

# BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO vol. 1112

(Ano XIV)

(10/09/2022)

ISSN - 1984-0454



BRASÍLIA

## Conselho Editorial

**VALDINEI CORDEIRO COIMBRA** (DF): Mestre em Direito Penal Internacional pela Universidade de Granada - Espanha. Mestre em Direito e Políticas Públicas pelo UNICEUB. Especialista em Direito Penal e Processo Penal pelo ICAT/UDF. Pós-graduado em Gestão Policial Judiciária pela ACP/PCDF-FORTIUM. Professor Universitário. Advogado. Delegado de Polícia PCDF/Ap.

**MARCELO FERNANDO BORSIO** (MG): Pós-doutor em Direito da Seguridade Social pela Universidade Complutense de Madrid. Pós-Doutorando em Direito Previdenciário pela Univ. de Milão. Doutor e Mestre em Direito Previdenciário pela Pontifícia Universidade Católica/SP.

**FRANCISCO DE SALLES ALMEIDA MAFRA FILHO** (MT): Doutor em Direito Administrativo pela UFMG.

**RODRIGO LARIZZATTI** (DF/Argentina): Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidad del Museo Social Argentino - UMSA.

**MARCELO FERREIRA DE SOUZA** (RJ): Mestre em Direito Público e Evolução Social u, Especialista em Direito Penal e Processo Penal.

**KIYOSHI HARADA** (SP): Advogado em São Paulo (SP). Especialista em Direito Tributário e em Direito Financeiro pela FADUSP.

**SERGIMAR MARTINS DE ARAÚJO** (Montreal/Canadá): Advogado com mais de 10 anos de experiência. Especialista em Direito Processual Civil Internacional. Professor universitário.

**CAMILA ALENCAR COIMBRA:** Bacharelanda em Jornalismo. Colaboradora em editoração.

País: **Brasil**. Cidade: **Brasília – DF**. Endereço: SIG SUL, Q. 01, lote 495, sala 236, Ed. Barão do Rio Branco, CEP. 70610-410. Tel. (61) 991773598

Contato: [editorial@conteudojuridico.com.br](mailto:editorial@conteudojuridico.com.br)

[WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR](http://WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR)

QR code do Volume 1112



**Boletim Conteúdo Jurídico.**

Jurídico, Boletim Conteúdo, vol. 1112, (ano XIV) ISSN – 1984-0454 / Boletim Conteúdo Jurídico, Brasília, DF. 2022. *968 f.*

Revista eletrônica Interdisciplinar com predominância na área do Direito. Obra coletiva.

Recurso *online*. Publicação semanal.

ISSN 1984-0454

Coordenação: Valdinei Cordeiro Coimbra.

1. Portal de conteúdo Jurídico. 2. Interdisciplinar. Direito. 3. Filosofia. Educação. 4. Outros.

CDD – 020.5

## SUMÁRIO

### COLUNA



**Lei Henry Borel (Lei 14.344/22) – principais aspectos**  
*Eduardo Luiz Santos Cabette, 09.*

### ARTIGOS

**A relevância da tipificação da homofobia**

*João Pereira da Silva Júnior, 76.*

**Constitucionalismo e suas concepções**

*Elisa Rocha Teixeira Netto, 84.*

**Violência policial e omissão estrutural: uma análise da decisão do Supremo Tribunal Federal na “ADPF das favelas”**

*Haeckel Rodrigo Bulcão da Silva, 90.*

**Inteligência Artificial e Governos: Os Limites do Poder de Vigiar**

*Bruno da Silva Batalha, 100.*

**Legitimidade passiva do agente público causador do dano e a condenação do ex-procurador da república Deltan Dallagnol: afinal, como anda a jurisprudência?**

*Evandro Kappes, 113.*

**Espécies de testamentos ordinários no direito pátrio**

*João Pereira da Silva Júnior, 129.*

**A apuração de haveres do sócio retirante de sociedade limitada no direito brasileiro**

*Daniel Figueira Borges, 139.*

**Duplicidades de investigações nas ocorrências por intervenção de agente público de segurança militar**

*Bruno Márcio de Amorim Magalhães, 152.*

**Ações Afirmativas e as pessoas com deficiência em concursos públicos**

*Ana Cristina Malta Diniz, 160.*

**A Regula(menta)ção dos Espaços Públicos Virtuais por Entes Privados no Brasil e a Garantia dos Direitos Constitucionais dos Cidadãos Digitais**

*Simone Saturnino Braga de Campos, 171.*

**O direito do consumidor: hipossuficiência x vulnerabilidade**

*Kathlen Caroline Alves de Lima, 191.*

**Produção Antecipada de Provas e Arbitragem: a quem compete o julgamento quando inexistente urgência?**

*Edson Francisco Rocha Neto e Carlo Francesco Marinoni Abdo, 194.*

**Separação dos poderes e o fundo do idoso: Uma abordagem sobre policy-making e delimitação do mérito administrativo.**

*Ricardo Adriano Haacke, 205.*

**O princípio da vedação ao retrocesso social como garantia à segurança jurídica e eficácia das normas constitucionais**

*Leonardo Borsa, 218.*

**O direito penal de emergência nos chamados “crimes de carimbo”**

*Kathlen Caroline Alves de Lima, 264.*

**Dano espiritual como uma nova modalidade de reparação civil**

*Sérgio Oliveira Facione, 268.*

**Direitos do consumidor contra a publicidade enganosa**

*Rean Andrade de Oliveira, 282.*

**O alcance do justo, na concepção aristotélica, por intermédio das constelações familiares, no âmbito do direito das famílias**

*Lais Mello Haffers, 298.*

**15 anos da Lei Maria da Penha: o direito humano à segurança pessoal como emancipação e liberdade feminina**

*Carolina Caran Duque, 325.*

**O impedimento da aplicação do tráfico privilegiado para réus reincidentes, a dupla valoração do instituto na dosimetria da pena e o excesso de justiça na Lei 11.343/06**

*Ana Carolina Robles Thomé, 350.*

**Psicopatia e o Direito Penal**

*Mariana Rodrigues, 453.*

**Garantia provisória das empregadas gestantes nos contratos de trabalho por prazo determinado**

*Ana Paula Andrade Canedo Passinato, 465.*

**Adoção à brasileira: efeitos irreparáveis a criança e ao adolescente**

*Eduardo Gomes da Silva Queiroz, 478.*

**A lógica perversa da tabela de imposto de renda e sua contribuição na desigualdade social nas últimas cinco décadas**

*Carlos Henrich de Andrade e Silva, 491.*

**Direito fundamental à segurança pública: breve estudo sobre os limites para efetivação do direito fundamental à segurança pública**

*Antonio Augusto Vilela, 508.*

**Inquérito das fake news: uma análise frente ao sistema acusatório**

*Heloíza Cristina Barbosa, 528.*

**Alienação parental: contornos e definições**

*Felipe José de Faria Lezo, 542.*

**Compliance no processo de nomeação dos administradores das empresas estatais**

*Leandro Moraes Leardini, 556.*

**Os direitos das mulheres transgênero no ordenamento jurídico brasileiro**

*Ingrid Lima Vieira, 570.*

**TESE DE DOUTORAMENTO**

**El proceso de armonización de la legislación tributaria del mercosur y la necesidad de nacionalizar el ICMS con el propósito de avanzar en el proceso de integración regional**

*Antônio Gilson Aragão de Carvalho, 589.*

## **LEI HENRY BOREL (LEI 14.344/22) – PRINCIPAIS ASPECTOS**

### **EDUARDO LUIZ SANTOS CABETTE:**

Delegado de Polícia Aposentado, Mestre em Direito Social, Pós-graduado em Direito Penal e Criminologia e Professor de Direito Penal, Processo Penal, Medicina Legal, Criminologia e Legislação Penal e Processual Penal Especial na graduação e na pós-graduação do Unisal.

### **1-VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A CRIANÇA E O ADOLESCENTE**

Desde a edição da Lei Maria da Penha (Lei 11.340/06) tem-se criticado a ausência de regras protetivas especiais para a violência no âmbito doméstico e familiar contra outros hipossuficientes, em especial as crianças e adolescentes. A abordagem do problema da violência doméstica e familiar restrita ao aspecto de sexo sempre foi claramente incompleta, em suma, reveladora de insuficiência protetiva.

O advento da cognominada “Lei Henry Borel” (Lei 14.344/22) constitui um marco na colmatação dessa lacuna protetiva, de modo que seus dispositivos praticamente espelham o sistema já existente para as mulheres, conforme a Lei Maria da Penha. Seu âmbito de incidência é mais amplo, pois atinge os menores independentemente de sexo.

Trata-se, conforme destaca Sannini, de mais um caso

do fenômeno conhecido como “especificação do sujeito de direito”, cujo objetivo é dar, por meio de lei, tratamento especial para pessoas em condição de maior vulnerabilidade, promovendo, assim, o princípio constitucional da igualdade.<sup>1</sup>

O artigo 1º. da Lei 14.344/22 destaca os dispositivos constitucionais em que se fundamentam as regras que vêm a lume (artigo 226, § 8º., CF e artigo 227, § 4º., CF), bem como os tratados, convenções e acordos acerca da proteção à infância e juventude firmados pelo Brasil na seara internacional. Dessa forma, não poderia deixar de repetir uma assertiva que também consta da Lei Maria da Penha a respeito da violência doméstica e familiar contra a mulher. A violência doméstica e familiar contra as crianças e adolescentes é declarada como “uma das formas de violação dos direitos humanos” (artigo 3º., da Lei 14.344/22), o que implica em atribuir a toda violência dessa espécie um enorme desvalor

---

<sup>1</sup> SANNINI, Francisco. Lei Henry Borel cria mecanismos de proteção e enfrentamento à violência doméstica praticada contra menores de idade. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2022-jun-03/sannini-neto-lei-henry-borel-mecanismos-protecao>, acesso em 13.07.2022.

da conduta, impedindo tratamentos legais e institucionais condescendentes ou pouco rigorosos.

Importante salientar que a Lei Henry Borel será aplicada à violência doméstica e familiar contra os menores e não a qualquer violência que tenha por sujeito passivo uma criança ou adolescente. A definição do que seja um caso de violência doméstica e familiar vem descrita no artigo 2º, incisos I, II e III da Lei 13.444/22, praticamente em cópia dos conceitos da Lei Maria da Penha. Também determina o Parágrafo Único do mesmo artigo 2º, a utilização das definições de violência doméstica estabelecidas na Lei 13.431/17, mais precisamente em seu artigo 4º.

Significa dizer que se um adulto, por exemplo, se desentender com um adolescente na rua devido a um problema de trânsito (v.g. o menor esbarra sua bicicleta no carro estacionado do maior) e o agredir fisicamente, não tem aplicação a Lei Henry Borel, já que inexistente vínculo doméstico ou familiar. Doutra banda, se um pai praticar maus – tratos contra o filho terá plena aplicação a legislação em comento.

Neste item vale desenvolver o estudo da violência contra crianças e sua aferição por critérios objetivos, que pode muito auxiliar nas constatações, denúncias e apurações.

A violência no âmbito doméstico, principalmente contra crianças de tenra idade, é questão chocante e, muitas vezes, relegada a um segundo plano pela sociedade, que prefere ignorar a realidade em face de sua natureza abjeta.

As sequelas e características desse tipo de violência conduzem a um conjunto de sintomas capazes de levar a uma constatação segura da possibilidade de uma criança estar sendo vítima desse tipo de conduta.

Tal conjunto tem sido denominado de "Síndrome de Caffey" ou "Síndrome da Criança Espancada" e pode ser um instrumento de grande valia para a detecção de casos de espancamento de crianças por parte de profissionais das mais diversas áreas que tenham algum contato com crianças ou venham a investigar casos que tais (v.g. professores, pedagogos, psicólogos, médicos, policiais etc.).

Por incrível que pareça, as primeiras características dominantes dessa violência são que os atos ocorrem normalmente no lar e em situações do cotidiano. Os agressores geralmente são os pais ou responsáveis, sendo fato que as mães predominam nas estatísticas. As crianças são especialmente aquelas entre zero e três anos, aumentando a incidência em razão direta à maior ou menor vida de relacionamento da criança, ou seja, nas fases em que começa a engatinhar, andar, falar, enfim, ter maior manifestação e contato com o ambiente em que vive.



Considerando as circunstâncias em que normalmente a conduta do agressor se desenvolve, torna-se comum o uso de objetos domésticos como instrumentos para provocar as lesões (Ex. ferro de passar, cabos de vassouras, garfos, facas de cozinha, panelas, alimentos fumegantes etc.), sendo ainda comuns agressões manuais (chutes, tapas, socos) e até o arremesso das vítimas contra a parede ou o chão.

Em consequência ainda das condições peculiares desses casos, pode-se verificar caracteres de lesões que são indicadores:

A sua produção é geralmente marcada por um trajeto de cima para baixo, logicamente, pois produzida por um adulto contra uma criança. Ainda neste sentido observe-se que a gravidade das lesões e mesmo consequências letais são comuns nesse tipo de agressão devido à descomunal desproporção física entre os sujeitos ativos e passivos, o que pode até mesmo ocasionar resultados não previstos pelo agressor (preterdolo) que não mensura devidamente o grau de violência de seus golpes.

O rosto e a cabeça são suas sedes mais comuns, inclusive por um instinto natural de qualquer agressor em atacar tais partes do corpo. Neste sentido são comuns queimaduras no rosto e na boca, especialmente relacionadas ao momento em que a criança é alimentada e recusa ou quer o alimento com impaciência, findando por receber a comida ainda muito quente propositadamente para queimar-se ou ainda agressões com talheres e outros utensílios (garfos, facas de cozinha, panelas etc.).

Também relacionadas a queimaduras, pode-se mencionar casos em que com caráter "educativo" o agressor vem a queimar as nádegas da criança como castigo por haver urinado ou defecado nas roupas.

Em casos mais graves as agressões na cabeça podem superar simples rupturas do couro cabeludo e chegar até à morte da vítima por traumatismo crânio-encefálico, ou mesmo em casos de espancamento na região do tronco, provocar quebra de costelas e ruptura de órgãos internos.

Outra causa de morte comum é a asfixia, especialmente nos casos em que se pretende calar a criança que chora e isso redunde em sufocação.

As fraturas de ossos longos em datas diversas e a presença de equimoses de idade variável, constatáveis pela evolução cromática do espectro equimótico, 2 são outras características altamente indiciárias do espancamento contínuo da criança.

Obviamente, todas essas indicações devem ser cuidadosamente cotejadas com as narrativas dos suspeitos agressores que procurarão dar explicações acerca da origem das lesões, a serem analisadas quanto à sua verossimilhança e discrepância ou não com a natureza das lesões encontradas.

Outro fator indiciário da violência doméstica a ser salientado, nos casos de múltiplas lesões de datas diversas, é a procura de atendimento à vítima em hospitais e prontos-socorros diferentes em cada oportunidade, certamente visando evitar a constatação da continuidade das ocorrências lesivas envolvendo os mesmos personagens.

Este breve esboço do quadro indicador da chamada "Síndrome da Criança Espancada" desvela uma situação altamente repugnante e difícil de aceitar como realidade. Porém, existe em todas as camadas sociais e pode estar se passando ao nosso lado sem que houvésemos nos conscientizado disso, de modo que sua divulgação é o principal objetivo desta exposição.

A conscientização dessa realidade há que ser difundida a fim de sensibilizar a sociedade no sentido de criar mecanismos necessários para atender com eficiência e rapidez esses casos de alta gravidade e de consequências tão funestas e cruéis para o desenvolvimento dos vitimados.

Atente-se que as medidas nesse sentido não hão de restringir-se ao tratamento penal da matéria, mas deverão voltar-se especialmente ao tipo de assistência que se deverá prestar às vítimas, garantindo sua incolumidade física e psíquica.

No aspecto criminal, tirante os casos mais extremos, (arts. 136, parágrafos 1º, 2º. e 3º.; 129, parágrafos 1º., 2º. e 3º., e 121 e seu § 2º. CP ), a violência perpetrada contra a criança, principalmente aquela praticada pelos responsáveis, poderia ficar adstrita aos simples "maus-tratos", considerados "infração de menor potencial ofensivo" ( art. 136 "caput" CP c/c art.61 da Lei 9099/95 ). Isso ainda que fossem continuamente infligidos à vítima. 3

---

2 Há na Medicina Legal uma tabela da mudança de cor da equimose de acordo com o tempo em que foi produzida. Também conhecida como "Espectro Equimótico de Legrand du Saulle". Cf. FERREIRA, Wilson Luiz Palermo. *Medicina Legal*. 5ª. ed. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 139 – 140.

3 Ainda que a vítima seja menor de 14 anos, ensejando a causa de aumento de pena de 1/3 prevista no artigo 136, § 3º., CP, a pena máxima cominada não passaria de 1 ano e 4 meses, permanecendo a infração como de menor potencial.

Com o advento da Lei 9455 de 7 de Abril de 1997 que definiu os crimes de tortura, procurou-se dar um tratamento mais severo à matéria com os dispositivos do art. 1º, II e §§ 3º. e 4º.,II. Não obstante, sua caracterização muitas vezes esbarrará na dificuldade de comprovação do elemento subjetivo que diferenciaria os "maus-tratos" da "tortura". 4

Já o art. 233 da Lei 8069/90 (ECA) que era de validade duvidosa antes da definição de "tortura", trazida agora pela Lei 9455/97, restou revogado por esta e, incrivelmente, com tratamento penal mais brando ao autor da violência contra crianças e adolescentes, já que a nova pena prevista na Lei de Tortura é menor que a anteriormente prevista no ECA, salvo se aplicado o patamar de aumento máximo previsto no § 4º., inciso II, do artigo 1º., da Lei 9.455/97, o que é muito raro.

