualidad «un colorario de la concepción filosófica» sobre el hombre. Aquí no se pretende directamente resolver el problema de las diferencias y relaciones entre ambos conceptos, sino más bien establecer, como punto de partida, la tesis, difundida sobre todo por A. Hernández Gil, de que «no es posible construir una teoría exclusivamente jurídica de la persona, esto

es, desentendida de lo que la persona misma presupone». De alguna forma, esta imposibilidad científica ha sido constatada, incluso por autores, que, intentando levantar un concepto jurídicamente puro de la persona, no han podido sustraerse a las dificultades derivadas de la interdisciplinariedad inherente a esta noción. De ahí ha surgido la conocida distinción de los tres sentidos (*vulgar, filosófico, jurídico*). [...] La segunda razón es que, indudablemente, el concepto jurídico, aunque no defina a la persona por sus caracteres ontológicos esenciales, sino en relación con las categorías jurídicas (de *status*, derecho subjetivo, capacidad o normas), ha alcanzado una validez general y una autonomía científica que le convierten en una estructura teórica consagrada, de cuyo núcleo, en lo que tiene de verdadero y útil, no será posible prescindir, sino sólo perfeccionar o completar con las aportaciones del concepto filosófico<sup>4</sup>. (PIÑA ROCHEFORT, 2005, pág. 115)

De manera semejante, Enrique Ramos Chaparro (pág. 15 y ss.) puntualiza en el tema de Individuo o persona y colectividad o sociedad, cada uno en su propio orden, se autodefinen en el continuo discurrir de su existencia mediante el influjo combinado de la reflexión y la experiencia. Veremos en nuestro Derecho de Partidas que la estimación de la persona, como «la más noble cosa del mundo», tendrá que convivir con una organización clásica y desigualitaria de la sociedad, edificada sobre la distinción entre libre y siervo, hidalgos y del menor guisa, noble y plebeyo. Habrá que esperar hasta la Ilustración y la Revolución francesa para ver convertido en programa y realidad política el viejo ideal de la dignidad de la persona humana, durante tanto tiempo en tensión penetradora y ahora convertida en lema como exigencia de libertad y de igualdad entre todos los ciudadanos. Ninguna consideración subordinada o relativa hace justicia a la dignidad de la persona. Ni la que ve en ella el sujeto de las relaciones jurídicas, ni la que considera como miembro de la comunidad familiar o social; mucho menos la que convierte o reduce a mera proyección de la norma legal. (RAMOS CHAPARRO, 1995, pág. 15 y ss.)

---

4 *Ibidem*, pág. 115.

Asimismo, la Constitución de 1978 erigió el respeto a la dignidad de la persona humana y el libre desenvolvimiento de la personalidad en fundamento del orden político y de la paz social. A partir de ella, la Ley del 24 de octubre de 1983 reformó el régimen de la incapacitación y de la tutela. El marco legal invita ahora, si es que no lo impone necesariamente, a una reflexión a fondo sobre el desenvolvimiento jurídico de la personalidad y su proyección más inmediata a través, de la capacidad jurídica y de obrar. Rebajada la mayoría de edad a los dieciocho años y siendo posible la emancipación, a partir, de los dieciséis, admitir la capacidad de obrar del menor en materias trascendentes, donde el representante legal no puede sustituirle, puede constituir, además, de una incoherencia con lo dispuesto para la actuación en lo patrimonial, el mero arrastre histórico de una disciplina que, corregida ya en lo que toca al matrimonio y previniendo, sin mucha efectividad para el testamento, podría llevar a resultados muy negativos en su aplicación a los derechos de la personalidad.

«La persona es un concepto elaborado por la Ciencia del Derecho»<sup>5</sup>, en la que se postula una neta y radical distinción conceptual entre persona y hombre, según Ramos Chaparro, la designación de una realidad ontológica y natural y de una valoración ética históricamente comprobada, que se impone al Derecho como datos extrínsecos con existencia propia. (RAMOS CHAPARRO, 1995, pág. 21 y ss.)

De esta posición, el axioma de que la persona es previa al Derecho cumple la función de remitirnos fuera del discurso estrictamente jurídico, hacia el área difusa de sus fundamentos, para hallar esa noción de hombre de la que el Derecho ha partido para construir su noción de persona. De igual manera, la pretensión que está en el fondo de la concepción realista de la persona, a saber: que «la personalidad como realidad ontológica es previa a su reconocimiento legal».

Entremos en estudio del concepto filosófico de persona, que distintos autores han tocado y trabajado para definir claramente a la persona en derecho,

---

5 *Ibidem*, pág. 21 y ss.

así lo han manifestado autores como Pérez Del Valle, ahora más reciente Polaino-Orts, donde se acentúa «el concepto social de “individuo”. Por un lado, decimos que la persona no es igual al individuo, sino que debe distinguirse de él. A causa de que el concepto persona, como ha señalado la filosofía idealista hegeliana, no es identificable con el concepto de ser humano, como tampoco es igual -como evidencia el más relevante producto normativo de la Revolución francesa: la *Déclaration des droits de l’homme et du citoyen* (1789)- el “hombre” y el “ciudadano”. La persona es, como el Derecho, un producto de la cultura y no de la naturaleza, sino una construcción social” o -como diría el sociólogo alemán Horster- “el ser humano nace, la persona se socializa”. Por ello, la persona es el ser humano mediado por lo social. En definitiva, un individuo (ser humano en estado natural) no forma parte de la sociedad y si forma parte de ella, es como persona, no como individuo: Piña Rochefort define, que, “el individuo jamás forma parte de la sociedad si no es como persona”, y para ser persona ha de ser destinatario de normas, derechos y deberes. Ello nos lleva al segundo postulado: la persona como concepto jurídico». (POLAINO-ORTS, 1905, pág. 97)

Como lo indica Juan Ignacio Piña Rochefort, la distinción entre individuo y persona es, en este punto, imprescindible. Desde la perspectiva que aquí hemos adoptado, esto se puede explicar simplemente como una diferenciación dentro del proceso de reducción de complejidad interna del sistema social. La existencia de un individuo dotado de libertad dentro del sistema social resulta un dato imposible de procesar. Asimismo, en los términos que aquí interesan, puesto, que el sistema jurídico-penal se ocupa de conflictos sociales, el principio de identificación material, no puede ser el individuo, sino su papel en la sociedad, el rol que desempeña. Sólo de este modo, se facilitan los contactos anónimos y las expectativas se coordinan mediante la anticipación de conductas<sup>6</sup>. (PIÑA ROCHEFORT, 2005, pág. 271)

En este contexto Polaino-Orts nos señala: *«el rol identifica a cada sujeto en el mundo social, sí, pero también sirve para que los demás ciudadanos sepan*

---

6 PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio, *u.o.c.*, pág. 271.

*a qué atenerse*». Eso significa, - nos dice el autor- «*que el rol social no es algo que sólo sirve para el titular del mismo, sirve también para los demás*»<sup>7</sup>. (POLAINO-ORTS, 1905, pág. 117)

En ese tenor, señalado por los autores hasta ahora comentados, se profundizará más el tema en la estructura del contenido y el concepto de persona, pero antes se estudiará la parte normativa funcional y naturalística, como en su momento lo trabajó el maestro Günther JAKOBS, desde el estadio previo de los derechos y obligaciones de la persona y siguiendo su rol social, o diferentes roles en los que se involucra el ciudadano.

### **3 DEL CONCEPTO NATURALÍSTICO AL CONCEPTO NORMATIVO DE PERSONA**

La persona es parte del concepto normativo y la estructura social. Sobre ello, Polaino-Orts, manifiesta: «No puede definirse el concepto de persona al margen del concepto de norma, sino que este es presupuesto y elemento fundamental de aquel». La norma es el compendio de expectativas sociales, un elemento esencial para los derechos de los ciudadanos; aquel que quiere cumplir sus derechos y obligaciones adecua su comportamiento a la norma<sup>8</sup>. (POLAINO-ORTS, 1995, pág. 98)

Günther Jakobs (1997, pág. 296 y sig.)<sup>9</sup> en distintas publicaciones define a persona en Derecho (*Rechtspersons*) por su función, por su contenido, por su personalidad y por su función normativa, respetando derechos y deberes sociales. Polaino-Orts los enumera de la siguiente forma: 1) El concepto de

---

7 POLAINO-ORTS, Miguel, *Funcionalismo normativo. Bases dogmáticas para el nuevo sistema de justicia penal*, tomo I, CESCJUC, u.o.c., pag. 117.

8 POLAINO-ORTS, Miguel, *Funcionalismo normativo. Bases dogmáticas para el nuevo sistema de justicia penal*, op. cit., pág. 98.

9 JAKOBS, Günther, «Criminalización en el estudio previo a la lesión de un bien jurídico», en *Estudios de Derecho penal*, Civitas, Madrid, 1997, pág. 296 y sig.

persona es netamente jurídico, normativo, y no una categoría natural, prejurídica u ontológica; 2) La noción de persona (persona en Derecho) es una magnitud graduable: existirán conceptos más amplios y otros más angostos de persona, en función del contenido de derechos y de obligaciones que dispongan el sujeto en cada momento concreto y; 3) El concepto de persona también se puede delimitar *ex negativo*: si la persona gana en personalidad, en tanto disponga de derechos y deberes, la ausencia de derechos y deberes *menguará* proporcionalmente el concepto de persona, hasta el punto de su reducción al máximo jurídico permisible. (No otra, por cierto, la idea del *caputy* de la *capitisdiminutio* del Derecho romano)<sup>10</sup>. (JAKOBS, 1997, pág. 296; POLAINO-ORTS, 1905, pág. 101)

Por las siguientes razones, deduce Polaino-Orts, las graduaciones negativas del concepto de persona son la *depersonalización* y la *despersonalización*. La última corresponde, en términos jurídico-penales, con el concepto de enemigo. Las nociones de persona y de enemigo son, desde este punto de vista, polos opuestos: una es la contrapartida del otro. Delimitando uno de esos conceptos concretaremos también el contenido material del otro<sup>11</sup>.

La persona y el rol social forman un componente donde los seres humanos se encuentran en el mundo social en función de portadores de un rol<sup>12</sup>. En función de ese rol, a cada sujeto le corresponde administrar un determinado segmento de la realidad. El rol es la forma como se identificará a cada sujeto, en el numeroso mundo de personas. (JAKOBS, 1994, pág. 9)

Adicionalmente, el mundo social es, pues, el reconocimiento del rol de cada uno: de la posición que cada sujeto ocupa en realidad. Esto es: saber qué función desempeña cada persona en la vida, o -para decirlo gráficamente-

---

10 POLAINO-ORTS, Miguel, *u.o.c.*, pág. 101 y sig.

11 *Ibidem*, pág. 101.

12 JAKOBS, Günther, *Imputación objetiva en el Derecho penal*, trad. Manuel CANCIO MELIÁ, Centro de Investigación en Filosofía y Derecho, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1994, pág. 9 y sig.

determinar qué etiqueta tiene colocada la solapa. En resumen: el rol social que cada uno desempeña nos da la medida de su responsabilidad en la gestión de cada parcela social<sup>13</sup>. (POLAINO-ORTS, 2016, pág. 103)

A mayor abundamiento de consejos, Ignacio Piña Rochefort<sup>14</sup> hace una breve precisión. Sin duda, el problema que reaparece en este punto es el de la compatibilidad del concepto social de persona con el concepto natural. Adicionalmente, la única manera de enfrentar adecuadamente el problema es teniendo siempre presente que la sociología es incapaz de suplantar ni a la antropología ni a la metafísica; primero porque no le corresponde (no es su función); segundo, porque no tiene herramientas para ello. La propia diferenciación del concepto del rol (el *homo sociologicus*) es una prueba de esto. Hemos dicho que el individuo, en cuanto ente dotado de libertad, es imposible procesar por parte de la sociedad. De igual manera, reducir la realidad del «ser humano» a la mera configuración social de la persona es desconocer las limitaciones propias del análisis social. La construcción de un rol no logra explicar al ser humano en su totalidad. En otros términos, el rol social es una estructura de reducción de complejidad. Por eso, lo que hace, es tender un velo a las otras posibilidades (que como hemos dicho mil veces ¡no desaparecen ni dejan de existir, sino simplemente se ocultan de momento!). (PIÑA ROCHEFORT, 2005, pág. 278 y sig.)

Esto no ha de entenderse de un modo abstracto -pensando en la relación sociedad-persona-, sino del modo más concreto posible: que es la interpretación personal. La diferenciación de la estructura persona es requisito de toda interacción: todo hombre ha de ser necesariamente una persona para otro hombre -*homo homini persona*- y no se requiere de estos, como habitualmente se cree, para abandonar ninguna perspectiva iusnaturalista.

---

13 POLAINO-ORTS, Miguel, *Funcionalismo normativo. Bases dogmáticas para el nuevo sistema de justicia penal*. Fundamentos y Funciones del Derecho Penal Autodeterminación e Imputación Normativa. Criminalidad Organizada y Derecho Penal del Enemigo, Flores Editores, México D. F., 2016, pág. 103.

14 PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio, *Rol social y sistema de imputación*, op. cit., pág. 278 y sig.

Se puede deducir, como indica Günther Jakobs, a la formación de los roles sociales como mecanismos de reducción de complejidad, donde el ciudadano se rige por la norma jurídica. En términos luhmanianos los conceptos de «personas» y «personalidad» no aluden a una percepción real por parte de los sistemas de las *autopoiesis* psíquicas, sino a constructos propios de los sistemas, como recursos para orientar sus procesos selectivos. Aquí se marca claramente una distancia con el concepto hegeliano de persona, que no siempre ha sido lo suficientemente destacada. Para Luhmann se trata de las estructuras que «sirven al acoplamiento estructural de los sistemas psíquicos y sociales». La máxima expresión de esa complejidad es el reconocimiento de un individuo dotado de libertad. Es tal el número de problemas y el grado de contingencia que acarrea esa existencia, que el sistema se ve obligado a formar estructuras para procesar el infinito cauce de posibilidades que lo acompaña. La persona, en este sentido, es el rol más básico que se asigna en la vida social, que permite el acceso a la interacción social con un mínimo de estructura de expectativas, es decir, la persona como concepto normativo y una construcción social. Se puede argumentar que no puede definirse el concepto de persona al margen del concepto norma, sino, que este es elemento fundamental de aquél. La norma, como hemos visto, es el compendio de expectativas sociales, un elemento aglutinador de los derechos de los ciudadanos. Pero también es un mecanismo dinamizador de las conductas de los ciudadanos: aquel que quiere cumplir sus derechos y obligaciones adecua su comportamiento a la norma [...] y aquel que infringe la norma (defraudando la expectativa que la sociedad depositó en él como ciudadano) impide que la norma pueda amparar a los demás.