Certamente pecou a Lei 9099/95 ao eleger como único critério determinador da infração de menor potencial ofensivo o "quantum" da pena máxima, ensejando situação incrível em que um crime terrivelmente danoso pelo seu aspecto deletério da formação da criança, venha a ser como tal considerado. Mas, isso é consertado com a nova redação dada pela Lei 14.344/22 ao artigo 226, § 1º., da Lei 8.069/90 (ECA), vedando a aplicação dos benefícios da Lei 9.099/95 aos casos de violência contra crianças e adolescentes.

Também falhou o legislador em não descrever de forma casuística as condutas caracterizadoras da tortura, afastando discussões acerca de elementos subjetivos de difícil comprovação.

Assim sendo, a tutela penal nos casos de violência perpetrada contra criança apresenta-se branda e, principalmente, conturbada no aspecto da caracterização das condutas mais graves, o que, infelizmente, aparenta indicar mais uma fonte de impunidade. A Lei Henry Borel é uma iniciativa positiva no sentido de promover maior proteção legal à infância e juventude, mas não é capaz de solucionar alguns fatores de insuficiência protetiva que ainda existem na legislação brasileira.

Entretanto, conforme já se disse, ainda mais importante que o tratamento penal da matéria, são os meios de assistência a serem colocados à disposição da vítima. Neste sentido destacáveis os artigos 98, II e 101, VII do ECA (Lei 8069/90), sendo fato que a iniciativa da criação de locais apropriados ao abrigo de crianças vítimas de violência com devida assistência (médica, psicológica etc.), deve ser prioridade e não somente nos grandes centros, mas em todos os municípios, pois a violência doméstica não é "privilégio" de determinadas localidades, constituindo-se numa triste realidade existente em qualquer meio. Novamente a Lei Henry Borel surge como um progresso neste aspecto,

---

4 FRANCO, ANA PAULA NOGUEIRA. Distinção entre maus-tratos e o art. 1º.,II da Lei de Tortura. *Boletim IBCCrim.* n. 62, jan., 1998, p. 11.

especialmente no que tange às medidas protetivas dispostas às crianças e adolescentes em situação de abuso.

O quadro real, porém, é desolador, uma vez que com mais de três décadas vigência do ECA, poucos são os locais onde se têm os mecanismos necessários à efetiva proteção imediata das crianças e mesmo onde, por alguma iniciativa louvável e rara, são criados, sua manutenção e continuidade parecem estar sempre em cheque, não sendo assumidos como imprescindíveis à comunidade.

Fica, portanto, mais um apelo à conscientização quanto a esta realidade que exige mobilizações imediatas e soluções efetivas em prol da defesa daqueles que não podem fazê-lo por si mesmos. Espera-se que a Lei 14.344/22 e sua repercussão social sirvam, parafraseando Drummond em sua "Canção Amiga", como "uma canção que faça acordar os homens e adormecer as crianças". 5

## **2-DO ATENDIMENTO PELA AUTORIDADE POLICIAL**

Nos artigos 11 a 14 a lei regula o atendimento de ocorrências de violência doméstica e familiar contra menores pela Autoridade Policial em moldes também similares ao já determinado para o caso das mulheres na Lei Maria da Penha.

A Lei 14.334/22 repete o avanço da Lei Maria da Penha quanto à possibilidade de deferimento de afastamento imediato do agressor do ambiente doméstico realizado diretamente pela Autoridade Policial em sentido estrito (Delegado de Polícia), onde não for sede de Comarca; ou mesmo por policiais em geral (Autoridade Policial em sentido amplo) quando o local não for sede de comarca e também não houver Delegado de Polícia disponível (artigo 14, I, II e III e § 2º). Trata-se do que se convencionou chamar de "gatilho de eficiência" dos instrumentos protetivos de urgência, não os deixando enredar pela burocracia e pela lentidão processual.

Prevê ainda a possibilidade de que o Conselho Tutelar represente pelo afastamento do agressor ao Juiz, ao Delegado ou Policial, conforme o caso (vide também as atribuições do Conselho Tutelar acrescidas nos incisos XIII a XX do artigo 136 do ECA (Lei 8.069/90) pelo artigo 29 da Lei Henry Borel). Note-se que o Conselheiro Tutelar não é legitimado para determinar o afastamento diretamente, mas somente por postular (representar, por meio de *capacidade postulatória anômala*) essa medida perante as autoridades enumeradas na lei (vide artigo 14, § 1º).

Novamente, na mesma senda da Lei Maria da Penha, o artigo 14, § 3º, da Lei 14.344/22 veda a concessão de liberdade provisória ao preso nos casos de risco à

---

5 DRUMMOND DE ANDRADE, Carlos. *Reunião Drummond*. 9ª. ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 1978, p. 154.

integridade física da vítima ou à efetividade da medida protetiva de urgência. A disposição especial está em plena consonância com o disposto no artigo 312, CPP no que tange à garantia da “ordem pública”, bem como ao “perigo gerado” pela liberdade do imputado. Assim também se coaduna com a proibição de concessão de fiança quando presentes os motivos da Prisão Preventiva (artigo 324, IV, CPP). Isso quer dizer que a vedação de liberdade provisória deve ser analisada e fundamentada casuisticamente, tendo em mira não somente o disposto no artigo 14, § 3º., da Lei 14.344/22, mas também as regras atinentes aos requisitos e fundamentos da Prisão Preventiva, conforme determinado no Código de Processo Penal.

### **3-MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA**

Agora acaba a celeuma referente à possibilidade ou não de utilizar a Lei Maria da Penha em analogia para casos de crianças ou adolescentes do sexo masculino vítimas de violência doméstica ou familiar.

A Lei Henry Borel prevê, nos mesmos moldes da Lei 11.340/06, medidas protetivas de urgência às crianças e adolescentes vítimas de violência doméstica e familiar, independentemente do sexo (artigos 15 a 21).

Em geral se segue rito similar ao já previsto anteriormente na Lei Maria da Penha para a concessão de medidas protetivas de urgência.

Uma diferença importante é que, considerando a incapacidade dos menores, não é previsto o requerimento direto da medida pela vítima, tal como ocorre em regra com as mulheres (artigo 16 da Lei 14.344/22). A legislação prevê a concessão pelo Juiz, mas não por requerimento da criança ou adolescente e sim do Ministério Público, da Autoridade Policial 6, do Conselho Tutelar 7 ou, finalmente, a pedido de pessoa que atue em favor da criança ou do adolescente (v.g. pais, tutores, responsáveis etc.).

Outra diferença diz respeito à notificação dos atos relativos ao agressor, especialmente os pertinentes à entrada e saída da prisão (artigo 18 da Lei 14.344/22). No caso da Lei Maria da Penha, a mulher deve ser notificada pessoalmente. Mas, quanto às crianças e adolescentes, considerando sua incapacidade, foi necessária uma adaptação, de

---

6 A lei usa indevidamente o termo “requerimento” para a postulação da Autoridade Policial, mas o mais correto tecnicamente seria “representação”.

7 A nosso ver também o Conselho Tutelar não “requer”, mas “representa” pelas medidas, pois que não é parte em processo. Tanto é fato que o artigo 29 da Lei 14.344/22, ao alterar a redação do artigo 136 do ECA (Lei 8.069/90), incluindo vários incisos, nos de números XV a XVII e XX, emprega corretamente o verbo “representar” e não “requerer” aos pleitos do Conselho Tutelar perante as autoridades.

modo que será notificado o responsável pela criança e, se for o caso, intimado o advogado constituído ou defensor público. Observe-se que a notificação do responsável e a intimação do advogado ou defensor são cumulativas, de forma que a informação de um não dispensa a do outro.

A Lei Henry Borel faz a mesma distinção presente na Lei Maria da Penha entre medidas protetivas de urgência que obrigam o agressor (cuja restrição ou atuação estatal recai diretamente sobre o infrator) e medidas protetivas de urgência à vítima (cuja ação estatal se dirige à vítima, recaindo sobre ela com vistas à sua tutela) (vide artigos 20 e 21 da Lei 14.344/22). No entanto, a nosso ver, comete o legislador alguns equívocos no que se refere às medidas protetivas de urgência à vítima nos incisos II e III do artigo 21. O inciso II trata do afastamento *do agressor* do lar. O inciso III se refere à Prisão Preventiva *do agressor*. Nesse passo, não se tratam de medidas protetivas de urgência à vítima e sim que *obrigam o agressor*. Tanto é fato que o inciso II é repetido no artigo 20 também inciso II da lei.

Importa salientar que o rol de medidas protetivas da Lei 14.344/22 não é taxativo. Por disposição expressa do artigo 20, § 1º. e artigo 21, § 2º. do diploma em comento, o magistrado pode adotar outras medidas protetivas previstas na legislação sempre que forem úteis à proteção da criança, do adolescente, de seus familiares, de noticiante ou denunciante. Significa dizer que são aplicáveis, por exemplo, medidas protetivas previstas na Lei Maria da Penha (Lei 11.340/06), não importando o sexo da vítima, bem como outras cautelares previstas, por exemplo, no artigo 319, CPP. Estabelece a Lei 14.344/22 uma *integração* do sistema de medidas protetivas e cautelares em prol da tutela da integridade física e psíquica e da vida das crianças e adolescentes. Por oportuno, observe-se que a Lei Henry Borel não dispôs a respeito de medidas protetivas patrimoniais, diversamente do que ocorre com a Lei Maria da Penha embora tenha acrescido na Lei 13.431/17 o conceito de “violência patrimonial” contra crianças e adolescentes (vide artigo 28 da Lei 14.344/22 e nova redação do artigo 4º., V, da Lei 13.431/17). Dessa forma, de acordo com o artigo 2º., Parágrafo Único da Lei 14.344/22, existe para fins de abusos contra menores, a previsão expressa da “violência patrimonial”. Efetivamente, a chamada “violência patrimonial” certamente pode ocorrer contra as crianças e adolescentes dotadas de patrimônio próprio, tanto que está agora descrita na Lei 13.431/17 (v.g. direitos hereditários ou sucessórios, propriedades, bens ou valores pertencentes diretamente aos menores, contratos esportivos ou artísticos, pensões alimentícias e outros benefícios securitários ou de previdência social, ações empresariais etc.). Nesse passo, conforme exposto, será plenamente possível adotar as providências previstas no artigo 24 da Lei 11.340/06, “mutatis mutandis” para a proteção patrimonial das crianças e adolescentes eventualmente

exploradas nesse aspecto, independentemente do sexo da vítima. 8 São exemplares casos concretos de prodígios infantis e juvenis, especialmente na área artística e esportiva, indevidamente explorados e vilipendiados, inclusive sob o prisma patrimonial, por pais, procuradores, empresários, tutores e afins.

Não se olvide, contudo, que os pais, tutores, guardiões ou responsáveis em geral não perdem devido aos dispositivos legais em estudo o poder – dever de administrar os bens dos menores sob seu poder familiar, tutela, guarda ou responsabilidade, sempre no interesse do próprio menor. Assim sendo, são obviamente possíveis e não constituem violência patrimonial, mas exercício regular de direito, eventuais restrições e controles de caráter educativo e disciplinar. Isso, aliás, foi muito bem ressalvado no inciso V, do artigo 4º, da Lei 13.431/17 em sua parte final, quando afirma que a violência patrimonial ocorre nos casos ali descritos, “desde que a medida não se enquadre como educacional”. Isso é muito importante porque a imaturidade dos menores pode levá-los facilmente à dilapidação do próprio patrimônio se não são devidamente assistidos por pessoas responsáveis.

Costa e Araújo apontam como um problema a falta de previsão expressa pelo legislador da modalidade de “violência moral” contra os menores, diversamente do que ocorre com a Lei Maria da Penha (vide artigo 7º, V, da Lei 11.340/06). Em suas palavras:

Um problema detectado no novo diploma é que não previu expressamente proteção em face de atos de violência moral. E o legislador se confundiu ainda mais quando, em pontos específicos da exemplificação legal de violência psicológica, cita constrangimento, humilhação etc., circunstâncias essas que mais se aproximam do rótulo de agressão moral do que psicológica. Deveria ter mantido a técnica e guardado o rigor analítico de tal classificação (a exemplo do que foi feito no âmbito da Lei Maria da Penha). De toda sorte, acreditamos ser perfeitamente possível que o inciso V art. 7º da Lei Maria da Penha socorra essa lacuna da Lei Henry Borel, pois a razão intuitiva de ambas as leis parece assim o permitir (proteção de hipervulneráveis). 9

Há acerto parcial na manifestação dos autores supra, pois que realmente no corpo da Lei 14.344/22 não há previsão da modalidade de “violência moral”, tal qual existe no

---

8 Neste sentido: COSTA, Adriano Sousa, ARAÚJO, Anderson Marcelo de. Temas Controversos da Lei Henry Borel. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2022-jul-05/academia-policia-temas-controversos-lei-henry-borel>, acesso em 13.07.2022.

9 Op. Cit.

artigo 7º., V, da Lei Maria da Penha. Nem mesmo a norma constante do artigo 2º., Parágrafo Único, da Lei Henry Borel, remetendo o intérprete e aplicador, para fins de caracterização da violência, às definições contidas na Lei 13.431/17, é capaz de solver a questão. Isso porque também este último diploma se abstém de fazer menção expressa à chamada “violência moral” (vide seu artigo 4º.). Malgrado essa falha técnica, é possível perceber que a proteção dos menores com relação à “violência moral” não ficou totalmente esquecida, pois, embora impropriamente, como frisam os autores em destaque, há referências a “constrangimento, humilhação, discriminação, depreciação, desrespeito, agressão verbal, xingamento, ridicularização, indiferença” e “bullying”. Efetivamente não existe a citação expressa da violência moral, mas certamente esta se encontra abrigada no dispositivo da Lei 13.431/17 que trata da “violência psicológica”. Há um desacerto técnico sim, mas meramente formal, não havendo impedimento da tutela das crianças e adolescentes sob o aspecto moral. Em suma, não se pode considerar que haja uma efetiva *lacuna* legal. Não bastasse isso, conforme os próprios autores apontam, é plenamente aplicável aos casos de violência doméstica e familiar contra menores, por integração, o artigo 7º., V., da Lei Maria da Penha, o qual trata especificamente da “violência moral” (inteligência do exposto no artigo 33 da Lei 14.344/22).

Por outro lado lembram, com percuciência, os autores enfocados que, tal qual no caso da Lei Maria da Penha, a Lei Henry Borel permite a determinação das medidas protetivas de urgência sem aplicação do contraditório prévio hoje previsto no artigo 282, § 3º., CPP. Isso se justifica porque ambos os diplomas são subsumíveis às exceções previstas pelo próprio artigo 282, § 3º., CPP, quais sejam, as situações de “urgência” ou “perigo de ineficácia”. 10 Poder-se-ia discutir quanto à necessidade de maiores fundamentos a serem aferidos no que tange ao “perigo de ineficácia”, mas parece que tal questionamento se torna inútil diante do próprio nome das medidas protetivas, as quais são “*de urgência*”. Isso, obviamente, não impede que o magistrado fundamente seu ato de deferimento sem contraditório prévio, seja pela “*urgência*” expressa pela própria lei, seja também, em reforço, por eventual caso em que também concorra a questão da possível “ineficácia da medida”.

## 4-DOS CRIMES

### 4.1-DESCUMPRIMENTO DE MEDIDA PROTETIVA DE URGÊNCIA

Com redação praticamente idêntica à do artigo 24 – A da Lei Maria da Penha, é previsto, no artigo 25 da Lei Henry Borel, o crime de descumprimento de medida protetiva de urgência.

---

10 Op. Cit.



Assim sendo, valem os comentários feitos quando do estudo do dispositivo incluído na Lei Maria da Penha pela Lei 13.641/18: 11

As inovações legislativas da Lei 11.340/06 (Nova redação dada pela Lei 13.641/18) e da Lei 14.344/22 vão de encontro com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, que se posicionava no sentido de que o descumprimento de medidas protetivas de urgência não caracterizaria o crime de desobediência, uma vez que tal conduta já seria sancionada na esfera processual, seja pela possibilidade de substituição da medida protetiva decretada ou pela possibilidade de decretação da prisão preventiva do sujeito. Nesse sentido:

(...) De acordo com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, o crime de desobediência apenas se configura quando, desrespeitada ordem judicial, não existir previsão de outra sanção em lei específica, ressalvada a previsão expressa de cumulação. Precedentes. A Lei n. 11.340/2006 prevê consequências jurídicas próprias e suficientes a coibir o descumprimento das medidas protetivas, não havendo ressalva expressa no sentido da aplicação cumulativa do art. 330 do Código Penal, situação que evidencia, na espécie, a atipicidade da conduta. Precedentes. 5. Ordem parcialmente concedida para absolver o paciente pelo crime de desobediência, diante da atipicidade da conduta.<sup>12</sup>

A jurisprudência desta Corte Superior de Justiça está pacificada no sentido de que o descumprimento de medidas protetivas estabelecidas na Lei Maria da Penha não caracteriza a prática do delito previsto no art. 330 do Código Penal, em atenção ao princípio da *ultima ratio*, tendo em vista a existência de cominação específica nas hipóteses em que a conduta for praticada no âmbito doméstico e familiar, nos termos do art. 313, III, do Código de Processo Penal.<sup>13</sup>

Agora, contudo, essa discussão perde o sentido diante da previsão legal de tipos penais específicos. Note-se que a intenção do legislador foi a de reforçar a proteção às mulheres, e agora, crianças e adolescentes vítimas de violência doméstica e familiar,

11 CABETTE, Eduardo, SANNINI, Francisco. Descumprir Medidas Protetivas de Urgência Agora é Crime. Disponível em <https://eduardocabette.jusbrasil.com.br/artigos/563464417/descumprir-medidas-protetivas-de-urgencia-agora-e-crime>, acesso em 01.07.2022.

12 STJ, HC 338.613/SC, 6ª Turma, Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro, DJe 19.12.2017.

13 STJ, HC 406.951/SP, 5ª Turma, Rel. Min. Ribeiro Dantas, DJe 06.10.2017.

criando um novo instrumento capaz de constranger o sujeito passivo da medida protetiva a cumpri-la. Isto, pois, já existe no artigo 313, inciso III, do CPP, uma ferramenta coativa que é, justamente, a possibilidade de prisão preventiva para assegurar o cumprimento de tais medidas.