Que la persona sea un concepto normativo, significa que los seres humanos se encuentran en el mundo social como portadores de un rol y en función de ese rol, a cada sujeto le corresponde una serie de derechos y deberes, que conforman el aspecto material del rol, su contenido que le da cuerpo. La orientación en función de ese rol define al sujeto como persona, pues -por un lado- satisface la expectativa social que se ha depositado en ese sujeto como

titular de su rol y -por otro- manifiesta que cumple con la expectativa social de persona. En tal sentido, queda integrada la persona en el sistema social, para desempeñar una función que coadyuva al mantenimiento en la estructura social. En definitiva, persona (en el sentido que le da el Derecho: *Rechtsperson*) es el sujeto destinatario de derechos y deberes que -por regla general- cumple la norma, posibilitando de ese modo que los demás ciudadanos se vean, a su vez, protegidos en sus derechos por la tutela normativa.

Cabe señalar que la definición de persona es un fundamento de toda discusión jurídico-penal, especialmente con relación a la familia, y también en lo referente a la determinación de la filiación.

#### **4 CONCLUSIÓN**

En los últimos años, se ha intensificado el estudio sobre el tema de Persona Jurídica rebasando teorías en el actual derecho penal, como la causalista y la finalista. Actualmente, la teoría funcionalista, ha abierto el campo de batalla en el debate jurídico, para que mediante este tipo de figura jurídica, se pueda analizar el comportamiento legal, y en el caso de caer en una ilicitud, castigar a la persona moral que incurrió en la falta administrativa o penal. Es importante señalar el estudio encabezado por el maestro Günther Jakobs, que realiza, a través de la Teoría de los Sistemas -del maestro Niklas Luhmann - y que, se enfoca a la Persona, al ciudadano, al individuo desde un punto de vista filosófico (antropológico) y sociológico.

De igual manera, se seguirá trabajarán con un tema primordial, como lo es la Persona Jurídica, parte medular de este trabajo, será sin duda, la «estructura temática de la comunicación pública», pues, la comunicación entre ciudadanos es trascendental entre los sistemas para el respeto de la norma social, entre ciudadanos, personas, que respeten el rol social.

## BIBLIOGRAFÍA

JAKOBS, Günther. Criminalización en el estudio previo a la lesión de un bien jurídico. **Estudios de Derecho penal**. Madrid: Civitas, 1997.

JAKOBS, Günther. **Imputación objetiva en el Derecho penal**. Trad. Manuel CANCIO MELIÁ, Centro de Investigación en Filosofía y Derecho. Universidad Externado de Colombia: Bogotá, 1994.

PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio. **Rol social y sistema de imputación: una aproximación sociológica a la función del derecho penal**. Barcelona: J. M. Bosch, 2005.

POLAINO-ORTS, Miguel. **Funcionalismo normativo. Bases dogmáticas para el nuevo sistema de justicia penal. Fundamentos y Funciones del Derecho Penal Autodeterminación e Imputación Normativa. Criminalidad Organizada y Derecho Penal del Enemigo**. México: Flores Editores, 2016.

RAMOS CHAPARRO, Enrique. **La persona y su capacidad**. Madrid: Tecnos, 1995.

## AUTOR CONVIDADO

**A DELEGABILIDADE DO PODER  
DE POLÍCIA À LUZ DO DIREITO  
ADMINISTRATIVO BRASILEIRO MODERNO**

***THE DELEGABILITY OF POLICE  
POWER IN THE LIGHT OF MODERN  
BRAZILIAN ADMINISTRATIVE LAW***

**Rogério Borba**

Doutor em Sociologia pelo Instituto  
Universitário de Pesquisas do Estado do Rio  
de Janeiro. Mestre em Direito pelo Centro  
Universitário Fluminense. Professor do Centro  
Universitário Carioca e do Centro Universitário  
IBMEC. Professor convidado da UERJ.

Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-1748-473X>

*E-mail:* rogerioborba@gmail.com

**Raisa Duarte da Silva Ribeiro**

Doutoranda em Direito pela Universidade  
Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Mestre  
em Direito Constitucional pela Universidade  
Federal Fluminense (UFF). Professora  
Assistente da UNIRIO.

Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-2339-3903>

*E-mail:* raisaribeiro@hotmail.com

**Matheus Henrique da Fé Julio**

Bacharel em Direito pela UVA. Assessor  
Jurídico no Ministério Público do Rio de  
Janeiro (MPRJ).

Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-9729-7282>

*E-mail:* m.henrique2981@gmail.com

**Resumo**

O presente trabalho acadêmico por escopo demonstrar que a delegação do poder de polícia para entidades privadas é possível, diante dos entendimentos constantes na doutrina administrativa moderna. Para tanto, será examinada, de

forma breve, a evolução do poder de polícia, com a delimitação de seu conceito e suas principais características. Posteriormente, serão investigados os principais posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais acerca da possibilidade de delegação do poder de polícia para os particulares. Nesse contexto, será investigado quais ciclos de polícia podem ser delegados, quais entidades privadas podem exercê-lo e qual deve ser o modo de delegação, seguindo uma metodologia monográfica. Conclui-se pela inevitabilidade da delegação do poder de polícia diante da constitucionalização do Estado Democrático de Direito.

**Palavras-chave:** Poder de Polícia. Delegabilidade. Administração Pública. Entidades Privadas.

### **Abstract**

*The present academic work by scope demonstrates that the delegation of police power to private entities is possible, in view of the understandings contained in modern administrative doctrine. To this end, the evolution of police power will be briefly examined, with the delimitation of its concept and its main characteristics. Subsequently, the main doctrinal and jurisprudential positions regarding the possibility of delegating police power to individuals will be investigated. In this context, it will be investigated which police cycles can be delegated, which private entities can exercise them and what the delegation mode should be, following a monographic methodology. It concludes that the delegation of police power is inevitable in view of the constitutionalization of the Democratic Rule of Law.*

**Keywords:** Police Power. Delegability. Public administration. Private Entities.

## **1 INTRODUÇÃO**

A adoção do Estado Democrático de Direito e sua constitucionalização propiciou o aprimoramento do ordenamento jurídico, onde a promoção do bem-estar social surge como um dos objetivos a serem perseguidos e executados pela Administração Pública. Neste sentido, destaca-se o surgimento do exercício do

poder de polícia, consistindo na possibilidade de uma entidade limitar direitos individuais de um particular para que se atendam os interesses públicos, sejam os da sociedade ou de outros particulares.

Deste conflito entre interesses coletivos e particulares, que resultam em restrições e imposições feitas pelo Estado, levantam-se diversos questionamentos acerca dos limites de atuação da Administração e o exercício do poder de polícia por seus agentes e, principalmente, por outras pessoas, sejam agentes públicos de outros setores ou ainda particulares em atividade concedida ou autorizada.

Neste sentido, a pesquisa busca discutir sobre a possibilidade, à luz do direito administrativo moderno, da delegação do poder de polícia para uma entidade privada e quais são os seus limites, em decorrência da complexidade dos bens tutelados e da capacidade limitada do Estado de agir.

O artigo se insere no ramo das Ciências Jurídicas e Sociais, nas áreas do Direito Administrativo e Direito Constitucional, sendo analisada em uma perspectiva holística.

Apresenta-se, então, o seguinte questionamento: o Estado pode delegar o exercício de suas atribuições? A hipótese trabalhada reconhece a sua limitação estrutural, bem como uma mudança de paradigmas conceituais, onde há a possibilidade de delegação de funções estatais.

Objetiva-se, com isso, avaliar a legitimidade e viabilidade da delegação do poder de polícia a outros entes estatais e particulares. A metodologia adotada foi a bibliográfica e documental.

A relevância acadêmica da pesquisa se demonstra no sentido de contribuir para o reconhecimento e consolidação da delegação como meio do exercício do poder de polícia em nome do Estado.