O objeto jurídico tutelado pelos novos tipos penais é a manutenção do respeito às decisões judiciais. O sujeito ativo do crime é apenas a pessoa vinculada à medida protetiva de urgência, tratando-se, portanto, de crime próprio. O sujeito passivo, por outro lado, é, primariamente, a Administração da Justiça, mas secundariamente a própria vítima da violência doméstica e familiar. Justamente por isso, já vislumbramos uma possível divergência na doutrina.

Considerando que se trata de crime contra a Administração da Justiça, certamente surgirão entendimentos no sentido de que o artigo 41, da Lei Maria da Penha, que afasta a aplicação da Lei 9.099/95 e, conseqüentemente, todos os seus benefícios, bem como o artigo 226, § 1º, do ECA (Lei 8.069/90 com nova redação dada pela Lei 14.344/22), não deveriam ser observados no caso específico dessas infrações penais, afinal, numa análise objetiva da conduta, não haveria violência doméstica, familiar ou afetiva contra a mulher ou às crianças ou adolescentes.

Contudo, essa posição não merece prosperar. Primeiro porque, conforme destacado, a mulher e as crianças ou adolescentes são as vítimas indiretas da conduta, ficando absolutamente expostas com o descumprimento das ordens judiciais. Não se pode olvidar que nos termos do artigo 7º, inciso II, da Lei 11.340/06, constitui *violência psicológica* qualquer conduta que cause dano emocional à mulher. Da mesma maneira há reconhecimento da *violência psicológica* contra as crianças e adolescentes, na forma do disposto no artigo 2º, Parágrafo Único, da Lei 14.344/22 que remete à Lei 13.431/17 (artigo 4º, II, "a", "b" e "c"). Ora, é evidente que ao desrespeitar uma ordem judicial o agente abala diretamente a estrutura emocional da vítima, que se sentirá vulnerável à prática de outras infrações penais, gerando angústia e isolamento.

Demais disso, numa interpretação sistemática e teleológica da Lei, só podemos concluir que a intenção do legislador foi a de ampliar o âmbito de proteção à mulher e às crianças e adolescentes, o que é reforçado pela previsão constante no §2º, do artigo 24-A da Lei Maria da Penha e também no § 2º, do artigo 25 da Lei Henry Borel, que proíbe a concessão de liberdade provisória mediante fiança pelo delegado de polícia, conforme veremos melhor adiante, restringindo essa prerrogativa ao juiz.

Ora, torna-se evidente que ao mencionar a vedação da fiança em caso de prisão em flagrante pelo delegado de polícia, a "mens legis" é exatamente a de aplicar o disposto no artigo 24-A da Lei Maria da Penha e no artigo 25 da Lei Henry Borel em coerência com o disposto no artigo 41 da Lei 11.340/06 e no artigo 226, § 1º. Da Lei 8.069/90 (ECA) (NR

dada pela Lei 14.344/22), ou seja, afastar a Lei 9.099/95 e possibilitar a prisão em flagrante, sem que imperem os benefícios típicos das infrações de menor potencial, tais como a substituição da prisão em flagrante pela lavratura de um simples Termo Circunstanciado com liberação do ofensor.

Não há que se falar em inconstitucionalidade na previsão de infrações com penas máximas até 2 anos que não sejam tratadas como de menor potencial. Isso porque a Constituição Federal é explícita em deferir ao legislador ordinário a missão de estabelecer o que será ou não tratado como infração de menor potencial (artigo 98, I, CF). Ademais, o STF já reconheceu a plena constitucionalidade do disposto no artigo 41 da Lei Maria da Penha (ADC 19, de 09.02.2012), o que certamente vale, “mutatis mutandis” para a nova redação do artigo 226, §1º., do ECA, instituída pela Lei 14.344/22.

Por fim, nos termos do artigo 4º, da Lei Maria da Penha, na sua interpretação devem sempre ser levados em consideração os fins a que se destina. E essa orientação legal certamente pode e deve ser aplicada à Lei Henry Borel quanto à proteção das crianças e adolescentes, inclusive porque há expressa autorização de aplicação, naquilo que couber, das disposições, tanto do ECA quanto da Lei Maria da Penha aos casos de violência doméstica e familiar contra crianças e adolescentes (vide artigo 33 da Lei 14.344/22). Com efeito, os tipos penais em questão só podem ser interpretados de uma forma que amplie a proteção à mulher e às crianças e adolescentes vítimas de violência doméstica ou familiar.

Conforme adiantamos, o §2º, do artigo 24-A da Lei Maria da penha e o § 2º. do artigo 25 da Lei Henry Borel estabelecem que na hipótese de prisão em flagrante, “apenas a autoridade judicial poderá conceder fiança”. Não resta dúvida de que com essa previsão legal o legislador objetivou assegurar os interesses da vítima, ampliando, assim, os rigores previstos nas respectivas leis, que, além de impossibilitarem a adoção dos institutos despenalizadores da Lei 9.099/95 (artigo 41 da Lei 11.340/06 e artigo 226, § 1º. da Lei 8.069/90, NR dada pela Lei 14.344/22), também proibem a imposição de penas de caráter pecuniário (art.17 da Lei 11.340/06 e artigo 226, § 2º., da Lei 8.069/90, NR dada pela Lei 14.344/22) e ainda, no caso específico da Lei Maria da Penha, cria regras especiais para a retratação ao direito de representação (art.16). Quanto a essa regulação da retratação da representação, entendemos que não se aplica aos casos de violência doméstica e familiar contra crianças e adolescentes, atendo-se somente ao caso das mulheres, pois é regra especial que foi omitida pelo legislador na Lei Henry Borel. Se fosse a intenção do legislador aplicar o mesmo sistema aos casos de crianças e adolescentes, teria feito isso expressamente, conforme o fez com vários regramentos especiais da Lei Maria da Penha que foram espelhados na Lei 14.344/22. Mesmo porque há diferença entre as situações. No caso das mulheres é a própria mulher vitimizada adulta, portanto a parte vulnerável, que se retrata, merecendo um cuidado maior quanto à voluntariedade dessa retratação.

No caso dos menores, estes não irão nem representar nem retratar-se, mas o farão seus responsáveis legais, que não são em geral vulneráveis ou hipossuficientes. Restará, porém, uma hipótese de aplicação do sistema do artigo 16 da Lei 11.340/06 quando a violência se operar contra menor. Trata-se do caso de menor do sexo feminino. Certamente é visível uma irrazoabilidade de tratamento diverso entre menores masculinos e femininos nesse aspecto, mas há que aplicar a norma mais protetiva que se volta expressamente para as pessoas do sexo feminino. Observe-se, porém, que se, na prática, o Ministério Público requerer e o Juiz deferir a aplicação por *integração* do artigo 16 da Lei Maria da Penha, mesmo em caso de menor do sexo masculino, isso não gerará nenhum prejuízo, tratando-se apenas de uma cautela protetiva que se faria com sustento na possibilidade de aplicação de dispositivos da Lei 11.340/06 aos casos de violência doméstica e familiar contra menores de qualquer sexo, conforme disposto no artigo 33 da Lei 14.344/22. Pode surgir quem alegue a existência de prejuízo porque a representação e sua retratação são institutos mistos (têm um aspecto penal para além do processual – extinção de punibilidade) e não admitiria aplicação por analogia “in mallam partem” de regra que pode afastar a retratação já procedida. Entretanto, sabe-se que é possível a retratação da representação e também a retratação da retratação enquanto não houver a extinção da punibilidade pela prescrição. Dessa forma, não há diferença se essa retratação da retratação se dá numa audiência judicial ou em qualquer outra circunstância. Trata-se apenas do exercício do direito da vítima de retratar-se de sua própria retratação, o que não se altera em conteúdo, senão apenas na forma, se isso se opera em juízo ou em outras circunstâncias. É preciso lembrar que não são apenas os direitos fundamentais do indiciado ou réu que devem ser protegidos, mas também os das vítimas. 14

Conclui-se, destarte, que o §2º, do artigo 24-A da Lei Maria da Penha e o § 2º., do artigo 25 da Lei Henry Borel, afastam o poder cautelar do delegado de polícia de conceder liberdade provisória mediante fiança, previsto no artigo 322, do CPP. Embora seja compreensível e até elogiável a intenção do legislador na proteção da mulher e das crianças e adolescentes, vislumbramos uma violação ao princípio da proporcionalidade nessas inovações.

Explicamos. Os novos crimes em estudo representam tipos penais preventivos, cujo foco é evitar a prática de condutas que possam atingir bens jurídicos mais relevantes. Trata-se de crimes de perigo, pois ao descumprir uma medida protetiva, o agente coloca em risco a integridade física, psicológica, patrimonial, sexual e moral da vítima.

Desse modo, nos parece desproporcional a vedação de fiança pelo delegado de polícia em um crime de perigo, quando o benefício pode ser concedido nos crimes de dano, tais como lesão corporal, ameaça, injúria etc. Apenas para ilustrar, se o agente

---

14 REZENDE, Guilherme Carneiro de. *O Direito Humano da Vítima a um Processo Penal Eficiente*. Curitiba: Juruá, 2021, “passim”.

descumpre uma medida protetiva de não se aproximar da vítima com o objetivo de lhe entregar flores, pratica o crime de descumprimento, inafiançável na esfera policial; mas se a agredir efetivamente, causando-se lesões corporais de natureza leve, responde pelo crime do artigo 129, §9º ou § 13, do CP, e poderá ser beneficiado com a fiança, desde que, obviamente, não pratique tal agressão depois de ter contra si decretada medida protetiva, senão seria caso de concurso de crimes e a presença da desobediência impediria a fiança.

Anote-se que o que se aponta aqui não é uma violação da proporcionalidade sob o prisma negativo (garantismo negativo ou inconstitucionalidade por excesso), mas pelo prisma positivo (garantismo positivo ou inconstitucionalidade por deficiência protetiva). Não tem cabimento que a mera desobediência seja inafiançável para o delegado de polícia e os demais casos de violência contra a mulher ou crianças e adolescentes admitam essa contracautela. Entende-se que, em regra, o agressor nesses casos não deveria fazer jus à fiança, visando salvaguardar imediatamente a integridade física e psíquica da mulher ou do menor vitimado. Nos casos específicos de incidência na desobediência agora erigida a infração penal autônoma, seria também o caso de, ao menos em regra, haver a mais rápida possível decretação da prisão preventiva ou a conversão da prisão em flagrante em preventiva, considerando que o descumprimento das medidas protetivas deve levar a essa medida extrema, visando à neutralização do agressor em termos cautelares (artigo 312, CPP – ordem pública – c/c artigo 313, III, CPP c/c artigo 20 da Lei 11.340/06 ou artigo 17 da Lei 14.344/22). Ademais, relembremos que sempre que houver risco à integridade das vítimas ou de não efetividade de outras medidas protetivas, não deve ser concedida liberdade provisória ao preso, conforme o disposto no artigo 12 – C, § 2º., da Lei 11.340/06 e artigo 14, § 3º., da Lei 14.344/22.

A vedação da fiança arbitrada pelo delegado de polícia em tais casos não viola a Constituição Federal em termos de proporcionalidade sob o ângulo negativo. Não há que comparar o entendimento do STF quando tratou da vedação de fiança para crimes previstos no Estatuto do Desarmamento (Adin 3.112-1, de 10.05.2007). Naquela oportunidade, o que despontava era a aproximação do tratamento de meros crimes de perigo abstrato ao tratamento reservado a crimes hediondos.

No caso da violência doméstica e familiar contra a mulher e as crianças e adolescentes, mais do que um mandamento constitucional interno de criminalização, como ocorre com os crimes hediondos (artigo 5º., XLIII, CF), o Brasil reconhece por tratados internacionais e na legislação interna que essa espécie de violência constitui grave violação dos Direitos Humanos (vide artigo 6º, da Lei 11.340/06 c/c artigo 4º, II, CF e artigo 3º. da Lei 14.344/22). São exemplos de documentos internacionais que corroboram esse posicionamento e foram ratificados pelo Brasil: a Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Contra a Mulher; a Convenção Interamericana para Prevenir,

Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (“Convenção de Belém do Pará”); a Declaração e Plataforma de Ação da IV Conferência Mundial da Mulher “Beijing”, o Pacto de São José da Costa Rica (artigos 4º. e 19 especificamente sobre as crianças e adolescentes), Declaração Universal dos Direitos Humanos, Declaração da ONU sobre os Direitos das Crianças, Declaração Mundial sobre a Sobrevivência, a Proteção e o Desenvolvimento das Crianças, Diretrizes das Nações Unidas para a Prevenção da Delinquência Juvenil – Diretrizes de Riad, Regras Mínimas das Nações Unidas para a Proteção de Jovens Privados da Liberdade, Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça da Infância e da Juventude – Regras Mínimas de Beijing, Declaração do Panamá – Unidos pela Infância e Adolescência, Base da Justiça e da Equidade no Novo Milênio, Convenção sobre os Direitos da Criança, dentre outros. 15

Feitas essas observações, destacamos dois aspectos que vêm passando ao largo da doutrina ainda incipiente sobre o tema. O primeiro se refere ao fato de que para que o crime de descumprimento de medida protetiva de urgência se caracterize, é indispensável a intimação do sujeito passivo da medida. Assim, caso haja dúvida sobre a sua intimação e ciência, em homenagem ao princípio do *in dubio pro reo*, consectário do estado de inocência, o Delegado de Polícia não deve decretar a sua prisão em flagrante e apenas registrar a ocorrência para que os fatos sejam melhor apurados em sede de inquérito policial. Indo mais além, se realmente o indivíduo ainda não foi intimado da medida, não há como imputar-lhe violação, de modo que o próprio processo criminal não deve prosperar.

Já uma segunda questão é mais palpitante e se refere aos casos em que a própria vítima da violência doméstica e familiar concorre para o descumprimento da medida protetiva. Isto, pois, nossa experiência nos plantões de Polícia Judiciária nos fez perceber que em inúmeras situações a vítima, mesmo contemplada com a medida protetiva, acolhe o agressor em sua casa, aceitando que ele volte a fazer parte de sua vida.

Em tais situações, cremos que resta desconfigurado o crime do artigo 24-A da Lei Maria da Penha, haja vista que a medida protetiva é decretada em favor da vítima e, o que é importante, em virtude de seu requerimento. Nesse contexto, trata-se de um benefício disponível e que não deve sofrer a ingerência excessiva do Estado. Se a própria beneficiária abriu mão da proteção que lhe foi conferida, não há razão para a responsabilização criminal daquele que descumpriu a ordem judicial.

---

15 Cf. SILVA, Marco Junio Gonçalves da. Tratados Internacionais de Proteção Infância – Juvenil. Disponível em <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-117/tratados-internacionais-de-protecao-infanto-juvenil/>, acesso em 01.07.2022. Cf. MONTEBELLO, Marianna. A Proteção Internacional aos Direitos da Mulher. *Revista da EMERJ*. Volume 3, Número 11, 2000, p. 155 – 170.

Em reforço a essa conclusão, nos valem da teoria da imputação objetiva, que afasta a tipicidade da conduta. Ao descumprir uma medida protetiva com a anuência da vítima, o agente não cria ou incrementa um risco proibido relevante. Não há, em nosso sentir, ofensa ao bem jurídico que se busca proteger com a criminalização da conduta, qual seja, a dignidade da mulher. Com efeito, não há que se falar na caracterização do crime por ausência de tipicidade material.

Há que ressaltar que na dogmática tedesca há recentes estudos a indicarem limites ao poder de punir estatal sempre que a vítima de uma infração não se tenha feito valer de seus próprios meios de autodefesa. Afirma-se que quando há um grave descuido de autoproteção por parte da vítima em casos concretos, é de se afastar a incidência do Direito Penal, considerando sua característica de medida de “ultima ratio”, bem como levando em conta os estudos da chamada “vitimodogmática”, ou seja, as situações de autocolocação da própria vítima em risco ou situações em que a vítima precipita ou provoca a ação criminosa. 16

Como aduz Hörnle: “De este modo, la omisión de las medidas de protección tendría como consecuencia, en tipos penales completamente distintos, la ausencia de castigo o un castigo menor al autor”. 17

Para aqueles que não se contentarem com esses argumentos, vislumbra-se, ademais, uma causa supralegal de exclusão da ilicitude pelo consentimento da ofendida, o que também inviabilizaria a prisão em flagrante do agente. Isso tendo em vista que a própria Lei 11.340/06 condiciona, ao menos em regra (artigo 18), a concessão da medida ao pedido da ofendida. Dessa forma, é de se concluir que o consentimento da vítima nesses casos é de extrema relevância para a descaracterização delitiva.

Também não se pode perder de vista que esse consentimento da ofendida tem de ser livre e consciente. Casos em que a vítima foi constrangida ou ludibriada, havendo evidente vício de sua vontade, jamais afastarão a incidência do novo tipo penal. Eventualmente, se a medida protetiva foi deferida judicialmente a pedido do Ministério Público, nos termos do artigo 19, da Lei 11.340/06, sem a anuência da vítima, há que considerar que, então, sua vontade será indiferente para a caracterização do tipo penal em destaque. No entanto, tais casos de atuação “ex officio” do Ministério Público devem ser extremamente (como o são na prática) excepcionais, reservados a casos em que fique evidente que o não requerimento da vítima se processa por nítido constrangimento, temor

---

16 HÖRNLE, Tatjana. Subsidiariedad como principio limitador. Autoprotección. In: PLANAS, Ricardo Robles (org.). *Límites al Derecho Penal*. Trad. Ricardo Robles Planas. Barcelona: Atelier, 2012, p. 87 – 100.

17 Op. cit., p. 89.

ou outros fatores inibidores ou neutralizadores da ação da ofendida (pessoa incapaz, por exemplo). Não havendo tais situações excepcionais, a decretação da medida contra a vontade da ofendida constitui uma odiosa violação de sua dignidade humana e de sua autonomia.

É preciso ter em mente ainda que o Brasil não adotou o mesmo sistema da Espanha, por exemplo, em que a desobediência a medidas protetivas pode ser imputada tanto ao agressor como à ofendida, configurando o que lá se denomina de "quebrantamiento de condena". Aqui, a medida protetiva é adotada *em prol* da mulher vitimizada e *contra* o agressor. A ordem judicial se dirige, portanto, ao agressor e não à ofendida, a qual não tem como desobedecer um mandamento que não se lhe foi dirigido pela Administração da Justiça. Na lição de Karam:

Na inspiradora legislação espanhola, o descumprimento de medidas de proteção, análogas às previstas na nova lei brasileira, conduz à configuração do *quebrantamiento de condena* (artigo 468, 2 do Código Penal espanhol), que, incluído dentre os crimes contra a administração da justiça, é reconhecível independentemente ou mesmo contrariamente à vontade da mulher em nome de cuja proteção são decretadas as descumpridas medidas, o que pode implicar na absurda situação de se privar a própria mulher de prosseguir ou retomar a convivência com o apontado autor da alegada violência de gênero, ou até mesmo em imputação a ela da prática daquele mesmo crime de *quebrantamiento de condena*, na qualidade de partícipe. 18

Entende-se, inclusive, que nosso país, ao menos nesse ponto, adotou uma política criminal mais condizente com a realidade e respeitadora da autonomia da mulher enquanto pessoa capaz de dirigir sua própria vida, sem abandonar o intuito protetivo. Enfim, o Brasil adota um sistema de *proteção* e não de *tutela* da mulher pelo sistema, reconhecendo sua dignidade sob os mais variados ângulos. O mesmo se pode dizer do homem, inicialmente agressor e submetido a uma medida protetiva de afastamento, o qual somente retorna em aproximação porque é permitido pela pessoa que, num primeiro momento, havia pedido seu afastamento. Não parece correto realmente que o Estado se imiscua em questões existenciais de tal jaez, pois que tal intromissão seria típica de um paternalismo injustificável em relação a pessoas humanas capazes.

***Agora, com relação às medidas protetivas deferidas nos termos da Lei Henry Borel, o mesmo raciocínio não se aplica.*** Isso porque não se está tratando com mulheres

---

18 KARAM, Maria Lúcia. Violência de Gênero: o paradoxal entusiasmo pelo rigor penal. *Boletim IBCCrim*. n. 168, nov., 2006, p. 6.



adultas e capazes, mas com crianças e adolescentes. Nesse passo, a manifestação de vontade dessas pessoas não é relevante, de modo que toda a responsabilidade cabe ao suposto agressor que recebeu a medida restritiva. Observe-se que, como já se disse no início deste texto, no caso das crianças e adolescentes, diversamente das mulheres adultas, o pedido de medida não é feito diretamente pela vítima, mas por terceiros (vide a diferença entre o artigo 18 da Lei 11.340/06 e o artigo 16 da Lei 14.344/22). Na verdade, no caso de crianças e adolescentes, tudo se opera como excepcionalmente ocorre na forma do artigo 19 da Lei Maria da Penha, quando as medidas protetivas são requeridas e deferidas independentemente do pedido direto da vítima. Como visto, nesses casos, até mesmo em se tratando de mulheres capazes, não tem relevância o consentimento da vítima quanto ao descumprimento. Mesmo o representante legal ou responsável pelo menor não parece poder abrir mão da medida a seu bel prazer. Este também recebe uma “responsabilidade” perante a integridade física e psíquica do menor, de modo que em estando vigente a medida protetiva, não lhe cabe permitir sua infração pelo alegado agressor. Ao reverso, parece que embora o crime de descumprimento de medida seja de mão própria, o responsável legal não podendo figurar como coautor, poderá, por outro lado, responder em concurso de pessoas como partícipe (inteligência do artigo 29, CP). Malgrado não exista no Brasil a figura acima mencionada do “quebrantamiento de condena” do Direito Comparado (Espanha), a situação do representante legal ou responsável será em tudo similar. No caso das crianças e adolescentes a única via para afastar o descumprimento da medida é a situação em que o Juiz a tenha revogado (inteligência dos artigos 16, § 3º. e 17, Parágrafo Único da Lei 14.344/22).

#### 4.2-OMISSÃO DE COMUNICAÇÃO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA CRIANÇAS E ADOLESCENTES ÀS AUTORIDADES PÚBLICAS

O artigo 26 da Lei 14.344/22 erige em crime a conduta de não comunicar às autoridades públicas a prática de violência, de tratamento cruel ou degradante ou de formas violentas de educação, correção ou disciplina contra crianças ou adolescente, bem como casos de “Abandono de Incapaz” (vide também artigo 133, CP).

Trata-se de crime “omissivo próprio”, pois a conduta configura uma inação, um não fazer. Isso significa dizer que não é possível a tentativa do crime previsto no artigo 26 da Lei Henry Borel, já que crimes omissivos próprios não admitem nunca a forma tentada.

O elemento subjetivo se reduz ao dolo, não havendo previsão de figura culposa eventualmente marcada pela negligência. Parece possível afirmar que dolo pode ser direto ou eventual, vez que é admissível teoricamente que a pessoa se omita sob o pretexto de que outros fariam talvez a comunicação. No entanto, quando alguém fizer a comunicação,

sabendo disso o suposto omitente, não haverá crime, pois não há que se exigir uma espécie de corrida ou competição para ver quem comunica primeiro as autoridades.

Fazendo a lei menção ao termo “Autoridade Pública” de forma genérica, a comunicação feita a qualquer autoridade com atribuição ou competência para apurar e reprimir o abuso doméstico e familiar de crianças e adolescentes, servirá como cumprimento da obrigação legal imposta pelo tipo penal em estudo (v.g. Delegado de Polícia, Policiais em Geral, Ministério Público, Judiciário, Conselho Tutelar etc.). Entendemos que também a comunicação a algum órgão público ou privado que trate da questão de abuso infante – juvenil e que se encarrega de acionar as autoridades, afasta a omissão criminosa. Por exemplo, uma pessoa que presencia abuso intrafamiliar de uma criança e comunica o fato a uma ONG ou ao Conselho Comunitário de Segurança (CONSEG), entidades voltadas para os direitos das crianças e adolescentes e questões de segurança pública em geral, na crença de que tal organização levará o fato ao conhecimento das autoridades. Nessa situação, a pessoa que fez a comunicação à ONG ou ao CONSEG não se omitiu. Poderá praticar o crime o responsável pela ONG ou pelo CONSEG que não venha a repassar a informação às autoridades públicas.

Pode parecer que o legislador foi omissivo com a imposição de comunicação do crime de “Exposição ou Abandono de recém – nascido” (artigo 134, CP), enquanto fez expressa alusão ao artigo 133, CP (“Abandono de Incapaz”). No entanto, tal impressão é falsa. Acontece que tanto o caso de “Exposição ou Abandono de recém - nascido” (artigo 134, CP) como também o do não mencionado crime de “Maus – Tratos” (artigo 136, CP) estão claramente abrangidos, o primeiro na menção de “tratamento cruel ou degradante” e o segundo tanto nessas expressões legais como na alusão a “formas violentas de educação, correção ou disciplina” contra crianças e adolescentes. O destaque dado ao crime de “Abandono de Incapaz” (artigo 133, CP), se opera porque, diversamente dos dois anteriores, que têm como vítimas normalmente crianças e adolescentes, se volta não somente para a categoria das pessoas em idade infante – juvenil, mas pode abranger pessoas maiores incapazes por outros motivos que não a questão etária (doentes, idosos, incapazes por deficiência ou doença mental etc.). Como a lei é especificamente voltada para crianças e adolescentes, pretendendo o legislador alcançar, neste caso, a obrigação de comunicação também com relação a outros incapazes, achou por bem, a nosso ver corretamente, fazer a menção separada e específica ao “Abandono de Incapaz” (artigo 133, CP), pois que, sem tal alusão direta, poderia haver dúvidas quanto à aplicação do artigo 26 da Lei 14.344/22 a casos de “Abandono de Incapaz” que não envolvessem menores, problema este afastado pela redação clara do tipo penal, a qual não deixa margem a dúvidas. Com esse procedimento privilegiou corretamente o legislador uma descrição semanticamente bem determinada do tipo penal, garantindo a necessária segurança jurídica e respeito ao Princípio da Legalidade Estrita.

Outra falsa impressão que se pode ter a respeito do artigo 26 da Lei 14.344/22 é que se trataria de crime próprio de agentes públicos (crime funcional). Não se trata de crime próprio, mas de crime comum, seja porque a lei não descreve nenhuma especial qualidade do sujeito ativo, nem mesmo sua condição de agente público, seja porque o crime em questão deve ser interpretado de forma sistemática com o artigo 23 do mesmo diploma, o qual estabelece o “dever” de “qualquer pessoa” de comunicar os serviços públicos a respeito de abusos domésticos ou familiares contra crianças e adolescentes. Se o *dever* de comunicação imposto pela lei é dirigido a *qualquer pessoa* não seria coerente que o crime omissivo em estudo somente se aplicasse a alguma categoria especial de indivíduos.

Mas, e se for exatamente um agente público que se omite em comunicar às autoridades o abuso doméstico e familiar de crianças e adolescentes? Nesses casos pode parecer que haveria um conflito aparente de normas entre o artigo 26 da Lei 14.344/22 e o crime de “Prevaricação” (artigo 319, CP). Esse conflito aparente de normas seria solvido pelo “Princípio da Especialidade”, de modo que o agente público também deveria responder pelo delito previsto na legislação extravagante ou esparsa, qual seja, o descrito no artigo 26 da Lei Henry Borel, afastando-se o ilícito penal de “Prevaricação”. Não obstante, essa é uma falsa impressão. Acontece que se o agente público em questão for daqueles que não têm obrigação de apurar, reprimir ou prevenir crimes (v.g. um auxiliar de escritório da Prefeitura, um fiscal de tributos etc.), estaria equiparado para todos os fins com o particular, já que não é parte de sua atribuição a atuação criminal. Assim sendo responderia pelo artigo 26 da Lei Henry Borel, como “qualquer pessoa”, como um particular e não por força de especialidade. Por outro lado, se for o caso de um agente público que tem o dever de atuar na área criminal (v.g. Policiais, Delegados de Polícia, Promotores de Justiça, Juízes de Direito, Conselheiros Tutelares etc.), não tem cabimento a aplicação do verbo “comunicar”, já que a “autoridade pública” é o próprio agente. Ele não precisa “comunicar” ninguém, tem é que agir no cumprimento de suas funções. O máximo que pode precisar fazer é pedir algum reforço ou apoio (v.g. Conselheiro Tutelar que pede apoio policial ou mesmo policial que pede reforço para intervir em uma dada situação). Significa dizer que o tipo penal do artigo 26 em estudo é evidentemente dirigido a particulares ou servidores públicos que não têm por competência ou atribuição a intervenção em situações de crimes contra crianças e adolescentes ou de infrações penais em geral. Mas, então se esse agente público que tem competência ou atribuição para atuar for omissivo, não há responsabilização penal? Sim, há, pois a atipicidade do artigo 26 em destaque é relativa, restando a configuração de delito de “Prevaricação” (artigo 319, CP), desde que satisfeito seu elemento subjetivo específico. Mas, não existe também aqui nenhum “conflito aparente de normas”. Apenas a aplicação do tipo penal adequado para cada caso concreto.

A solução legal é essa, mas não deixa de ser violador da proporcionalidade que a inação de um particular nessas circunstâncias da violência doméstica e familiar contra menores tenha pena prevista bem maior do que aquela voltada à inação do agente público que, aliás, não é afeto ao dever de apenas comunicar, mas de reprimir a prática. O crime da Lei Henry Borel tem pena bem maior do que o de "Prevaricação", previsto no Código Penal. Melhor seria criar um parágrafo no crime de "Prevaricação" (artigo 319, CP) com uma qualificadora com pena ligeiramente maior que a do artigo 26 da Lei 14.344/22 quando a omissão do agente público fosse ligada às situações de abuso de menores em violência doméstica e familiar, ou mesmo prever, no corpo da Lei Henry Borel, um crime especial para o agente público omitente de seus deveres, o qual, aí então, prevaleceria, por especialidade em relação à "Prevaricação". Contudo, essas são propostas de "lege ferenda".

Outro suposto conflito aparente de normas pode surgir quando a criança ou adolescente for vítima de violência doméstica e familiar consistente na prática, por exemplo, da chamada "Tortura – Castigo" (artigo 1º, II, da Lei 9.455/97), omitindo-se, não um particular, mas um agente público que tenha o dever de evitar ou apurar esse ilícito. Nesse caso, há previsão de outro crime omissivo na Lei de Tortura (artigo 1º, § 2º, da Lei 9.455/97 – "Omissão Perante a Tortura"). Este crime específico da Lei de Tortura deve então prevalecer diante do artigo 26 da Lei 14.344/22 novamente não por aplicação do "Princípio da Especialidade, mas porque é o tipo penal adequado ao agente público encarregado de prevenir ou apurar a prática de tortura. Novamente, sendo ele a própria "autoridade pública" seria impossível que fizesse uma "comunicação" do caso a si mesmo! Observe-se que não responde por "Prevaricação" (artigo 319, CP) porque aí sim existe conflito aparente de normas solvido pelo "Princípio da Especialidade", prevalecendo a norma especial da Lei de Tortura sobre a geral do Código Penal. Também não se altera a conclusão se o agente público é daqueles que não têm o dever de apurar ou prevenir a tortura. Este será considerado em equiparação a um particular, respondendo então pelo artigo 26 da Lei Henry Borel, mas não por especialidade e sim pela correta adequação típica ao caso concreto.

Aproveitando esse gancho a respeito das obrigações de agentes públicos em contraste com os particulares, importa deixar claro que a previsão do artigo 26 da Lei 14.344/22 não altera em nada o regramento do chamado flagrante obrigatório ou compulsório e do denominado flagrante facultativo, nos estritos termos do artigo 301, CPP. Continua valendo a *obrigação* das autoridades policiais e seus agentes de prender em flagrante, enquanto aos particulares e mesmo autoridades não policiais (qualquer do povo) é disposta uma *faculdade* de prender quem se ache em estado flagrancial. O artigo 26 da Lei Henry Borel não exige que a pessoa efetue a Prisão em Flagrante, mas tão somente que faça a devida comunicação às autoridades públicas. Exemplificando:

a) Um particular presencia, em situação flagrancial, uma mãe que está perpetrando maus – tratos contra seu filho de 5 anos de idade. Tal pessoa não prende a mulher, mas aciona a Polícia Militar ou Civil, comunicando o fato. Não incide em crime algum, pois que não tinha o dever de prender, mas apenas a faculdade. Quanto à sua obrigação de comunicação, a cumpriu a contento. Agora se não efetuar a prisão e também não comunicar as autoridades, responderá pelo crime do artigo 26 da Lei 14.344/22, não porque deixou de efetuar a prisão (pois era facultativa), mas pela omissão na comunicação (legalmente obrigatória por inteligência do artigo 23 c/c 26 da Lei Henry Borel).

b) Um Policial Militar presencia o mesmo quadro em situação de flagrância e nada faz. Comete crime de Prevaricação (artigo 319, CP). Não há responsabilização pelo artigo 26 da Lei 14.344/22 pelos motivos já explicados. O mesmo se diga quanto à solução se a situação for de omissão perante a tortura. O Policial deve responder pelo crime especial da Lei de Tortura (artigo 1º, § 2º, da Lei 9.455/97), e não pelo artigo 26 da Lei 14.344/22 e nem por “Prevaricação” (artigo 319, CP) devido a não Prisão em Flagrante que seria obrigatória. No primeiro caso por adequação típica do caso concreto, no segundo porque no conflito aparente, afasta-se a “Prevaricação” que é norma geral por força do “Princípio da Especialidade”.

Aspecto também relevante é aquele referente ao abusador que não comunica os próprios abusos às autoridades públicas, assim como seus coautores ou partícipes. Obviamente não responderão eles pelos crimes perpetrados (v.g. lesões corporais, maus – tratos, tortura – castigo etc.) em concurso com o artigo 26 da Lei 14.344/22, mas tão somente pelos primeiros. Isso porque a obrigação de comunicação não pode alcançá-los dado o impedimento ocasionado pelo “direito a não – autoincriminação” e de “não produzir prova contra si mesmo”. Note-se que o simples omitente de comunicação que não é coautor ou partícipe de abusos, responde somente pelo crime omissivo do artigo 26 da Lei 14.344/06, não havendo falar em concurso de agentes ou de infrações.

A pena prevista no preceito secundário do artigo 26 da Lei Henry Borel é de “detenção, de seis meses a 3 anos”, de forma que não pode haver aplicação da Lei 9.099/95, a uma porque não se trata de infração de menor potencial, sendo a pena máxima abstratamente cominada maior do que 2 anos (inteligência do artigo 61 da Lei 9.099/95). A duas, porque nenhum benefício da Lei 9.099/95 será acessível ao infrator de crimes correlatos à violência doméstica e familiar de menores, por força do disposto no artigo 226, § 1º, da Lei 8.069/90 (ECA) com a nova redação dada pela Lei 14.344/22. Pode-se alegar que o crime é omissivo e contra a administração da justiça, mas é preciso lembrar que tal qual ocorre com o artigo 25 do mesmo diploma, essa omissão é também perpetrada em prejuízo das crianças e adolescentes vitimizados, de forma que deve ser abrangida pela vedação de benesses do artigo 226, § 1º, do ECA. Note-se que o sujeito

passivo do crime do artigo 26 em estudo é diretamente a administração da justiça e indiretamente (o que não redundando em menor relevância) as crianças e adolescentes vítimas de violência doméstica e familiar em cada circunstância concreta. A mesma solução deve ser aplicada (vedação de quaisquer benefícios da Lei 9.099/95) aos casos de “Prevaricação” e “Omissão Perante a Tortura”, nos casos dos agentes públicos omissos, vez que tais infrações também serão não só contra a administração da justiça, mas contra as crianças e adolescentes, nos estritos termos do artigo 226, § 1º, do ECA, desde que o abuso se tenha perpetrado em situação de violência doméstica e familiar contra os menores.