O presente artigo abordará o poder de polícia, seu conceito e seus fundamentos sob égide dos estudos atuais, a discussão em torno da possibilidade de delegação do poder de polícia, apresentando-se diferentes entendimentos doutrinários acerca do tema, e quais ciclos podem ser delegados e como o seu exercício é feito, apresentando os limites e parâmetros em que esta delegação é feita. Por fim, definiremos como a delegação do poder de polícia pode ser feita

para entidades privadas, respeitando os princípios do Direito Administrativo, os limites e objetos que esta delegação deve observar.

## 2 PODER DE POLÍCIA: CONCEITO E CARACTERÍSTICAS

O Poder de Polícia consiste na atribuição estatal de manutenção da ordem jurídica, onde o órgão público tem a capacidade de impor restrições aos particulares, não se confundindo com poder da polícia.

A previsão legal do poder de polícia encontra-se no artigo 78 do Código Tributário Nacional, que assim dispõe:

Art. 78: Considera-se poder de polícia atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranquilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos. (Redação dada pelo Ato Complementar n. 31, de 1966)

Parágrafo único. Considera-se regular o exercício do poder de polícia quando desempenhado pelo órgão competente nos limites da lei aplicável, com observância do processo legal e, tratando-se de atividade que a lei tenha como discricionária, sem abuso ou desvio de poder. (BRASIL, 1988)

O referente artigo encontra respaldado na indicação das espécies tributárias, em especial no artigo 145, inciso II, da Constituição da República de 1988, que define que:

Art. 145. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos:  
[...] II - taxas, em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição. (BRASIL, 1988)

O poder de polícia se reparte entre os poderes Executivo e Legislativo<sup>1</sup>, pois é regido pelo princípio da legalidade e está submetido às imposições legais que delimitam o seu campo de atuação. Ou seja, a Administração Pública limitará a liberdade individual desde que haja previsão legal para tal. Essa bipartição, conforme entendimento de Rafael Carvalho Rezende Oliveira, difere-se em dois sentidos: amplo e restrito. O autor afirma que em sentido amplo “o poder de polícia compreende toda e qualquer atuação estatal restritiva à liberdade e à propriedade que tem por objetivo a satisfação de necessidades coletivas”. (OLIVEIRA, 2017, p. 265)

Em sentido restrito (ou estrito), entende que o poder de polícia “significa o exercício da função administrativa, fundada na lei, que restringe e condiciona o exercício de direitos e atividades privadas, com o objetivo de implementar o interesse público”, estando relacionada à função estritamente administrativa, compreendendo apenas atos do Poder Executivo. (OLIVEIRA, 2017, p. 265)

Neste mesmo entendimento, José dos Santos Carvalho Filho reforça tal posicionamento ao estabelecer que o poder em sentido estrito ao dar origem polícia administrativa, de fato subjugou sua atuação a limites estabelecidos por lei. (CARVALHO FILHO, 2015, p. 76)

Portanto, o poder de polícia se difere da chamada “polícia administrativa”, tendo em vista que o primeiro está ligado à atividade legislativa, enquanto o segundo relaciona-se com a edição e aplicabilidade de atos da administração.

O poder de polícia se divide em duas categorias: polícia administrativa e polícia judiciária. Ao se falar da “polícia administrativa”, Maria Sylvia Zanella Di Pietro afirma que sua atuação possui caráter preventivo, ou seja, um dos objetivos da atuação, visa a proibição de condutas antissociais bem como futuras infrações ao ordenamento jurídico. (DI PIETRO, 2014, p. 125)

---

1 O Poder de Polícia não é exercido pelo Poder Judiciário, tendo em vista que se trata de poder exercido pela Administração Pública.

Gustavo Binenbojm destaca que a atuação preventiva fiscalizatória é “aquela realizada a *ex officio*” pela administração pública, sem a necessidade de haver uma prévia provocação ao agente fiscalizador. Nesta linha de entendimento, José dos Santos Carvalho Filho (2015, p. 86) aduz que a forma preventiva “incide basicamente sobre *atividades* dos indivíduos”, ou seja, o seu campo de atuação visa evitar a consumação de um eventual dano social que prejudique os interesses da coletividade. (BINENBOJM, 2016, p. 33; CARVALHO FILHO, 2015, p. 86)

Por outro lado, o poder de polícia possui como uma segunda categoria, a chamada “polícia judiciária”, que possui uma atuação de forma repressiva, que visa a punição ao particular que infringir as leis do ordenamento jurídico pátrio.

Para tal definição, à luz das observações de Gustavo Binenbojm (BINENBOJM, 2016, p. 33; CARVALHO FILHO, 2015, p. 103), o controle repressivo é feito “a partir da constatação de uma infração administrativa já perpetrada”. Assim, compreendemos que a Administração Pública deverá tomar as medidas necessária para que se coíba de maneira sublime, eficiente e rígida a prática de atividade de desrespeitam as leis vigentes.

As três principais características do referido poder em estudo, são: discricionariedade, autoexecutoriedade e a coercibilidade, amplamente debatidos pela doutrina. Outra característica, bem menos estudada, é a sua (in)delegabilidade para entidades privadas, objeto do presente artigo, a ser delineada nas linhas subsequentes.

### **3 A DELEGABILIDADE DO PODER DE POLÍCIA É POSSÍVEL?**

#### **3.1 A indelegabilidade do poder de polícia**

Para Celso Antônio Bandeira de Mello, os atos de polícia administrativa não poderiam ser delegados para o particular por se tratar de atos jurídicos específicos do poder público, ou seja, de autoridade pública. Isso porque o exercício do poder de polícia exigiria as garantias e a estabilidade inerente ao regime público. O regime celetista, típico das pessoas jurídicas de direito privado, seria incompatível com

o exercício do poder de polícia. No entanto, ressalva para situações excepcionais ou hipóteses muito específicas, citando como exemplo a possibilidade de exercício de poder de polícia por capitães de navio. (MELLO, 2011, p. 832)

O autor complementa o presente entendimento sob a alegação de que os exercícios típicos da Administração Pública, quando praticados pelo particular em matérias que envolverem causas de liberdade e propriedade, poderiam ensejar uma ofensa ao equilíbrio entre entidades privadas, onde uma poderia exercer supremacia sobre outras. Este era o entendimento tradicional do Supremo Tribunal Federal, veiculado na Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.666, de 1997<sup>2</sup> e posteriormente reafirmada na ADI nº 1717<sup>3</sup>. (MELLO, 2011, p. 832)

Por outro lado, o doutrinador entende que atos materiais “que precedem atos jurídicos de polícia” podem ser praticados por particular “mediante delegação, propriamente dita ou em decorrência de um simples contrato de prestação”. Ou seja, os particulares podem realizar os chamados “atos materiais sucessivos” ao ato de polícia, que consiste na execução de atos que interferem na propriedade dos administrados, mas não em relação à liberdade deles, uma vez que a seu ver, viola o princípio da igualdade. (MELLO, 2011, p. 833)

---

2 A ADI n. 1.666, proposta pelo Partido Comunista do Brasil, Partido dos Trabalhadores e Partido Socialista Brasileiro, tinha por objetivo a declaração de inconstitucionalidade das leis estaduais n. 10847/1996 e 10848/1996, ambas do Estado do Rio Grande do Sul que regulamentavam e autorizavam a concessão da execução de serviços de vistoria para efeitos de licenciamento às entidades privadas. iniciativa privada. O julgamento ainda está em tramite, mas grande parte dos votos pugnam pela interpretação conforme da Lei n. 10.847/1996, no sentido de excluir a delegabilidade de poderes de polícia aos particulares. BRASIL. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.666 MC, rel. Min. Carlos Velloso, Tribunal Pleno, j. em 16/06/199, DJ de 27/02/2004.