Apenas uma ressalva deve ser feita em relação ao artigo 26 da Lei 14.344/22, a qual não precisou ser levada a termo com relação ao artigo 25 do mesmo diploma. Acontece que o artigo 26 não tem por vítimas indiretas somente crianças e adolescentes, como ocorre no artigo 25. Pode acontecer que incapazes por questões não etárias (ou seja, incapazes que são maiores) sejam as vítimas indiretas da falta de comunicação no caso em que o que chegou ao conhecimento do omitente foi uma conduta de “Abandono de Incapaz” que envolva maiores vitimizados. Nessa situação também não se tratará de infração de menor potencial, eis que a pena não se altera e continua tendo seu máximo abstratamente cominado acima de 2 anos. Não se podem aplicar, da mesma forma, os benefícios atinentes a infrações de menor potencial (v.g. Termo Circunstanciado, vedação de prisão em flagrante, Transação Penal etc.). Contudo, como o artigo 226, § 1º, do ECA somente impede a aplicação dos benefícios da Lei 9.099/95 para crimes perpetrados “contra criança e adolescente”, não sendo o incapaz nem criança nem adolescente, outros dispositivos da Lei 9.099/95 que são aplicáveis a infrações de médio potencial poderão alcançar o infrator, como, por exemplo, o instituto da “Suspensão Condicional do Processo”, conforme disposto no artigo 89 da Lei 9.099/95, uma vez que a pena mínima abstratamente prevista é menor que 1 ano. Acrescente-se que a própria topografia da norma vedadora da Lei 9.099/95 no Estatuto da Criança e do Adolescente e não no corpo da Lei Henry Borel, indica que o impedimento total de aplicação da Lei 9.099/95 somente tem validade para casos que envolvam crianças e adolescentes e não outros incapazes maiores, já que o Estatuto é voltado especificamente para essa categoria de pessoas. Essa questão do “Abandono de Incapazes”, envolvendo maiores pode até ter sido uma das razões pelas quais o legislador optou por incluir a norma vedadora da Lei 9.099/95 no ECA e não na própria Lei Henry Borel.

Há previsão no § 1º. do artigo 26 de uma causa de aumento de pena da ordem da metade se, devido à omissão, resultar à vítima lesão corporal de natureza grave ou gravíssima e da ordem do triplo, se resultar morte. A letra da lei se refere expressamente somente às lesões “graves”, mas é sabido que a menção das lesões “graves” em textos legais abrange necessariamente as lesões “graves” e “gravíssimas”, mesmo porque o “nomen juris” utilizado no Código Penal é somente o de “lesões graves”, sendo o termo “lesões gravíssimas” cunhado pela doutrina, jurisprudência e praxe policial e forense (vide

artigo 129, §§ 1º. e 2º., CP). Ademais, seria vulnerar abertamente a proporcionalidade qualificar um crime por lesões graves e não qualificá-lo por lesões gravíssimas. Esses aumentos são aplicáveis sejam as vítimas crianças e adolescentes ou mesmo outros incapazes, no caso específico da omissão de comunicação de “Abandono de Incapaz” (artigo 133, CP).

A nosso ver, a redação dessas causas de aumento de pena poderia ser melhor e pouparia os aplicadores da lei de enormes esforços para a comprovação de nexos de causalidade entre a omissão de comunicação e os resultados mais gravosos. A lei deveria ter se referido ao aumento em face dos resultados lesões graves ou morte, não condicionando o incremento punitivo ao nexo de causalidade entre tais resultados e a omissão. Veja-se que a lei estabelece os aumentos “se da omissão resulta” e não simplesmente “se resulta”. E a melhor redação seria a segunda.

Entretanto, “legem habemus” e caberá à acusação a espinhosa missão de comprovar nexo de causalidade entre uma conduta omissiva e resultados mais gravosos ulteriores. Dessa forma, é possível prognosticar que em muitos, certamente na maioria senão na totalidade dos casos, os aumentos de pena serão afastados por falta de comprovação de nexo causal, já que é muito difícil, senão impossível, fazer prova de que uma “não ação”, uma “inação” provocou algum resultado naturalístico. Essa é a espécie de ônus probatório que se costuma chamar de “Prova Diabólica” (“*Probatio Diabolica*” ou “*Devil’s Proof*”), fazendo-se referência a uma categoria de prova impossível ou descomedidamente difícil de ser levada a cabo, sendo exemplo correlato a prova de fato negativo.<sup>19</sup>

É claro que se pode sempre acenar com o fato de que nos crimes omissivos próprios o nexo entre o “não fazer” e o resultado não é propriamente “de causalidade”, mas meramente “normativo ou jurídico”. Dessa forma, “a lei pune a inação” e o indivíduo é apenado por “não ter atuado na forma determinada”. O nexo normativo surge para criar um “elo entre a conduta omissiva e a omissão tipificada”. Para a punição bastará a existência de um tipo penal que puna a inação e que essa abstenção aconteça por parte do envolvido. Entretanto, quando há majorantes ou qualificadoras em razão do resultado mais gravoso, dependentes, portanto, de “resultados naturalísticos”, havendo a exigência de nexo causal (“se da omissão resulta”) expressa na lei, não há como fugir do ônus probatório desse nexo, agora não meramente normativo ou jurídico, mas efetivamente causal. Significa dizer que mesmo diante de um crime omissivo próprio, cuja consumação ocorre com a singela inação, torna-se indispensável que “se analise a relação de

---

<sup>19</sup> CÂMARA, Alexandre Freitas. Doenças Preexistentes e Ônus da Prova: o Problema da Prova Diabólica e uma Possível Solução. *Revista Dialética de Direito Processual*. n. 31, out. 2005, p. 12.

causalidade". Será indispensável a indagação sobre se a ação omitida (normativamente punível), acaso não omitida, teria evitado o resultado mais gravoso que majora ou qualifica o crime. Os crimes omissivos próprios são delitos de "mera conduta" e, por isso, lhes basta o nexos normativo ou jurídico. Mas, quando se trata de resultado naturalístico agravador ("resultado material") não é possível afastar a necessidade de comprovação de "relação de causalidade (de não impedimento) entre a omissão e o resultado ocorrido", a fim de tornar legítimo o incremento punitivo, "nos limites de um direito penal da culpabilidade" 20 ou da "responsabilidade subjetiva", já que não se pode imaginar na atualidade uma situação de admissão de "responsabilidade objetiva" no campo criminal (inteligência do artigo 19, CP).

Outra causa de aumento de pena é prevista no artigo 26, § 2º., da Lei 14.344/22, tendo em vista a qualidade especial do autor do delito omissivo. A pena será aplicada em dobro se o crime for praticado por ascendente, parente consanguíneo até o terceiro grau, responsável legal, tutor, guardião, padrasto ou madrasta da vítima. A presença dessa causa de aumento pode bem se compatibilizar com as do § 1º., não sendo impossível sua cumulação, já que o § 2º., dada sua topografia, pode aplicar-se a tudo que lhe antecede. Porém, normalmente, em havendo mais de uma causa de aumento, o juiz poderá (e geralmente o faz) optar pela aplicação somente da causa de maior incremento punitivo, nos termos do disposto no artigo 68, Parágrafo Único, CP.

Quando a lei menciona "ascendente" sem qualquer qualificação, significa que o parentesco pode ser consanguíneo ou legal (v.g. pai ou mãe adotivos). Já no que tange aos parentes até o terceiro grau, o legislador, a nosso ver indevidamente, restringe o aumento aos consanguíneos. Há aqui uma inconstitucionalidade por insuficiência protetiva. O aumento deveria alcançar parentes até o terceiro grau, independentemente de consanguinidade, já que tanto a Constituição Federal (artigo 227, § 6º., CF) como o Código Civil e o ECA (respectivamente artigos 1593 c/c 1596, CC e artigo 41, ECA) não permitem distinções ou discriminações negativas. 21 No entanto, enquanto o legislador não consertar essa impropriedade, a majoração não será exequível com relação a parentes até o terceiro grau não consanguíneos, pois que se trataria de analogia "in mallam partem" e violação do Princípio da Legalidade, configurando, agora, uma inconstitucionalidade por excesso.

A presença dessa causa de aumento de pena reforça a condição de crime comum do ilícito em estudo. Veja-se que não só não se trata de delito funcional, como também

---

20 Esse é o escólio de Rogério Sanches Cunha, alicerçado nos ensinamentos de Cezar Roberto Bitencourt. Ademais é o entendimento doutrinário – jurisprudencial praticamente pacífico sobre o tema. Cf. CUNHA, Rogério Sanches. *Manual de Direito Penal – Parte Geral*. 2ª. ed. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 224.

21 Cf. GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. Volume VI. 5ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p.278.



não exige liame de parentesco, afeto, responsabilidade, guarda etc. entre sujeitos ativo e passivo. Quando isso ocorre, incide o autor em figura criminal majorada. 22

Poderia causar perplexidade a falta de previsão desse aumento para os agentes públicos omissos. Mas, não há motivo algum para estranhar. Como visto, o crime é comum e, para além disso, o agente público que poderia, em tese, ter a pena aumentada, seria aquele com dever de apuração, repressão e/ou prevenção dessa espécie de ilícito. Nesses casos, o tipo penal do artigo 26 é inaplicável, já que se refere à comunicação à autoridade pública e seria impossível haver tal comunicação, vez que o próprio agente é a autoridade que deve ser comunicada. Acaso o autor seja um agente público, mas que não tem esse dever de apuração, repressão e/ou prevenção, então se torna equiparado ao particular, incidindo no artigo 26, com as causas de aumento ali previstas, obviamente se vier a se enquadrar em alguma delas. Já o agente público detentor de especiais deveres relativos aos ilícitos, ao se omitir, pode incorrer em crimes específicos, tais como “Prevaricação” ou “Omissão Perante a Tortura”, conforme já demonstrado.

O aumento de pena da ordem do dobro se justifica no caso das pessoas arroladas, dada seu encargo de especial *responsabilidade e cuidado* para com as crianças e adolescentes com que se relacionam. Se qualquer do povo tem a obrigação de comunicar atos de abuso doméstico e familiar contra menores, esse dever de cuidado e proteção para com as crianças e adolescentes certamente se agiganta quando se tratam das pessoas ali mencionadas, de modo que o desvalor da conduta justifica a exacerbação punitiva.

É preciso na casuística concreta verificar se é realmente aplicável o crime omissivo do artigo 26 da Lei 14.344/22 na sua forma majorada de acordo com seu § 2º., ou se tais pessoas devem responder pelos crimes de abuso de menores (v.g. lesões corporais, tortura – castigo, maus – tratos, crimes sexuais etc.) seja diretamente, seja em concurso de agentes na forma de coautoria ou participação. Especial cuidado deve ter o aplicador da lei, principalmente, com a distinção da mera omissão, ainda que majorada, dos casos de participação criminosa (auxílio, instigação ou induzimento), o que no dia a dia prático nem sempre será de fácil deslinde.

Novamente a causa de aumento de pena em estudo poderá ser aplicada tanto para os casos que envolvem vítimas crianças e adolescentes, quanto para as situações de “Abandono de Incapaz” nas quais o abandonado não é menor, mas sua incapacidade

---

22 SANNINI, Francisco. Lei Henry Borel cria mecanismos de proteção e enfrentamento à violência doméstica praticada contra menores de idade. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2022-jun-03/sannini-neto-lei-henry-borel-mecanismos-protecao>, acesso em 13.07.2022.

decorre de outros motivos (v.g. doença mental, doença física, deficiências em geral, idade muito avançada com sequelas do tempo etc.).

#### **4.2.1-PROTEÇÃO DO DENUNCIANTE OU NOTICIANTE DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A CRIANÇA OU ADOLESCENTE**

Como já mencionado, o artigo 23 da Lei 14.344/22 cria um “*dever*” para todas as pessoas de comunicar o fato aos canais competentes para as devidas providências, o que fundamenta o próprio tipo penal do artigo 26 do mesmo diploma numa relação sistemática e até simbiótica.

Impondo o Estado um dever legal de notícia ou denúncia de violência, não poderia deixar os particulares sem uma devida previsão de medidas de proteção. Os comentários a essas medidas são aqui feitos e não juntamente com as medidas protetivas voltadas para o agressor e para a vítima, tendo em vista considerar-se que o artigo 23 e o Capítulo VI da Lei Henry Borel em geral devem ser estudados em conjunto com o artigo 26 ora focado para melhor compreensão sistemática da legislação.

O artigo 24 do diploma legal em estudo estabelece que poder público deverá garantir medidas e ações para a proteção e mesmo a compensação de toda pessoa que noticiar informações ou denunciar a prática de violência, de tratamento cruel ou degradante. Tais medidas e ações são de atribuição concorrente da União, Estados e Municípios, conforme estabelecido no § 1º. do mesmo dispositivo. O § 1º. é mais amplo em relação aos beneficiários, pois o “*caput*” cita apenas os noticiantes e denunciante, já o parágrafo em questão acrescenta também as vítimas e testemunhas. É de se concluir, portanto, que a norma protetiva mais abrangente deve prevalecer, podendo ser beneficiárias as vítimas, as testemunhas, os denunciante e os noticiante.

Ao noticiante ou denunciante é dado o direito de requerer prestar informações diretamente à Autoridade Policial (neste caso em sentido estrito – Delegado de Polícia), ao Conselho Tutelar, ao Ministério Público (no caso o Promotor) ou ao Juiz (artigo 24, § 2º.). Entende-se que no caso da Autoridade Policial se trata especificamente da figura do Delegado de Polícia, assim como no caso do Ministério Público do Promotor e não outro atendente, porque em caso contrário não seria necessária norma legal estabelecendo o direito de alguém de contatar com qualquer funcionário desses órgãos (v.g. PMs, Oficiais de Promotoria, Escrivães de Polícia, Investigadores etc.). Parece que o legislador pretende conceder o direito da pessoa contatar diretamente a autoridade responsável pela direção das apurações e não qualquer funcionário. Na verdade, mesmo esse direito parece já decorrer dos princípios que regem a administração pública em sua relação com os cidadãos, não havendo motivo para que um Delegado, um Promotor ou um Juiz de Direito se negue a atender quem quer que seja. Fato é que eventualmente existem autoridades que criam barreiras indevidas ao seu acesso, chegando a bloquear até mesmo advogados,

violando prerrogativas profissionais, o que doravante se torna ainda mais flagrantemente uma espécie de atuação ímproba e abusiva.

Também poderá o noticiante ou denunciante condicionar a revelação de informação à adoção de medidas de proteção que garantam sua integridade física e psicológica (artigo 24, § 3º.). Observe-se então, que no caso de a pessoa se negar a prestar informações não proporcionando as autoridades a devida proteção requerida, desnatura-se eventual configuração do crime omissivo previsto no artigo 26 do mesmo diploma. Trata-se claramente de um caso de *inexigibilidade de conduta diversa e exercício regular de direito legalmente previsto*. Se o Estado não cumpre sua obrigação de proteção, não pode pretender vincular o cidadão mediante norma penal cogente, o que seria iníquo e até mesmo perverso. Não é preciso dizer que a vítima é dotada de todo um arcabouço protetivo, sendo apenas por esta razão que não é mencionada no § 3º. em estudo. A proteção das vítimas crianças e adolescentes é o espírito fundante tanto da Lei Henry Borel (Lei 14.344/22) quanto da Lei 13.431/17, as quais devem ser sistematicamente interpretadas e aplicadas (inteligência dos artigos 1º., 2º., Parágrafo Único, 12, 21, §1º., e 33, todos da Lei 14.344/22). Isso sem olvidar os artigos 227, §4º., e 226, § 8º., da CF, tratados, convenções e acordos internacionais e o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90), bem como a integração subsidiária da Lei Maria da Penha (Lei 11.340/06) (inteligência dos artigos 1º., e 33 da Lei 14.344/22). Por derradeiro há que salientar que embora as *testemunhas* também possam ser beneficiadas pela proteção erigida pelo artigo 24 da Lei Henry Borel, não poderão se negar a depor, pois que se trata de obrigação incontornável, configurando a omissão de informações crime de “Falso Testemunho” “omissivo” 23 ou “reticente” 24 (“calar a verdade” – artigo 342, CP).

O estabelecimento de medidas de proteção visa certamente tornar concreta a norma prevista no § 4º., do mesmo artigo 24, que diz que “ninguém será submetido a retaliação, a represália, a discriminação ou a punição pelo fato ou sob o fundamento de ter reportado ou denunciado” casos de violência doméstica e familiar contra crianças e adolescentes. Frise-se, contudo, que esse § 4º., não se constitui numa espécie de salvo – conduto para a irresponsabilidade, perversidade ou leviandade na formulação de denúncias ou “notitia criminis”, bem como na prestação de depoimentos oficiais. O § 4º., somente se aplica a reações ilegais e não à punição legalmente prevista para crimes como “Denúncia Caluniosa” (artigo 339, CP) e “Falso Testemunho ou Falsa Perícia” (artigo 342, CP). Obviamente a lei não pode pretender tutelar um denunciamento irracional e perverso,

23 ISHIDA, Válter Kenji. *Curso de Direito Penal*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 586.

24 COSTA JÚNIOR, Paulo José da, COSTA, Fernando José da. *Curso de Direito Penal*. 12ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 962.

assim como, principalmente, não pode a lei conceder amparo a atos ilícitos ou mesmo imorais de qualquer natureza.