3 Esta ADI foi impetrado pelo PC do B, PT e PDT, e questionava a fiscalização de profissões regulamentadas por entes privados, através de uma autorização legislativa que permitia a delegação pelo poder público. O dispositivo questionado na referida ADI era o art. 58 e seus parágrafos da Lei. 9.649/1998. Nesse caso, o STF assentou pela “indelegabilidade a uma entidade privada, de atividade típica do Estado, que abrange até poder de polícia, de tributar e de punir, no que concerne ao exercício de atividades profissionais regulamentadas”. <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266741> Acesso em: 2 jan. 2021.

Thiago Marra afirma que a visão apresentada por Celso Antônio Bandeira de Mello constitui um entendimento tradicional do poder de polícia, demonstrando certa ilegalidade na execução contra a liberdade dos administrados. (MARRARA, 2015, p. 255-278)

O posicionamento doutrinário de Di Pietro se assemelha ao de Bandeira de Mello, tendo em vista que a respectiva autora acrescenta a indelegabilidade para entes particulares como uma característica intrínseca do poder de polícia. (DI PIETRO, 2014, p. 126)

Para a autora, o poder de polícia por ser uma atividade negativa, ou seja, seu exercício irá trazer “um benefício, uma utilidade aos cidadãos”, distinguindo-se das chamadas “atividades positivas”, pois não trata de serviços públicos e restringe direitos individuais do particular. Portanto, em razão da limitação imposta às condutas individuais de atos que contrariam o interesse público, o seu exercício torna-se indelegável. (DI PIETRO, 2014, p. 129)

Di Pietro aduz que a indelegabilidade decorre de “prerrogativas próprias do poder público”, afirmando que atividades repressivas não podem ser delegadas a um particular e que os atributos da autoexecutoriedade e da coercibilidade “só podem ser atribuídos a quem esteja legalmente investido em cargos públicos”. (DI PIETRO, 2014, p. 128-129)

Surgem então as seguintes indagações: será que os “atos preparatórios ao ato de polícia”, conforme exposto por Bandeira de Mello, integram efetivamente o exercício de polícia administrativa? A delegação poderia violar o princípio da impessoalidade e da legalidade ao ser atribuído à pessoa que não exerça cargo público?

Thiago Marrara responde, ao aduzir que na “qualidade de ações de suporte, as atividades de meio e as atividades opinativas, não estão aptas diretamente a viabilizar, modificar ou obstar o exercício de direitos”. Assim, na sua visão, tais ações não importam efeitos jurídicos diretos que enseje a efetivação do poder de polícia, demonstrando que atualmente, a delegabilidade torna-se inevitável e desvincula-se desta corrente doutrinária tradicionalista. (MARRARA, 2015, p. 255-278)

### 3.2 A delegabilidade dos ciclos do poder de polícia

O ciclo de polícia é dividido em quatro fases, a saber: ordem, consentimento (subdividido em licença e autorização), fiscalização e sanção. Para exposição delas, usaremos os entendimentos propostos por Rafael Oliveira.

A primeira fase do ciclo é a sua “ordem”, que na visão do respectivo autor, consiste nas “restrições e as condições para o exercício das atividades privadas”. Nesta fase, a Administração exerce de maneira efetiva o exercício do poder de polícia sob o particular, impondo seus limites e sanções a serem seguidos por ele.

A segunda fase do ciclo consiste no “consentimento” do Estado para que o particular desenvolva certo tipo de atividade. Para tal exposição, o autor mencionado subdivide o consentimento estatal em duas categorias distintas: a licença e a autorização, sendo, respectivamente, um ato vinculado e um ato discricionário. (OLIVEIRA, 2017, p. 269)

A “fiscalização”, em seu turno, dispõe sobre a atividade fiscalizatória de ordem e de consentimento de polícia, que deve ser cumprido pelo particular. O seu exercício pode ser deflagrado de ofício ou por provocação de eventual interessado. Na visão de José dos Santos Carvalho Filho - e como destacado anteriormente -, o exercício de fiscalização apresenta um aspecto duplo, sendo um “preventivo”, através do qual os “agentes da Administração procuram impedir um dano social” e um “repressivo”, pois em face da “transgressão da norma de polícia, redundando na aplicação de uma sanção”. Neste sentido, poderemos citar como exemplo, a demolição de logradouros construídos clandestinamente em áreas públicas. (CARVALHO FILHO, 2015, p. 87)

A sanção, por sua vez, consiste na “medida coercitiva aplicada ao particular que descumpra a ordem de polícia ou os limites impostos no consentimento de polícia” (OLIVEIRA, 2017, p. 269). Neste caso, salientamos como exemplo, a aplicação de multa de trânsito para veículos automóveis estacionados em lugares irregulares ou que transitam em velocidade acima do permitido, facultando ao particular contestar as referidas sanções dentro do âmbito interno da administração pública.

A doutrina administrativa moderna vem divergindo quais ciclos de polícia são possíveis de delegação.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto realiza uma releitura do poder de polícia, compreendendo-o como um “tipo de função estatal que deve ser exercida por quem receba a necessária competência da Constituição e das leis”. Trata-se, em sua visão, não de uma faculdade, mas sim uma atividade, “recoloca-se em seu devido lugar no Estado Democrático de Direito, no qual as liberdades e os direitos fundamentais devem ser considerados como a regra”. Quando à limitação e o condicionamento do poder de polícia, o autor estabelece uma exceção onde a titularidade é deslocada entre o Executivo e o Legislativo. (MOREIRA NETO, 1998, p. 33)

A partir do entendimento exposto, o doutrinador entende que as fases de consentimento de polícia e fiscalização de polícia são atividades administrativas delegáveis em razão do reconhecimento da “origem popular do poder”. Destaca que o legislador pode atuar “dentro de um espaço discricionário próprio”, ou seja, os limites da delegabilidade de atividades inerentes à Administração Pública devem ser expressos constitucionalmente, considerados os que implicitamente encontram-se reservados ao exercício de coerção legítima própria do Estado. (MOREIRA NETO, 1998, p. 34)

A decisão do Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial nº 817.534 ilustra esta tese. No caso, se discutiu a possibilidade da Empresa de Transporte e Trânsito de Belo Horizonte (BHTRANS) exercer atos fiscalizatórios, uma vez que se trata de uma entidade privada (sociedade de economia mista). A Turma, com a relatoria do ministro Mauro Campbell Marques, entendeu que apenas os atos de consentimento e fiscalização do poder de polícia poderiam ser delegados para pessoas jurídicas de direito privado, além da impossibilidade de delegação dos atos de ordenação e sanção por serem derivados exclusivamente do Estado.<sup>4</sup>

---

4 No ano de 2012, em razão da repercussão geral, o mérito da presente discussão passou a ser processado como RE n. 840.230 no Supremo Tribunal Federal e permanece sem julgamento até a presente data.

Por outro lado, de forma um pouco mais restrita, José dos Santos Carvalho Filho entende que “apenas a fiscalização de polícia poder ser delegada e as entidades privadas delegatárias devem integrar a Administração Indireta, não sendo lícita às entidades privadas em geral”. (CARVALHO FILHO, 2015, p. 80)

O autor destaca que não há “uma vedação constitucional para que pessoas administrativas de direito privado possam exercer o poder de polícia *em sua modalidade fiscalizatória*” (CARVALHO FILHO, 2015, p. 80-81). Sendo assim, diante da impossibilidade de um ente privado criar uma norma restritiva de polícia, não há um impedimento para que exerçam a fiscalização das restrições impostas ao particular. Cita-se como exemplo, a possibilidade que o Código Brasileiro de Trânsito faculta a quem tem o poder de comprovar a infração, podendo ser um servidor civil, estatutário, celetista ou policial militar designado pela autoridade de trânsito.