Também após a prestação das informações, o denunciante ou noticiante que for submetido a qualquer espécie de coação, violência ou ameaça poderá se valer da lei de proteção a vítimas, testemunhas e réus colaboradores (Lei 9.807/99). Embora o § 5º, do artigo 24 somente faça referência ao denunciante ou noticiante, é claro, até pelo conteúdo da Lei 9.807/99, que a mesma tutela é reservada às vítimas e testemunhas e, até mesmo, em casos específicos de colaboração premiada, a réus ou indiciados colaboradores. Como acima mencionado, embora a lei cite somente a “coação” ou a “exposição a grave ameaça”, por obviedade também justificará a proteção especial ali prevista a submissão do denunciante ou noticiante, vítima, testemunha ou réu colaborador, nos casos de violência, a qual certamente está contida no vocábulo “coação”. Interpretação restritiva que pretenda afastar a proteção em casos de violência, devido à falta de menção expressa, seria irrazoável e desproporcional. Em havendo urgência devidamente justificada, o Juiz poderá conceder a proteção inclusive de ofício, dispensando-se a oitiva preliminar do Ministério Público, mantendo o beneficiário provisoriamente sob proteção policial até a deliberação formal por sua inclusão no programa de proteção (artigo 24, § 8º). Acaso o magistrado não atue de ofício em casos que tais, é também legitimado a requerer a providência o Ministério Público, assim como, embora no silêncio da lei (§ 8º), poderá fazer representação neste sentido o Delegado de Polícia ou requerer o beneficiário diretamente a providência por si mesmo ou mediante seu advogado constituído ou dativo (inteligência do artigo 24, § 9º, da Lei 14.344/22).

O § 6º, estabelece que o Ministério Público deve manifestar-se sobre a concessão de medidas protetivas enfocadas, bem como as requerer ao juízo no caso de considerar sua necessidade. Isso não significa que o Ministério Público detenha o monopólio do pedido dessas medidas. Não há que afastar a possibilidade das pessoas fazerem requerimentos diretamente ou por meio de defensor constituído ou dativo ou também que a Autoridade Policial (Delegado de Polícia), na fase de inquérito, formule representação ao juízo. Em qualquer caso, porém, o Ministério Público deverá opinar. Também é importante destacar que a opinião negativa do Ministério Público, assim como o seu requerimento ou opinião positiva não vinculam o Juiz, que deve sempre decidir de forma autônoma e fundamentada. Ademais, pode o Juiz atuar de ofício, por requerimento Ministerial, representação da Autoridade Policial, do Conselho Tutelar ou órgão deliberativo, sempre que entender necessárias medidas protetivas direta ou indiretamente relacionadas com a efetividade da tutela das pessoas (vide artigo 24, § 9º, da Lei 14.344/22).

O § 7º. estabelece que as medidas protetivas devem ser deferidas tendo em conta a proporcionalidade, necessidade e adequação ao caso concreto, considerando a

gravidade e iminência de dano, ameaça ou coação à integridade física ou psicológica das pessoas envolvidas. Também deixa claro que as medidas de proteção devem ser conferidas como “ultima ratio”, ou seja, somente quando houver dificuldade de prevenção ou repressão pelos meios convencionais. Note-se que a lei fala em “dificuldade” e não “impossibilidade”, de modo que a mera existência de meios convencionais de “per si” não afasta a possibilidade de concessão da proteção. A avaliação judicial não será feita tendo por baliza somente a existência de outros meios, mas mediante a ponderação da eficácia dos meios convencionais e das medidas de proteção, escolhendo aquilo que confira maior garantia aos envolvidos. Também deverá o magistrado levar em consideração a importância das medidas para a produção da prova. Essa relevância para a produção da prova não pode jamais ser considerada de forma estanque ou apartada dos elementos humanitários de solidariedade e garantia da integridade física, psicológica e até da vida dos envolvidos. Estes últimos valores ou interesses são primordiais e não podem ser submetidos por alguma espécie de cálculo de custo benefício orientado por critérios meramente utilitários. A pessoa humana deve ser invariavelmente tomada como fim em si mesma e não como instrumento ou meio para qualquer finalidade alheia. 25

Vale salientar que quando se trata de “compensação” conferida a denunciante ou noticiante abre-se a possibilidade de estabelecimento de “recompensas”. No entanto, essa compensação deve voltar-se, em regra, tão somente à indenização relativa a danos materiais e morais suportados em razão da denúncia ou notícia, não se conformando como uma hipótese de enriquecimento ou acréscimo patrimonial. O estabelecimento de recompensas somente deve ser utilizado com muita parcimônia e ponderação para casos de extrema necessidade e gravidade, tais como sequestros, desaparecimentos etc. Isso porque a banalização de recompensas por denúncias ou notícias de violência contra crianças e adolescentes pode fomentar um indesejável e deletério denunciamento movido tão somente pela cupidez ou ganância e, portanto, altamente não confiável e potencialmente indutor de denúncias caluniosas.

Por derradeiro cabe um esclarecimento acerca de uma dúvida que pode surgir. No Capítulo VI da Lei 14.344/22 (artigo 23 e artigo 24, §§ 1º. a 9º.), fala-se muito de “medidas e ações para a proteção” do noticiante, do denunciante e de testemunhas, mas em momento algum são arroladas quais seriam essas medidas. Pode parecer então que faltaria tipicidade processual para a decretação dessas medidas protetivas. Isso é, porém, um erro

---

25 KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos*. Trad. Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2002, p. 58 – 59. “Agora eu afirmo: o homem – e de uma maneira geral, todo o ser racional – existe como fim em si mesmo, e não apenas como meio para o uso arbitrário desta ou daquela vontade. (...). O imperativo prático será, pois, o seguinte: age de tal maneira que possas usar a humanidade, tanto em tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como fim e nunca simplesmente como meio”.

interpretativo. A Lei 14.344/22 não é lacunosa. Na verdade, as medidas de proteção que podem ser tomadas, “mutatis mutandis” com relação a essas pessoas são as mesmas previstas para as vítimas crianças e adolescentes, conforme consta dos artigos 20 e 21 da Lei Henry Borel. Além disso, por integração, podem ser utilizadas as medidas protetivas previstas na Lei Maria da Penha (Lei 11.340/06), bem como aquelas constantes do artigo 319, CPP, afora, como último recurso, a prisão provisória (Prisão Preventiva) do agressor (artigo 17 da Lei 14.344/22). Isso tudo sem olvidar as disposições expressamente mencionadas no artigo 24, § 5º., da Lei Henry Borel, onde se alude à Lei 9.807/99 (Lei de Proteção de vítimas, testemunhas e réus colaboradores). Essa afirmação se faz com base no disposto nos artigos 20, § 1º.; 21§ 2º.; 24, § 5º., e 33 todos da Lei 14.344/22, os quais constituem um arcabouço normativo permissivo da integração da tipicidade processual das medidas protetivas previstas no ordenamento jurídico brasileiro para satisfação dos desideratos da Lei Henry Borel.

#### **4.2.2-FLERTANDO COM O TOTALITARISMO?**

À primeira vista e sem maiores reflexões, a previsão de um tipo penal incriminador da omissão de comunicação às autoridades de casos de violência doméstica e familiar contra crianças e adolescentes parece ser uma providência adequada.

Como enfatiza Muray, a falta de ponderação nessas circunstâncias obnubila o juízo crítico e muitas vezes “o chamado à delação se faz sem complexos, pois é para o bem de todos, e não gera a menor indignação”. 26 Será realmente um bem ou sequer um mal necessário? O autor usa da ironia para nos convidar a refletir.

Em nossa realidade é preciso notar que o crime é comum, ou seja, voltado não somente para os agentes públicos, mas para qualquer pessoa. Com isso, institui-se uma *obrigação de delação* nas relações interpessoais horizontais. O quadro é completamente diverso das previsões de crimes omissivos para agentes públicos (crimes próprios e funcionais), tais como a “Prevaricação” (artigo 319, CP), a “Condescendência Criminosa” (artigo 320, CP), a “Omissão Perante a Tortura” (artigo 1º., § 2º., da Lei 9.455/97), entre outros.

Além do grave perigo dessa espécie de imposição de delação mútua no que se refere a um possível *denuncismo* irracional, pervertido e leviano que já se mostrou presente em situações semelhantes ao longo da História humana, há que lembrar que o recurso a essa espécie de norma impositiva da delação como forma de controle social, não a agentes públicos somente, mas também aos particulares, tem sido a marca de regimes totalitários ou autocráticos. E certamente já temos em nossa sociedade brasileira uma dose

---

26 MURAY, Philippe. *O Império do Bem – A Ditadura do Politicamente Correto*. Trad. Wiliam Alves Biserra. São Paulo: Faro Editorial, 2002, p. 55.

considerável de barbárie, não sendo necessário, de forma alguma, que comecemos a irrigar “com areia nossos desertos interiores”. 27

E não serve para abrandar a temeridade dessa medida a alegação de que eventuais delatores mendazes poderão ser responsabilizados pelo crime de “Denúnciação Caluniosa”, nos termos do artigo 339, CP. Acontece que nesses casos, a ulterior punição do delator e mesmo eventuais indenizações civis, jamais removerão a pecha de uma investigação e/ou processo criminal e muito menos a repercussão midiática que segue inevitavelmente esses episódios. Nem é preciso viajar muito no tempo para recordar do “Caso Escola Base”, passado no Brasil e mesmo não havendo na época norma alguma incentivadora e impositiva de delação. A descoberta da mentira das acusações de abuso infantil não devolveu a dignidade e nem mesmo o patrimônio e os meios de subsistência aos prejudicados. Eles passaram por um processo de “morte social ou civil”, na adequada dicção de Silva, foram “enterrados socialmente”. 28

Como alerta Bauman, é ilusório acreditar que estamos livres de uma reiteração de regimes totalitários e até genocidas. Os grandes totalitarismos do século XX (Comunismo, Nazismo e Fascismo) se conformaram no seio de uma sociedade de alto grau de civilização e cultura. Olvidar a possibilidade de retorno dessas barbaridades é “sinal de perigosa cegueira, potencialmente suicida”. 29 Afinal, como nos ensina a frase normalmente atribuída a Thomas Jefferson, mas que, na verdade, é encontrável em um discurso de John Philpot Curran, de 1790 e publicado em um livro de título “Speeches on the late very interesting State trials” em 1808, “o preço da liberdade é a eterna vigilância” (“The price of freedom is eternal vigilance”). 30 Mais precisamente assim se manifestou Curran:

“É o destino comum dos indolentes ver seus direitos se tornarem presas dos ativos. *A condição sob a qual Deus deu liberdade ao homem é a eterna vigilância*; se essa condição for quebrada, a

---

27 A imagem tão sugestiva da irrigação de desertos com areia para referir-se ao agravamento de uma situação já indesejável é de Jean – François Mattéi. Cf. MATTÉI, Jean – François. *A Barbárie Interior – Ensaio sobre o i – mundo moderno*. Trad. Isabel Maria Loureiro. São Paulo: Unesp, 2002, p. 64.

28 Cf. SILVA, Gabriel de Barros. Como o Caso Escola Base Enterrou Socialmente os Envolvidos. Disponível em <https://canalcienciascriminais.com.br/caso-escola-base/>, acesso em 04.07.2022.

29 BAUMAN, Zygnunt. *Modernidade e Holocausto*. Trad. Marcos Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998, p. 10. Diga-se de passagem, que presenciamos essas conformações totalitárias hoje, não como uma possibilidade, mas como fato consumado em locais como Cuba, Venezuela, Coreia do Norte, China etc.

30 HOPPER, Reed. *Eternal Vigilance the Price of Freedom*. Disponível em <https://pacificlegal.org/eternal-vigilance-the-price-of-freedom/>, acesso em 04.07.2022.

servidão é ao mesmo tempo a consequência de seu crime e a punição de sua culpa”. 31

A imprescindibilidade dessa constante vigilância é constatável quando se vê um festejado filósofo da atualidade, como Richard Rorty, adepto do relativismo, reduzir a aversão à crueldade e o reconhecimento de uma humanidade comum a meras “contingências históricas”. 32 Não por outra razão, Boudon aponta para um círculo vicioso lógico e mesmo ético (embora coerente) em que acaba se emaranhando Rorty com seu relativismo, ao descambar para a explicação de que “os sentimentos de horror que Auschwitz nos inspira” são mero “produto de um condicionamento histórico”. 33 De forma que se os exércitos nazistas tivessem vencido, o relativismo cultural (culturalismo em suma) nos imporia, sob a pressão dos fatos, a aceitação dos “valores” raciais como “bons”! Apenas olvida Rorty e outros culturalistas relativistas que nesse quadro totalitário do nazismo não existiria espaço para culturalismo nem relativismo, mas apenas para o absoluto domínio de uma ideologia. E nada disso, imposto de fora, seria fundamento suficiente para justificar racional e espiritualmente coisas como a crueldade ou o racismo, as quais continuariam

31 CURRAN, John Philpot, apud HOPPER, Reed, Op. cit.

32 “On the other hand, my position is not incompatible with urging that we try to extend our sense of “we” to people whom we have previously thought of as “they.” This claim, characteristic of liberals — people who are more afraid of being cruel than of anything else - rests on nothing deeper than the historical contingencies to which I referred at the end of Chapter 4. These are the contingencies which brought about the development of the moral and political vocabularies typical of the secularized democratic societies of the West. As this vocabulary has gradually been de-theologized and de-philosophized, “human solidarity” has emerged as a powerful piece of rhetoric. I have no wish to diminish its power, but only to disengage it from what has often been thought of as its “philosophical presuppositions.” Em tradução livre: Por outro lado, minha posição não é incompatível com a exortação de que tentemos estender nosso senso de “nós” a pessoas que anteriormente pensávamos como “eles”. Essa afirmação, característica dos liberais - pessoas que têm mais medo de serem cruéis do que de qualquer outra coisa - repousa em nada mais profundo do que as contingências históricas às quais me referi no final do capítulo 4. Essas são as contingências que provocaram o desenvolvimento dos vocabulários morais e políticos típicos das sociedades democráticas secularizadas do Ocidente. À medida que esse vocabulário foi gradualmente desteologizado e desfilosofado, a “solidariedade humana” emergiu como uma poderosa peça de retórica. Não desejo diminuir seu poder, mas apenas desligá-lo do que tem sido muitas vezes considerado como seus “pressupostos filosóficos”. Cf. RORTY, Richard. *Contingency, irony and solidarity*. Cambridge: Cambridge University Press, 2017, p. 192.

33 BOUDON, Raymond. *Le Juste et le Vrai*. Paris: Fayard, 1995, p. 47 – 48 e 341. “Le postmodernisme veut que les valeurs soient des illusions: c'est même là sa principale thèse. Selon R. Rorty, l'un des plus éminents représentants du club des postmodernistes, les sentiments d'horreur que nous inspire Auschwitz seraient le produit d'un conditionnement historique. Le philosophe américain a au moins le mérite de la cohérence: on ne voit pas, en effet, comment les théories qui ont sa sympathie pourraient aboutir à une autre conclusion”. Tradução livre: “O pós-modernismo quer que os valores sejam ilusões: essa é até sua tese principal. Segundo R. Rorty, um dos mais eminentes representantes do clube pós-modernista, os sentimentos de horror que Auschwitz nos inspira são produto de condicionamentos históricos. O filósofo americano tem pelo menos o mérito da coerência: não se vê, de fato, como as teorias que têm sua simpatia poderiam levar a outra conclusão”.



sendo abjetas e moralmente inadmissíveis e indefensáveis, ainda que essa verdade sobre sua natureza estivesse soterrada por toneladas de violento e opressivo totalitarismo. Não obstante, é visível que há pensadores da atualidade capazes de relativizar a barbárie, ainda que em nome de um exercício intelectual. A verdade é que na suposta “boa intenção” de afastar “ilusões” que a seu ver poderiam colocar em risco a solidariedade humana, acabam pós – modernos como Rorty solapando quaisquer fundamentos que a pudessem sustentar, findando por abrir caminho não só para um retorno da barbárie e para uma espécie de “compreensão” para com os bárbaros que ainda existem no mundo, mas também para a sua normalização.

Um exemplo pungente da intimidade entre a imposição e o incentivo da delação horizontal na sociedade encontra-se no livro autobiográfico de Ting- Xing Ye, onde a autora narra sua dramática experiência sob o tacão de Mao Tsé – tung e sua ingloria “Revolução Cultural” no seio da qual exatamente se “estimulava os jovens a delatar uns aos outros”, eliminando sentimentos de amizade, camaradagem, confiança ou qualquer vínculo humano. 34 Até mesmo os liames familiares foram destruídos por esse regime abjeto. Uma garota chegou a ser escolhida como “modelo” para a juventude porque “havia denunciado toda a família após seu pai ser rotulado de direitoista”. 35

Também Van Coillie descreve bem a imposição da delação sob Mao Tsé – tung:

Si ves u oyes u observas en cualquier compañero un detalle que no sea absolutamente ortodoxo, sea en sus gustos, sea en sus escritos, en sua andares, en el juego, en el trabajo o en su silencio. Denúncialo en seguida! Tienes que traicionar a tu compañero! Si no lo haces, serás tan culpable como él. 36

E o mesmo Van Coillie noticia fato similar ao narrado por Ting – Xing Ye. A história de um rapaz de vinte anos de idade que acusou o próprio pai idoso de todos os crimes possíveis e imagináveis, levando-o ao cárcere. O ato foi considerado “heroico” pelo sistema, merecendo grandes elogios e sendo o jovem indicado como “modelo” para todos os outros. 37

---

34 YE, Ting – Xing. *Meu Nome é Número 4 – Uma história real da Revolução Cultural Chinesa*. Trad. Alexandre Martins. Rio de Janeiro: Casa da Palavra, 2008, p. 15.

35 Op. Cit., p. 171.

36 VAN COILLIE, Dries. *Suicídio Moral: en la cárcel bajo Mao Tsé – tung*. Trad. Martín Ezcurra. Barcelona: Eler, 1963, p. 182.