Todavia, José Carvalho dos Santos Filho alerta que a delegação do poder de polícia “não pode ser outorgada a pessoas da iniciativa privada, desprovidas de vinculação oficial com os entes públicos”, sob a égide de que uma parceria não será dotada de potestade para que seja desempenhado a atividade de polícia administrativa, conforme estabelecido na ADI nº 1.717-DF de relatoria do ministro Nelson Jobim que declarou a inconstitucionalidade da delegação da fiscalização de profissões regulamentadas para entes privados. (CARVALHO FILHO, 2015, p. 82)

Ainda neste sentido, o autor aduz que para o efetivo exercício da fiscalização, a Administração Pública em determinadas ocasiões deve atribuir por meio de contrato a “operacionalização material da fiscalização através de máquinas especiais”, destacando que o Estado não abre mão do poder de polícia e nem delega, apenas atribui meios operacionais para a realização da tarefa fiscalizatória sem retirar a sua titularidade assegurada pela lei, valendo a mesma exposição para fixação e manutenção de equipamentos fiscalizatórios de restrição de polícia, como por exemplo, a utilização de pardais de trânsito. (CARVALHO FILHO, 2015, p. 82)

De forma inovadora e inusitada, o desembargador do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, Nagib Slaibi Filho, nos autos das Representações de Inconstitucionalidade nº 2003.007.00146 e nº 2003.007.109, em que se discutia a inconstitucionalidade da Lei nº 1887/92 tendo em vista a possibilidade de exercício do poder de polícia pela Guarda Municipal, que a época era tratada como uma empresa pública.

A ideia exposta pelo relator foi pioneira no sentido da delegação em sua totalidade, até então jamais vista no ordenamento jurídico. A possibilidade teve como embasamento jurídico, o fundamento de determinados artigos constantes no Código de Trânsito Brasileiro (CTB).

Na mesma hipótese, o relator complementou ao justificar a delegação integral dos ciclos de polícia administrativa com o exposto no artigo 37 da Constituição Federal, que sob seu entendimento, o poder de polícia não seria emanado da Administração Pública e sim, pela vontade soberana do povo. Destacou, ainda, a possibilidade de um indivíduo prender outro em caso de ilícito penal em flagrante.

O Desembargador-relator do processo é sucinto e direto em seu voto ao afirmar que “os serviços municipais, entre os quais o de regulação de trânsito nas vias públicas, poderiam ser até mesmo delegados a empresas não-estatais, inclusive a permitir a terceirização”.

A fundamentação legal da exposição acima encontra-se embasada nos artigos 1º, 2º, 5º, 24 e 25 da Lei nº 9.503/97 que concede competências para que o Município efetive o devido exercício regular de fiscalização de trânsito.

Destacamos que o artigo 280 do CTB estabelece a possibilidade de autuação de infrações (poder de sanção) por servidores civis, estatutários ou celetistas, o que embasa o fundamento apresentado por Nagib Slaibi na relatoria das Representações.

A questão da delegabilidade do poder de polícia ainda permanece quente na doutrina e novos rumos podem vir a serem determinados com a decisão do Supremo Tribunal Federal na ADI n. 5508, cuja retomada do julgamento ocorreu recentemente, em dezembro de 2017<sup>5</sup>.

---

5 Vide: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=364813> Acesso em: 2 jan. 2021.

## **4 QUAIS PARTICULARES PODEM EXERCER O PODER DE POLÍCIA?**

Neste tópico, analisaremos as eventuais possibilidades de exercício do poder de polícia por pessoas jurídicas de direito privado, bem como as limitações expostas pela doutrina moderna.

### **4.1 Delegabilidade do poder de polícia para entes da administração pública indireta**

Segundo a doutrina moderna, as empresas estatais, por integrarem a Administração Pública Indireta, gozam de determinadas prerrogativas públicas, mesmo que possuam natureza privada. Os entendimentos doutrinários trazidos à tona, conflitam com a corrente que defende a indelegabilidade total do exercício de polícia administrativa.

Mesmo que possuem um regime jurídico de direito privado, as empresas estatais exercem funções que seriam feitas direta e exclusivamente pelo Estado. Como exemplo do exercício destas prerrogativas, Gustavo Binjenbojm cita como exemplo os “atos de império no âmbito de licitações e concursos públicos por imperativo do art. 37, II e XXI, da Constituição de 1988”. (BINENBOJM, 2016, p. 273) Tal explicação se deve ao fato de que tais atos são típicos do Estado, além de serem passíveis de impetração de mandado de segurança contra atos que atentem direito líquido e certo.

A principal consolidação jurídica da presente possibilidade, se deu com o julgamento do RE nº 220.906, ocasião em que o Supremo Tribunal Federal entendeu que empresas estatais prestadoras de serviço público “possuem prerrogativas públicas”.

Na visão de Gustavo Binjenbojm, estas prerrogativas públicas são tratadas como “autarquia das empresas estatais prestadoras de serviços públicos ou de feição autárquica”. Assim, compreendemos que estes tipos de empresas estatais podem ser utilizar-se de um regime de natureza pública, assemelhado ao das autarquias (natureza jurídica de direito público). (BINENBOJM, 2016, p. 273)

O autor mencionado destaca que este reconhecimento referente as atribuições, ocorre em “maior ou menor medida, com o exercício de parcelas do poder de polícia”, ou seja, mesmo que a entidade estatal exerça uma determinada atividade de exploração econômica, ela poderá exercer parte do poder ordenador devendo atentar sempre para a finalidade público, o princípio da supremacia do interesse público, a coletividade. (BINENBOJM, 2016, p. 275)

Entretanto, certos doutrinadores entendem que entidades estatais que atuem visando a captação de lucro não podem exercer o poder de polícia, enquanto que para outros, como por exemplo José Vicente Santos de Mendonça (2009, p. 97-118), condiciona a delegabilidade ao cumprimento de três requisitos sumariamente importantes: necessidade de possuir um capital com totalidade pública, que não atuem na economia como um agente de concorrência e deve ser acidental quanto as relações de prestação de serviços públicos.

Para explicar os três pontos expostos, o autor sugere que as estatais devem ter apenas capital público, ou seja, necessitam ser autarquias, impossibilitando a delegação de polícia administrativa para sociedades de economia mista. No entanto, estabelece uma ressalva para sociedades de economia mista que exclusivamente possuam em seu quadro acionistas privados que integrem o Conselho de Administração e que a “presença de capital privado propriamente dito seja insignificante”. (MENDONÇA, 2009, p. 99)

Quanto ao segundo requisito destacado pelo doutrinador, a impossibilidade de as empresas públicas atuarem como concorrentes na economia se dá em razão da necessidade de preservar o princípio da isonomia e devem ser prestadoras de serviços públicos.

O terceiro e último argumento abordado acerca da necessidade de ser um serviço acidental quantos as prestações de serviço público, o autor entende que “não pode existir uma empresa pública cujo objeto social seja o de exercer a polícia administrativa das profissões, ambiental, urbanísticas etc.” (MENDONÇA, 2009, p. 102).

Por fim, expõe que apenas empresas públicas prestadoras que prestam serviços públicos poderiam exercer o poder de império, pois as empresas públicas atuantes em atividades econômicas poderiam violar a igualdade de concorrência.

Em entendimento semelhante ao apresentado por José Vicente Santos de Mendonça mas com alguns pontos divergentes, Gustavo Binenbojm utiliza como linha doutrinária o entendimento estabelecido pelo STF no RE nº 253.472, em que o STF reconheceu a imunidade tributária recíproca para as empresas prestadoras de serviço público. Neste sentido, compreende que as sociedades de economia mista podem exercer o ato de polícia administrativa desde que estejam embasados por lei, independente de ter seu capital público ou privado. (BINENBOJM, 2016, p. 283)

Afirma ainda, a necessidade de ter em seu objeto social “funções que estejam relacionadas às atividades-fim estatais”; que as empresas que possuem como finalidade a captação de lucro, não possuam como destinação o aumento de patrimônio do Estado ou de sociedades de economia mista, estando a delegação limitada por lei e com uma política de transparência, prestação de contas e proteção de minoritários, caso trate-se de uma sociedade de economia mista. E concluindo seu posicionamento, aduz que não poderá “haver um desequilíbrio concorrencial odioso, sob pena de quebra dos princípios da livre concorrência e do exercício de atividade profissional ou econômica lícita”. (BINENBOJM, 2016, p. 283)

#### **4.2 Delegabilidade do poder de polícia para outras entidades de natureza privada**

A doutrina moderna ainda investiga a possibilidade de delegação para empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, uma vez que a sua natureza jurídica é inteiramente privada, não integrando o rol de empresas estatais.

Apesar das entidades privadas não integrarem a Administração Pública direta, estas são delegatárias de certa atividade pública que em decorrência desta

mesma, pode ocorrer a possibilidade de exercício parcial do poder de polícia apresentados pelos entendimentos da doutrina moderna.

A delegabilidade do poder ordenador não será feita de forma única, como objeto principal, e sim como acessório em relação a prestação de serviço público. Destacamos que a delegabilidade de polícia administrativa para a iniciativa privada não significa a privatização de funções públicas inerentes à Administração.

Para este entendimento, Gustavo Binenbojm (2016, p. 283) citando Pedro Gonçalves, afirma que as concessionárias e permissionárias de serviço público podem exercer o ato de império dentro do exercício regular das atividades que lhe foram concedidas e com previsão expressa em lei e nos contratos de concessão e permissão:

(i) poderes públicos regulamentares em caráter infralegal, por meio dos quais os delegatários elaboram regulamentos próprios de instrução aos usuários quanto à prestação de serviços públicos; (ii) poderes impositivos e de execução coercitiva, por meio dos quais eles exercem funções específicas de comando sobre terceiros no que concerne à prestação do serviço público delegado; e (iii) poderes públicos administrativos gerais, que garantem o poder de celebrar contratos administrativos na condição de Poder Público, instituindo-se cláusulas exorbitantes.

Para corroborar com o exposto acima, o autor cita como exemplo o mencionado no art. 17 da Lei n. 12.815/2013<sup>6</sup>, que ao instituir o novo marco

---

6 “Art. 17: A administração do porto é exercida diretamente pela União, pela delegatária ou pela entidade concessionária do porto organizado. § 1º Compete à administração do porto organizado, denominada autoridade portuária: I - cumprir e fazer cumprir as leis, os regulamentos e os contratos de concessão; II - assegurar o gozo das vantagens decorrentes do melhoramento e aparelhamento do porto ao comércio e à navegação; III - pré-qualificar os operadores portuários, de acordo com as normas estabelecidas pelo poder concedente; IV - arrecadar os valores das tarifas relativas às suas atividades; V - fiscalizar ou executar as obras de construção, reforma, ampliação, melhoramento e conservação das instalações portuárias; VI - fiscalizar a operação portuária, zelando pela realização das atividades com regularidade, eficiência, segurança e respeito ao meio ambiente; VII - promover a remoção de embarcações ou cascos de embarcações que possam prejudicar o acesso ao porto; VIII

regulatório, estabeleceu para as concessionárias a possibilidade de exercício de atos sancionatórios, fiscalizatórios, coativos, regulamentares, arrecadatários e de consentimento.

O autor destaca que a lei supramencionada possibilitou que as atividades exercidas por autoridades portuárias sejam vistas como uma forma em que se ampliou o exercício de polícia administrativa por particulares delegatários de serviços públicos.

Em opinião semelhante, Rafael Oliveira (2017, p. 281-282) expõe que algumas parcelas do poder de polícia são passíveis de delegação para entidades privadas. Para o presente autor, deve-se respeitar 5 (cinco) quesitos para que torne o ato possível. O primeiro item a ser respeitado é a preponderância de entidades de direito público, tendo em vista que o exercício de polícia administrativa por entidades privadas deve ser feita de maneira excepcional; o segundo quesito, é o dever de observância ao princípio da legalidade, pois há necessidade de existir parâmetros em lei para a delegação. O quarto quesito dispõe que o administrador só poderá delegar atividades instrumentais ou técnicas, sendo intransferíveis as

---

- autorizar a entrada e saída, inclusive atracação e desatracação, o fundeio e o tráfego de embarcação na área do porto, ouvidas as demais autoridades do porto; IX - autorizar a movimentação de carga das embarcações, ressalvada a competência da autoridade marítima em situações de assistência e salvamento de embarcação, ouvidas as demais autoridades do porto; X - suspender operações portuárias que prejudiquem o funcionamento do porto, ressalvados os aspectos de interesse da autoridade marítima responsável pela segurança do tráfego aquaviário; XI - reportar infrações e representar perante a Antaq, visando à instauração de processo administrativo e aplicação das penalidades previstas em lei, em regulamento e nos contratos; XII - adotar as medidas solicitadas pelas demais autoridades no porto; XIII - prestar apoio técnico e administrativo ao conselho de autoridade portuária e ao órgão de gestão de mão de obra; XIV - estabelecer o horário de funcionamento do porto, observadas as diretrizes da Secretaria de Portos da Presidência da República, e as jornadas de trabalho no cais de uso público; e XV - organizar a guarda portuária, em conformidade com a regulamentação expedida pelo poder concedente. § 2º A autoridade portuária elaborará e submeterá à aprovação da Secretaria de Portos da Presidência da República o respectivo Plano de Desenvolvimento e Zoneamento do Porto. § 3º O disposto nos incisos IX e X do § 1º não se aplica à embarcação militar que não esteja praticando comércio. § 4º A autoridade marítima responsável pela segurança do tráfego pode intervir para assegurar aos navios da Marinha do Brasil a prioridade para atracação no porto.”

atividades punitivas e ligadas à soberania de Estado. O quarto quesito determina a obediência ao princípio da razoabilidade e proporcionalidade para que não ocorram eventuais arbitrariedades. Como último quesito, o autor destaca que “o exercício do poder de polícia pelos particulares deve respeitar os direitos e garantias dos administrados”. Aqui, o autor destaca a imparcialidade e objetividades no momento da utilização de instrumentos que possibilitem detectar a infração.

Após a explanação das visões apresentadas e diante das inovações trazidas pela doutrina moderna, defendemos que a delegação do poder de polícia pode ser realizada para entidades privadas, incluindo ainda, a participação popular e a utilização de meios e instrumentos tecnológicos.

Para exemplificar o entendimento feito acima, destacamos que o Decreto Estadual nº 46.072/17 ao regulamentar a Lei Estadual nº 7.250/16 que vigora no Estado do Rio de Janeiro, possibilitou o exercício fiscalizatório dos vagões femininos dos transportes ferroviários e metroviários dentro dos horários estabelecidos na legislação, pudesse contar com a participação tanto popular quanto dos agentes de segurança das concessionárias.

Através de um número de telefone disponibilizado no interior dos vagões durante todo o horário de circulação de trens e metrô, as mulheres podem colaborar com a fiscalização dos respectivos vagões junto aos agentes das concessionárias ao informar através do presente meio, uma eventual violação à lei durante os horários matutino e vespertino das 6h às 9h e de 17h e 20h.