37 Op. Cit., p. 182.

Outra obra autobiográfica de autoria de Reinaldo Arenas, perseguido pelo Regime Cubano de Fidel Castro por ser dissidente e homossexual, também chama a atenção para a deterioração humana com vistas à sobrevivência em um regime totalitário, onde a delação faz parte do cotidiano. 38

Um dos recursos do chamado “Experimento Pitesti” (a tortura como forma de reeducação) que se passou na Romênia, era o denominado “desenmascaramento interno”, que consistia em delatar os colegas presos e até mesmo funcionários prisionais mais benevolentes. Havia ainda o “desenmascaramento externo”, quando se exigia a delação de pessoas com que o preso teve contatos anteriores em liberdade. 39

Na Alemanha nazista os pais já não podiam confiar nem mesmo nos próprios filhos, os quais eram doutrinados nas escolas para que dessem maior relevância à obediência ao Führer do que ao amor ou fidelidade à família. Bartoletti informa que “muitos pais foram presos pela Gestapo, delatados pelos filhos”. Um exemplo apresentado pela autora é o de Water Hess, o qual denunciou que o próprio pai havia alegado que Hitler era um “louco maníaco nazista”. 40 Isso resultou no envio do pai de Hess para um campo de concentração no sul da Alemanha. 41

Como bem aduz Yutang

O Estado pode facilmente transformar-se em um monstro, como já está acontecendo em alguns países, engolindo a liberdade da palavra do indivíduo, sua liberdade de consciência e de fé religiosa, sua honra pessoal e até a meta última e final da felicidade individual. 42

E uma das metas dos sistemas totalitários de qualquer orientação (comunismo, nazismo ou fascismo) é a eliminação da “afeição e da lealdade familiares”, as quais são censuradas como sentimentos burgueses que não merecem outro destino senão a extinção. 43 Dentre os instrumentos para a destruição desses laços naturais execrados pelos regimes totalitários está exatamente a cultura da delação, razão pela qual todo

---

38 ARENAS, Reinaldo. *Antes que Anoiteça*. Trad. Irène Cubric. Rio de Janeiro: Bestbolso, 2009, p. 247.

39 IERUNCA, Virgil. *El Experimento Pitesti*. Trad. Joaquín Garrigós. Madrid: Xorki, 2019, p. 31 – 32.

40 E não era? Nessas horas é que vemos como dizer a verdade é historicamente comprovado como um ato perigoso para a própria vida, saúde e liberdade.

41 BARTOLETTI, Susan Campbell. *A juventude hitlerista: a história dos meninos e meninas nazistas e a dos que resistiram*. Trad. Beatriz Horta. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2006, p. 78.

42 YUTANG, Lin. *A Importância de Viver*. Trad. Mário Quintana. 3ª. ed. São Paulo: Círculo do Livro, 1975, p. 177.

43 Op. Cit., p. 177.

cuidado é pouco ao deliberar-se pela inoculação desse instituto na sociedade pela via do Direito.

Por outro lado, a violência doméstica e familiar contra crianças e adolescentes é um problema gravíssimo e suas vítimas normalmente não têm muitos recursos de defesa ou mesmo denúncia, vivem como reféns, muitas vezes até um desfecho fatal, sendo que também com frequência pessoas próximas sabem do que vem ocorrendo e se omitem.

Essa omissão decorre de fatores eminentemente culturais e de déficit moral, tal qual nos ensina Tocqueville:

Vejo uma multidão incalculável de homens semelhantes e iguais que giram sem repouso torno de si mesmos para conseguir pequenos e vulgares prazeres com que enchem sua alma. Cada um deles, retirado à parte, é como que alheio ao destino de todos os outros: seus filhos e seus amigos particulares formam para eles toda a espécie humana; quanto ao resto de seus concidadãos, está ao lado deles, mas não os vê; toca-os mas não os sente; cada um só existe em si mesmo e para si mesmo. 44

E aí surge novo questionamento acerca da conveniência (ou não) da criminalização em estudo. Seria sequer adequado e muito menos eficaz pretender obter uma mudança cultural e um ganho de qualidade moral, usando como instrumento a ameaça do Direito Penal? O Direito Penal seria um bom método pedagógico ou a cultura de um povo e sua moralidade deve ser cultivada por outros meios de aprimoramento que tornem as pessoas conscientes de seus deveres, do certo e do errado, do bem e do mal, da verdade e da mentira? Parece que não haverá jamais legislação penal ou de outra natureza capaz de incutir nos homens bons sentimentos e noções de obrigação em meio a um mundo e neste mundo, um país, onde tudo é relativizado e quase todos andam perdidos.

Não é que se pretenda com a exposição dessa abordagem histórica crítica equiparar ou equalizar a criação de um tipo penal como o artigo 26 da Lei 14.344/22 com as atrocidades dos regimes totalitários do século XX ou atuais, o que seria um óbvio e ingente desvio do senso de proporções. Porém, é preciso ter em mente que o totalitarismo muitas vezes, e principalmente no mundo contemporâneo, não se implanta de roldão, repentinamente e de forma acabada. Antes, se introduz sutil, lenta e insidiosamente. Isso porque na atualidade já se sabe que o verdadeiro "poder político" não se obtém pela força bruta, nem de forma imediata, mas significa conquistar o domínio "sobre as mentes e as

---

44 TOCQUEVILLE, Alexis de. *A Democracia na América. Livro II – Sentimentos e Opiniões*. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 389.

ações dos homens”. 45 Tratando da barbárie sob o ângulo da exagerada acumulação de capital, mesmo um autor como Veblen que acreditava na utopia socialista (outra barbárie),<sup>46</sup> constatou a existência de distinção entre uma barbárie “feroz”, “rapace” e “predatória” nos primeiros tempos e sua mudança moderna para meios de ação mais sutis, próximos da “fraude” e marcados por certa “prudência” e “discrição”. A natureza bárbara pode ser aquela que ataca frontalmente ou dissimuladamente, uma afim da “ferocidade”, outra da “astúcia”. 47 Nem sequer há a pretensão de imputar ao legislador ou a quem quer que seja, uma má intenção ou o desiderato inequívoco de inocular um elemento totalitário na sociedade brasileira pela via do mundo jurídico. Apenas é preciso salientar com Boudon que muitas vezes uma consequência indesejável e até nociva pode advir de uma decisão refletida e bem intencionada. 48 E como temos ciência pela via da sabedoria popular, “de boas intenções o inferno está cheio”.

## **5-INTERVENÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NAS CAUSAS QUE ENVOLVEM VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA CRIANÇA OU ADOLESCENTE**

O artigo 127, CF atribui ao Ministério Público a condição de “instituição permanente essencial à função jurisdicional do Estado”. Também lhe incumbe da função de “defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”. Nesse passo não é surpresa que a legislação determine casos em que o Ministério Público, obrigatoriamente, deverá intervir, ainda que não seja parte processual. Causas que envolvam interesses indisponíveis de incapazes, por exemplo, certamente são exemplos da necessária atuação ministerial.

O Código de Processo Civil, seguindo a normatização constitucional do tema, estabelece que em casos envolvendo incapazes, dentre eles os etários, há necessidade de intervenção ministerial (vide artigos 176 c/c 178, II, CPC). Também estabelece o CPC os limites e alcances da atuação ministerial, de acordo com seu artigo 179, I e II, abrangendo o direito de vista dos autos, intimação de todos os atos do processo, produção de provas, requerimento de medidas processuais em geral e de recurso.

---

45 MORGENTHAU, Hans J. *A Política Entre as Nações – a luta pelo poder e pela paz*. Trad. Oswaldo Biato. Brasília: Universidade de Brasília, 2003, p. 177.

46 ALMEIDA, Maria Hermínia Tavares de. Apresentação. In: VEBLÉN, Thorstein Bunde. *A Teoria da Classe Ociosa: um estudo econômico das instituições*. Trad. Olívia Krähenbühl. São Paulo: Abril Cultural, 1983, p. 17.

47 VEBLÉN, Thorstein Bunde. *A Teoria da Classe Ociosa: um estudo econômico das instituições*. Trad. Olívia Krähenbühl. São Paulo: Abril Cultural, 1983, p. 106 – 107.

48 BOUDON, Raymond. *Efeitos Perversos e Ordem Social*. Trad. Analúcia T. Ribeiro. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1979, “passim”.

Na área criminal, o Ministério Público é o titular privativo da ação penal pública, conforme dispõe o artigo 129, I, CF, secundado pela parte inicial do artigo 24 c/c artigo 257, I, CPP.

Mas, e na ação penal privada? Também atua o Ministério Público como “custos legis” (Fiscal da Lei – inteligência do artigo 257, II, CPP). Na fase de Inquérito Policial opina pela concessão de prazo e quando o feito é relatado e fica à disposição do querelante (artigo 19, CPP), tem vista dos autos para aferir se existe ali também algum indício de crime de ação penal pública, a fim de que tome as providências devidas em caso positivo. 49

Pode ainda o Ministério Público, nos termos dos artigos 45 c/c 46, § 2º., CPP, aditar a queixa para incluir eventual querelado, velando, enquanto “custos legis”, pela indivisibilidade da ação penal (artigo 48, CPP). Embora atue como fiscal da lei, zelando pela indivisibilidade e possa até aditar à queixa – crime nos casos de ação penal privada, não é dado ao Ministério Público o poder de incluir crime de ação penal privada não mencionado pelo querelante, isso tendo em vista o “Princípio da Oportunidade” que rege tal espécie de ação penal, bem como o fato de que não é legitimado como titular. Mesmo quanto à inclusão de querelantes, há controvérsias, tendo em vista tratar-se de ação penal privada. Para alguns é possível o aditamento, sendo uma exceção às regras da ação penal privada de acordo com o disposto no artigo 45, CPP. Para outros isso não é possível, já que a omissão de algum querelado implica em renúncia tácita do direito de ação, a qual se transmite a todos os demais pelo “Princípio da Indivisibilidade da Ação Penal” (inteligência do artigo 49, CPP), não cabendo ao Ministério Público atuar, a não ser, como fiscal da lei, para apontar a configuração da renúncia e extinção de punibilidade de todos. Finalmente, há quem defenda que o Ministério Público somente apontará a infração à indivisibilidade, para que o querelante, em desejando, adite a queixa. Se o fizer o processo prossegue. Se não o fizer ocorre a renúncia e a extinção da punibilidade. A Súmula 16 das Mesas de Processo Penal da Universidade de São Paulo estabelece o seguinte: “em face dos princípios que regem a ação privada, não é possível o aditamento à queixa pelo Ministério Público para inclusão de corréu”. 50

Em caso de recurso na ação penal privada pode o Ministério Público apresentar razões nos termos do artigo 600, § 2º., CPP. 51 Não obstante sua capacidade recursal é reduzida, tendo em vista não ser o titular da ação penal privada. Pode recorrer na condição de fiscal da lei quando a sentença for condenatória. Mas, quando a sentença for absolutória

---

49 BONFIM, Edilson Mougnot. *Código de Processo Penal Anotado*. 2ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 74.

50 Op. Cit., p. 140.

51 Cf. MOSSIN, Heráclito Antônio. *Comentários ao Código de Processo Penal à Luz da Doutrina e da Jurisprudência*. Barueri: Manole, 2005, p. 1209.

o direito de recorrer é apenas do titular da ação (querelante). O apelo do Ministério Público nesses casos constituiria, na dicção de Demoro Hamilton, uma “verdadeira aberração” por falta de interesse de agir, já que o Estado não tem interesse na punição do réu, de acordo com os princípios e institutos 52 que regem as ações penais privadas (oportunidade, conveniência, disponibilidade, perdão do ofendido, desistência etc.).

Finalmente cabe ressaltar que o ECA (Lei 8.0969/90 – artigos 202 a 205) determina a intervenção do Ministério Público, ainda que não seja parte, em ações que envolvam direitos das crianças e adolescentes, gerando nulidade a falta dessa intervenção.

Com o advento da Lei 14.344/22 foi incluído no artigo 201 do ECA, que arrola as atribuições do Ministério Público diante dos direitos das crianças e adolescentes, um inciso XIII para determinar sua obrigatória intervenção, mesmo quando não for parte, nas causas cíveis e criminais decorrentes de violência doméstica e familiar contra a criança e o adolescente.

Na seara cível, parece não existir qualquer dúvida acerca dessa incumbência obrigatória do Ministério Público em causas que envolvam menores e incapazes em geral, conforme já demonstrado. Nesse passo o novo inciso XIII do artigo 201 do ECA surge apenas como um reforço dessa necessária intervenção, que já decorria da Constituição Federal, do Código de Processo Civil e do próprio ECA.

Na área criminal, em se tratando de ações penais públicas, o dispositivo é inoquo, pois o Ministério Público não somente irá “intervir”, mas é o titular privativo da ação penal pública, aplicando-se o artigo 129, I, CF e os artigos 24 c/c 257, I, CPP, de modo a tornar totalmente dispensável a previsão do artigo 201, XIII, ECA.

Já nos casos de ações penais privadas envolvendo crianças e adolescentes como vítimas (v.g. violência moral – crimes contra a honra), também parece que a atuação do Ministério Público, embora limitada à função de “fiscal da lei”, já se encontra bem estabelecida no Código de Processo Penal, conforme acima demonstrado. Novamente o inciso XIII do artigo 201 do ECA surge como um reforço daquilo que já vinha estabelecido pelo sistema processual. A única diferença é que as normas anteriormente vigentes faziam menção à atuação ministerial na ação penal privada em geral e agora o ECA especifica sua obrigatoriedade no caso de ações envolvendo crianças e adolescentes. No mais, o alcance da atuação ministerial e de suas prerrogativas deve ser dado por interpretação sistemática com os artigos 202 a 205 do ECA. Poderá o Ministério Público, mesmo não sendo parte (ação penal privada), juntar documentos, requerer diligências e recorrer, bem como terá vista dos autos após as partes (artigo 202, ECA). Anote-se que quanto à capacidade

---

52 HAMILTON, Sérgio Demoro. A Presença do Ministério Público na Ação Penal Privada. Disponível em [https://www.mprj.mp.br/documents/20184/2171881/Sergio\\_Demoro\\_Hamilton.pdf](https://www.mprj.mp.br/documents/20184/2171881/Sergio_Demoro_Hamilton.pdf), acesso em 08.07.2022.

recursal, há que observar os limites impostos pelos princípios e institutos da ação penal privada, conforme acima já mencionado, o que não nos parece poder alterar-se pelo advento do inciso XIII do artigo 201 do ECA, sob pena de desfigurar o arcabouço normativo e principiológico da ação penal privada. A intimação do Ministério Público deve ser obrigatoriamente pessoal (artigo 203, ECA). A falta de intervenção ministerial é causa de nulidade absoluta desses feitos, podendo ser reconhecida de ofício pelo juiz ou por provocação das partes ou do próprio Ministério Público. Esse alcance das prerrogativas ministeriais também vale para as ações cíveis.

## **6-LEI 9.099/95 E CRIMES COMETIDOS CONTRA A CRIANÇA E O ADOLESCENTE**

Como é possível antever de acordo com nossas manifestações antecedentes neste texto, temos a convicção da impossibilidade de aplicação dos dispositivos benéficos da Lei 9.099/95 a *quaisquer* casos de violência doméstica e familiar contra crianças e adolescentes por aplicação do disposto no artigo 226, § 1º., do ECA (Lei 8.069/90) com nova redação dada pela Lei 14.344/22. Em nossa concepção é indiferente que o crime praticado contra o menor seja daqueles previstos no ECA ou na legislação codificada e esparsa em geral. Não cabe aplicar as benesses da Lei 9.099/95 a *nenhum* violador de crianças ou adolescentes no âmbito doméstico e familiar. É claro que para meninas já existe indubitavelmente essa proibição, nos termos do artigo 41 da Lei 11.340/06. A dúvida que poderia surgir, com relação ao alcance do artigo 226, § 1º., da Lei 8069/90 se refere aos meninos, mas a nosso ver o tratamento somente pode ser isonômico.

Há, porém, controversias sobre essa questão. Autores como Cunha e Ávila<sup>53</sup> entendem que a vedação da Lei 9.099/95 somente tem validade para os crimes previstos no ECA, já que o “caput” do artigo 226 do mesmo diploma, que não foi alterado, diz respeito especificamente a crimes da Lei 8.069/90, não abrangendo ilícitos que não sejam ali previstos. A dicção do artigo 226, “caput” é “aos crimes definidos *nesta lei*”, ou seja, no ECA. Segundo os autores, portanto, o § 1º., somente pode ser interpretado em conjunto com o disposto no “caput”.

Cunha e Ávila chamam a atenção para o fato de que a Lei Henry Borel espelha muitas disposições da Lei Maria da Penha, mas no que se refere à vedação de aplicação da Lei 9.099/95, apartou-se da sistemática da Lei 11.340/06, que previu tal impedimento no seu corpo interno, mais precisamente em seu artigo 41. A Lei Henry Borel preferiu tratar da vedação respectiva em outro diploma legal, no caso, o ECA (Lei 8.069/90), em seu artigo

---

53 CUNHA, Rogério Sanches, ÁVILA, Thiago Pierobom de. Crimes Contra Crianças e Adolescentes: A continuidade de aplicação da Lei 9.099/1995 após o advento da Lei 14.344/2022. Disponível em <https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2022/07/06/crimes-contra-criancas-e-adolescentes-a-continuidade-de-aplicacao-da-lei-9-099-1995-apos-o-advento-da-lei-14-344-2022/>, acesso em 08.07.2022.