As concessionárias, por sua vez, a fim de propiciar uma fiscalização eficiente, devem manter no interior de seus vagões, câmeras ligadas durante todo o horário funcional. Destacamos que a lavratura da multa é de competência das autoridades da administração pública, devendo os agentes de segurança, encaminharem os infratores para as delegacias policiais.

Assim, entendemos que na conjuntura atual, a delegabilidade do poder de polícia é inevitável e a participação da população junto ao aprimoramento para detectar violações à lei através de mecanismos tecnológicos, são essenciais para a aplicação de atos sancionatórios.

## 5 MEIOS PARA DELEGAÇÃO DO PODER DE POLÍCIA

O meio inicial em que o poder de polícia se manifesta, é através de atos legislativos. Tais atos são responsáveis pelas limitações administrativas, tendo em vista o caráter restritivo. Neste sentido, por ser competente para regulamentar as normas jurídicas, do ponto de vista técnico, compreendemos que há uma necessidade de o Poder Legislativo detalhar a aplicação destas normas à Administração Pública.

A partir de tal explicação, entendemos que a delegação do presente poder pode se dar através de atos normativos infralegais, ou seja, a delegabilidade através de portarias, instruções normativas, resoluções e entre outros tipos, desde que esteja em consonância com a lei vigente.

Conforme os ensinamentos de José dos Santos Carvalho Filho, conclui-se que a Administração Pública atua de formas diferenciadas, seja com atos normativos, que na visão do presente autor possuem um conteúdo “genérico, abstrato e impessoal, qualificando-se, por conseguinte, como atos dotados de amplo círculo de abrangência” ou por atos concretos, que decorrem das sanções das fiscalizações, seja com a aplicação de multas ou na emissão de licenças. (CARVALHO FILHO, 2015, p. 85)

Neste diapasão, para exemplificar os conceitos acima, temos que os atos de portaria, resolução, decretos, regulamentos e instruções normativas configuram-se com uma maior abrangência no campo da aplicabilidade, tendo em vista que caso a Administração opte por regular o exercício de uma determinada profissão, deverá editar atos normativos, enquanto para realizar a interdição de um estabelecimento comercial, a Administração pratica um ato concreto.

Destacamos que a possibilidade de haver delegação do poder de polícia através de atos infralegais encontra-se respaldada pela teoria kelseniana. Conforme exposto por Daniel Sarmiento, para Hans Kelsen “o ordenamento jurídico é escalonado, e a Constituição ocupa o seu ápice, ela deve conter normas que atribuam poderes para as autoridades estatais produzirem outras normas”, assim,

entendemos que é possível que um determinado ato de polícia administrativa seja delegável através de uma portaria, uma resolução ou até mesmo por um decreto, desde que esteja previsto em lei e que tal lei não desrespeite as normas positivadas na Constituição Federal, afim de que não torne o respectivo ato passível de nulidade. (SARMENTO, 2012, p. 272)

## 6 CONCLUSÃO

O presente trabalho demonstrou a evolução histórica e doutrinária que o poder de polícia sofreu até chegar ao entendimento de hoje, compreendendo que o poder de polícia é uma atividade estatal exercido pela Administração Pública, o qual decorre diretamente da natureza do Estado. Esta atividade impõe e limita o exercício de determinados direitos individuais para efetivar os interesses da coletividade, sendo sua delegação algo inevitável.

Após a delimitação do conceito e das principais características do poder de polícia, passamos a análise da possibilidade de delegação do poder de polícia. Inicialmente, observamos a doutrina clássica de Celso Antônio Bandeira de Mello, também seguida por Maria Sylvia Zanella Di Pietro, que sustenta a indelegabilidade dos atos de polícia administrativa para entidades particulares, em razão da sua incompatibilidade com o regime privado. Apesar de ter sido este posicionamento tradicional abalizado pelo Supremo Tribunal Federal em momentos anteriores, entendemos que, à luz da doutrina administrativista moderna, a delegabilidade do poder de polícia passa a ser algo inevitável diante da complexidade da nossa organização social.

Com relação a delegabilidade do poder de polícia, observamos, inicialmente, as fases do poder de polícia que podem ser objeto de delegação, com divisão clara de três correntes. Uma primeira, capitaneada por Diogo Figueiredo Moreira Neto, que sustentava a possibilidade da delegação das fases do consentimento e da fiscalização do poder de polícia. Uma segunda um pouco mais restrita, liderada por José dos Santos Carvalho Filho, que postulava

a possibilidade de delegação apenas da fiscalização de polícia. E, por fim, uma terceira, veiculada judicialmente pelo desembargador Nagib Slaibi, que pugnava pela delegabilidade de todos os ciclos de polícia.

Em sequência, contextualizamos a discussão das entidades privadas que podem ser destinatárias da delegação do poder de polícia. Inicialmente, abordamos os posicionamentos doutrinários que sustentam a possibilidade de delegação do poder de polícia para entidades da Administração Pública Indireta. A doutrina se posiciona se forma esparsa com relação a delegabilidade do poder de polícia para empresas estatal, havendo quem sustente a sua possibilidade ou impossibilidade a depender da natureza da empresa – se empresa pública ou se sociedade de economia mista – ou ainda da natureza da atividade – se estatal prestadora de serviço público ou exploradora de atividade econômica. Os posicionamentos de Gustavo Binbenojm e de José Vicente Santos de Mendonça foram explanados.

De forma mais avançada, há quem sustente, na linha de Pedro Gonçalves e de Rafael de Oliveira, a delegabilidade do poder de polícia inclusive para entidades privadas que não pertencem a Administração Pública Indireta, como é o caso das concessionárias e permissionárias. Este posicionamento mais amplo, ao nosso ver, é o que melhor se adequa com a nossa evolução social e que melhor responde aos anseios do Direito Administrativo Moderno.

Abordadas as diferentes correntes doutrinárias presentes no âmbito do Direito Administrativo acerca das possibilidades e impossibilidades da delegação do poder de polícia, observou-se também os meios necessários para a delegação do poder de polícia.

Por fim, conclui-se que, diante da constitucionalização do Estado Democrático de Direito, a delegação do poder de polícia é inevitável. Há necessidade de um alargamento do rol de entidades que podem exercer o presente poder, pois concessionárias e permissionárias, entidades estas, particulares, já exercem os atos de fiscalização e consentimento de polícia. Destaca-se, inclusive, a existência de normas jurídicas que propiciam a participação popular e o uso da tecnologia para aprimorar o exercício de fiscalização de polícia administrativa.

Ao nosso ver, soluções que não abarquem a possibilidade de entidades privadas, componentes ou não da Administração Pública, exercerem o poder de polícia estão em dissenso com a realidade e com as necessidades da Administração Pública Moderna.

## REFERÊNCIAS

BINENBOJM, Gustavo. **Poder de Polícia, ordenação, regulação: transformação político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador**. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)

BRASIL. **Código Tributário Brasileiro**, 1966. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l5172compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172compilado.htm) Acesso em: 2 jan. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/> Acesso em: 2 jan. 2021.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2014.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Manual de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2014.

GONÇALVES, Pedro Antonio Pimenta da Costa. **Entidades privadas com poderes públicos: o exercício de poderes públicos de autoridade por entidades privadas com funções administrativas**. Coimbra: Almedina, 2008, p. 805-806.

MARRARA, Thiago. O exercício do poder de polícia por particulares. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 269, p. 255-278, maio/ago. 2015.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2001.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2015.

MENDONÇA, José Vicente Santos de. Estatais com poder de polícia: por que não? **Revista de Direito Administrativo (RDA)**, Rio de Janeiro, v. 252, p. 97-118, 2009.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Gen, 2017.

SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Direito Constitucional: Teoria, História e Métodos de Trabalho**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

#### **AUTORES(AS) CONVIDADOS(AS)**