226, § 1º. Afirmam, com base nisso, que como a alteração legal se deu no ECA e não na Lei Henry Borel, a vedação em estudo somente se aplica aos crimes do ECA (ali previstos) e não de forma geral. Alegam os autores que se o legislador pretendesse uma vedação genérica teriam feito a previsão na Lei Henry Borel diretamente, tal como ocorre com a Lei Maria da Penha e não no ECA. 54

Entendem ainda os autores que a interpretação de vedação genérica implicaria no impedimento de aplicação da Lei 9.099/95 a quaisquer crimes contra crianças e adolescentes, ainda que fora da situação de violência doméstica e familiar, o que nem mesmo ocorre na Lei Maria da Penha. Isso porque o § 1º., do artigo 226 do ECA menciona “Aos crimes cometidos contra criança e adolescente” sem qualificar a situação de violência doméstica e familiar. 55

Fazem ainda menção à tendência de acatamento da chamada “Justiça Consensuada” e à sua ampliação pelo denominado “Pacote Anticrime” (Lei 13.964/19) com a previsão do “Acordo de Não Persecução Penal” (ANPP – artigo 28 – A, CPP). 56

Trazem ainda à discussão a decisão do STF quanto ao artigo 91 do Estatuto do Idoso não ampliar o conceito de infração de menor potencial para aquelas com penas máximas cominadas abstratamente até 4 anos, mas tão somente para autorizar a aplicação do Procedimento Sumaríssimo da Lei 9.099/95 quando a vítima do crime for idosa. No entanto, não houve entendimento do Supremo quanto ao não cabimento das benesses da Lei 9.099/95 quando o crime tiver pena máxima cominada até 2 anos (transação penal) ou mínima até 1 ano (suspensão condicional do processo). 57

Com o devido respeito, não se pode concordar com essa interpretação, tratando-se, como bem afirmam Costa e Araújo, de um evidente “equivoco hermenêutico”. 58

Nem a interpretação gramatical nem a sistemática levam ao resultado preconizado pelos autores em destaque.

O artigo 226, ECA em sua redação original não contava com parágrafos. Portanto, a inclusão destes não é, obrigatoriamente, procedida em correlação sistemática com o atual “caput”. O que hoje é o “caput” do artigo 226, ECA regula a aplicação subsidiária das

---

54 Op. Cit.

55 Op. Cit.

56 Op. Cit.

57 Op. Cit.

58 COSTA, Adriano Sousa, ARAÚJO, Anderson Marcelo de. Temas Controversos da Lei Henry Borel. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2022-jul-05/academia-policial-temas-controversos-lei-henry-borel> , acesso em 13.07.2022.



normas da Parte Geral do Código Penal e do Código de Processo Penal aos crimes previstos no ECA. Aí sim, a norma se refere somente aos crimes do ECA.

Já o § 1º., não foi criado concomitantemente com o atual “caput” e sim introduzido pela Lei Henry Borel. Ali não há menção a “crimes definidos nesta lei”, mas sim a “crimes cometidos contra criança e adolescente”. Não há qualquer distinção entre crimes do ECA e demais crimes que atinjam crianças e adolescentes. Não há ligação entre o “caput” e seu § 1º., de forma que cada um trata de um regramento de aplicação de normas. O “caput” regula a aplicação subsidiária do Código Penal e do Código de Processo Penal, referindo-se aos crimes do ECA. O § 1º. regula a aplicação, ou melhor, a não aplicação da Lei 9.099/95, seja aos crimes do ECA, seja a *quaisquer* crimes perpetrados contra crianças e adolescentes. Cada dispositivo tem uma redação diversa e se refere a diplomas legais diversos. No caput, ao referir-se a lei à legislação codificada (geral) não teria realmente cabimento que não estivesse se referindo aos crimes previstos estritamente no ECA. Quanto aos demais crimes do ordenamento jurídico brasileiro, salvo disposição expressa em contrário, aplicam-se naturalmente tais diplomas genéricos.

Outra comprovação da independência entre os parágrafos e o “caput” é que o § 2º., impede a aplicação de penalidade envolvendo “cestas básicas”, outras de “prestação pecuniária”, bem como substituição por pena isolada de multa, isso tudo, não para os crimes do ECA apenas, mas “nos casos de violência doméstica e familiar contra a criança e o adolescente” (letra da lei – artigo 226, § 2º., ECA). Resta nítido o espelhamento do artigo 17 da Lei Maria da Penha (Lei 11.340/06), o que não deixa a menor dúvida quanto à “mens legis” de propiciar tratamento idêntico às violências doméstica e familiar contra a mulher e crianças e adolescentes. Aliás, tratar de forma diferente infringiria a isonomia e seria inconstitucional. Não teria cabimento que meninas violentadas no ambiente doméstico e familiar contassem com a vedação de aplicação ao agressor da Lei 9.099/95, enquanto que meninos não contassem com tratamento isonômico.

A alegação de Cunha e Ávila quanto à diferença de topografia entre as normas proibitivas, prevendo a Lei Maria da Penha a vedação à Lei 9.099/95 em seu próprio bojo e a Lei Henry Borel, preferindo levar tal dispositivo ao ECA, é absolutamente irrelevante. Isso porque no caso da mulher, inexistente um Estatuto da Mulher com previsão similar ao ECA. Então a Lei Maria da Penha somente poderia prever a norma proibitiva da Lei 9.099/95 em seu próprio corpo. Já no caso das crianças e adolescentes, existe o ECA, podendo o legislador optar por tratar dos temas, inclusive este, no bojo da Lei 14.344/22 ou no ECA (Lei 8.069/90). Até porque a Lei 14.344/22 prevê expressamente a possibilidade de aplicação subsidiária das disposições do ECA, naquilo que couber, conforme artigo 33 da Lei Henry Borel.

Também não é justificado o temor dos autores quanto a uma exagerada proibição de aplicação da Lei 9.099/95 a todos os casos com vítimas menores, mesmo em não se tratando de situações de violência doméstica e familiar. É verdade que o § 1º. em estudo menciona genericamente “crimes cometidos contra a criança e o adolescente”. Mas, é mais do que óbvio que a referência se limita aos casos de violência doméstica e familiar, devido à genealogia do dispositivo, pois ele provém da Lei Henry Borel (Lei 14.344/22), a qual se refere especificamente a essa espécie de violência e não a quaisquer situações em que a vítima seja menor. Tanto é fato que logo em seguida, o outro dispositivo incluído pela Lei Henry Borel, o § 2º., já se refere expressamente e especificamente aos “casos de violência doméstica e familiar contra a criança e o adolescente”. Aqui sim, a genealogia comum e concomitante dos §§ 1º. e 2º., indica uma interpretação sistemática não somente entre eles, mas deles com a natureza dos fatos tratados pela Lei 14.344/22, que se refere especificamente à violência doméstica e familiar contra menores e não a qualquer caso que envolva menor como sujeito passivo de infrações penais.

Quanto ao acatamento da “Justiça Consensuada” no ordenamento jurídico brasileiro, trata-se de fato inegável. Porém, isso não significa que a aplicação desse modelo seja ilimitada. É plenamente possível, e é até mesmo a regra nesses casos, que se estabeleçam legalmente as situações em que o modelo consensuado pode ou não ser aplicado (modelo de discricionariedade regrada ou regulada). 59 A própria Constituição Federal, ao prever a possibilidade de criação de Juizados Especiais Criminais, delega ao legislador ordinário seu regramento e a conceituação de infração de menor potencial (inteligência do artigo 98, I, CF). Também não se justifica a preocupação dos autores com relação ao Acordo de Não Persecução Penal (ANPP) trazido ao ordenamento pela Lei 13.964/19. A Lei 14.344/22 não previu qualquer proibição para a aplicação desse instituto, seja em seu próprio bojo, seja no ECA ou em qualquer local (CPP etc.). Muito embora, a nosso ver, devesse ter previsto, tendo em vista um tratamento isonômico entre meninos e meninas. Isso porque com relação às mulheres em situação de violência doméstica e familiar, a própria Lei 13.964/19, que alterou o CPP, proibiu o ANPP nessas circunstâncias (vide artigo 28 – A, § 2º., IV, CPP com nova redação dada pela Lei 13.964/19). Há, portanto, uma inconstitucionalidade por insuficiência protetiva em relação aos meninos, bem como uma violação crassa da isonomia entre homens e mulheres (artigo 5º., I, CF). Note-se que a proposta não é o laxismo legal com a permissão de acordo para os casos de violência contra a mulher, mas o tratamento igualitário com o rigor da não permissão do ANPP também para a violência contra meninos.

Por derradeiro, a alusão dos autores à decisão do STF quanto ao alcance limitado do artigo 91 do Estatuto do Idoso, é a mais inadequada de todas as argumentações. Em

---

59 GRINOVER, Ada Pellegrini, GOMES FILHO, Antonio Magalhães, FERNANDES, Antonio Scarance, GOMES, Luiz Flávio. *Juizados Especiais Criminais*. 4ª. ed. São Paulo: RT, 2002, p. 97.

primeiro lugar esse dispositivo, dada sua redação confusa, parecia *ampliar*, para os casos de idosos vitimados, o conceito de infração de menor potencial. Parecia que o artigo 91 fazia com que o conceito de infração de menor potencial para não idosos abrangesse apenas crimes com penas máximas até 2 anos, enquanto que para casos de idosos como vítimas a infração seria de menor potencial com penas até 4 anos. Ora, isso seria um absurdo, uma irrazoabilidade e a proporcionalidade virada de ponta – cabeça! O objeto de discussão era *impedir a ampliação* de aplicação da Lei 9.099/95 em casos de vítimas idosas. Exatamente o oposto do que se trata agora com o § 1º., do artigo 226 do ECA, que se relaciona com a *restrição ou proibição* de aplicação da Lei 9.099/95 para crimes em geral contra crianças e adolescentes em violência doméstica e familiar. Não há ligação possível entre os dois casos, eles são contrários, não têm nada em comum. O fato de que o STF tenha decidido que seriam aplicáveis aos casos de idosos vítimas os benefícios da Lei 9.099/95, desde que cumpridos os requisitos legais (pena máxima até 2 anos ou pena mínima até 1 ano, respectivamente para transação penal e suspensão condicional do processo), nada tem novamente a ver com o caso da Lei Henry Borel e do ECA. O Estatuto do Idoso, em momento algum criou norma proibitiva de aplicação da Lei 9.099/95, donde se conclui que ela pode ser aplicada nos seus estritos limites. O risco no Estatuto do Idoso era de indevida *ampliação* de aplicação da Lei 9.099/95 em prejuízo dos idosos, ocasionando evidente insuficiência protetiva e não de *restrição*. O único ponto de contato entre os dois “cases” é o de que cabe realmente ao legislador ordinário estabelecer o conceito de infração de menor potencial ofensivo e os critérios de aplicação das benesses da Lei 9.099/95.

*Observe-se ainda que, tal qual a Lei Maria da Penha, a Lei Henry Borel reconhece a violência doméstica e familiar contra crianças e adolescentes como “uma das formas de violação dos direitos humanos” (artigo 3º., da Lei 14.344/22). Como seria possível, dentro de uma razoabilidade e proporcionalidade minimamente admissíveis, considerar uma “violação dos direitos humanos” como uma “infração de menor potencial”? Isso é até mesmo contraditório, pois ou bem estamos tratando de uma grave violação dos direitos humanos ou de uma infração de natureza bagatela ou mesmo de médio potencial.*

Outro motivo que aponta para a abrangência genérica do § 1º., do artigo 226, ECA, é o fato de que o crime previsto no artigo 25 da Lei Henry Borel tem pena máxima cominada de 2 anos e seria então de menor potencial, não cabendo, em regra, a Prisão em Flagrante e sim elaboração de Termo Circunstanciado. Acontece que o § 2º., do mesmo dispositivo trata expressamente da “Prisão em Flagrante” e ainda veda a concessão de fiança pela Autoridade Policial. Ora, se fosse aplicada a Lei 9.099/95, já que o artigo 226, § 1º., ECA só alcançaria os crimes da Lei 8.069/90, não haveria Prisão em Flagrante e nem necessidade de fiança e, ainda que excepcionalmente houvesse a Prisão em Flagrante,

deveria ser concedida fiança pelo Delegado normalmente, aplicando-se o artigo 322, CPP. Nada justificaria o rigor da legislação nesse caso em dissonância com todos os demais.

A questão do tratamento isonômico entre meninos e meninas pela Lei Henry Borel é crucial para que não se venha a reproduzir, uma vez mais, discriminações negativas que não contam com justificativa plausível e decorrem de falsidades e erros provocados pelo “politicamente correto”, conforme demonstra a escritora feminista, Christina Hoff Sommers:

La investigación, citada con frecuencia para apoyar las quejas sobre los privilegios y maldades masculinas, está plagada de errores. Casi nada de la misma ha sido publicado en periódicos evaluados por profesionales. Parte de la información falta misteriosamente. Sin embargo, el falso retrato permanece y es debidamente distribuido en centros educativos, en talleres de «igualdad de género» y, cada vez más, entre los propios niños. 60

Talvez seja também bom avivar a memória de todos para o fato de que a lei recebe o nome de um menino vítima de violência doméstica e familiar bárbara, Henry Borel, e de que ele não é, por obviedade, a única criança do sexo masculino nessa situação (v.g. Caso Bernardo Boldrini, 61 Caso Rafael Matheus Winques, 62 Caso Ruan Maicon, 63 entre muitos outros).

Demonstrados os argumentos ampliativos e restritivos do alcance do artigo 226, § 1º, ECA e adotando-se o entendimento ampliativo, 64 conforme exposto, há que analisar uma questão relevante.

A vedação de aplicação da Lei 9.099/95 constante no § 1º, do artigo 226, ECA se refere textualmente a “crimes” cometidos contra crianças e adolescentes. Mas, e se ocorrer

---

60 SOMMERS, Christina Hoff. *Cómo um feminismo mal entendido está dañando a los chicos juvenes*. Trad. Lourdes Huanqui. Ebook: Lectulandia.com, p. 7.

61 CASO Bernardo. Disponível em <https://www.tjrs.jus.br/novo/caso-bernardo/>, acesso em 13.07.2022.

62 MORTE de menino de 11 anos pela mãe relembra caso Bernardo. Disponível em <https://www.jornalnh.com.br/noticias/rio-grande-do-sul/2020/05/26/morte-de-menino-de-11-anos-pela-mae-relembra-caso-bernardo.html>, acesso em 13.07.2022.

63 CASAL de lésbicas cortou o pênis, matou, degolou e esquartejou filho de 5 anos por não querer ser gay. Disponível em <https://www.portaldiariorio.com.br/noticias/brasil/419133/casal-de-lesbicas-cortou-o-penis-matou-degolou-e-esquartejou-filho-de-5-anos-por-nao-querer-ser-gay.html>, acesso em 13.07.2022.

64 Ver no mesmo sentido: SANNINI, Francisco. Lei Henry Borel cria mecanismos de proteção e enfrentamento à violência doméstica praticada contra menores de idade. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2022-jun-03/sannini-neto-lei-henry-borel-mecanismos-protecao>, acesso em 13.07.2022.

a prática de uma contravenção penal contra crianças e adolescentes em violência doméstica e familiar. A mais comum delas seria a contravenção penal de Vias de Fato (artigo 21, LCP). A vedação que se refere a crimes, a princípio não seria aplicável às contravenções por força do “Princípio da Legalidade”, uma vez que crimes e contravenções são espécies diversas do gênero “infrações penais”.

Acontece que o mesmo dilema já foi enfrentado acerca do disposto na Lei Maria da Penha em seu artigo 41, o qual também faz menção somente a “crimes”. E o STJ, bem como o STF estabeleceu que a palavra “crimes” nesse caso deveria ser interpretada de forma ampla, abrangendo tanto crimes como contravenções. Vejamos:

Uma interpretação literal do disposto no art. 41 da Lei n. 11.340/2006 viabilizaria, em apressado olhar, a conclusão de que os institutos despenalizadores da Lei 9.099/1995, entre eles a transação penal, seriam aplicáveis às contravenções penais. Contudo, considerando a finalidade da norma e o enfoque da ordem jurídico – constitucional, tem-se que, considerados os fins sociais a que a lei se destina, o artigo 41 da Lei n. 11.340/2006 afasta a incidência da Lei n. 9.099/95, de forma categórica, tanto aos crimes quanto às contravenções penais, a mens legis do disposto no referido preceito não poderia ser outra, senão de alcançar também as contravenções penais (STJ, HC n. 280.788/RS, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, j. 03.04..2014; no mesmo sentido STF, HC n. 106.212/MS, Rel. Min. Marco Aurélio Mello, j. 24.03.2011). 65

Na interpretação e aplicação dos dispositivos da Lei 14.344/22 é preciso ter sempre atenção para a necessidade de isonomia entre meninos e meninas, a fim de não abrir brechas para inconstitucionalidades por insuficiência protetiva. Ademais, é necessário lembrar que a Lei Henry Borel é praticamente especular (no sentido de espelho) em relação à Lei Maria da Penha. E se nesta última há dispositivo que aponta para sua interpretação de acordo com “os fins sociais a que se destina” e as “condições peculiares das mulheres em situação de violência doméstica e familiar” (artigo 4º., da Lei 11.340/06); não existe motivo para que tal proceder não seja estendido aos menores, levando em conta os fins sociais a que se destina a Lei 14.344/22, bem como a situação peculiar das crianças e adolescentes em situação de violência doméstica e familiar (inteligência do artigo 33 da Lei 14.344/22).

---

65 FERNANDES, Valéria Diez Scarance. Lei Maria da Penha. São Paulo: Atlas, 2015, p. 224.

Nesse passo, é de prognosticar que os tribunais devam interpretar a vedação prevista no artigo 226, § 1º, do ECA de forma ampla, abrangendo tanto crimes como contravenções penais, a exemplo do que já ocorreu com o mesmo caso da Lei Maria da Penha.

Também por isonomia, entendemos que o mais correto será que os Tribunais superiores repitam outros entendimentos rigorosos previstos para agressores de mulher, nos casos de crianças e adolescentes também em violência doméstica e familiar. São exemplos algumas Súmulas do STJ: 66

A suspensão condicional do processo e a transação penal não se aplicam na hipótese de delitos sujeitos ao rito da Lei Maria da Penha. (Súmula 536, 3ª. Seção, julgado em 10/06/2015, DJe 15/06/2015).

A prática de crime ou contravenção penal contra a mulher com violência ou grave ameaça no ambiente doméstico impossibilita a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. (Súmula 588, 3ª. Seção, julgado em 13/09/2017, DJe 18/09/2017).

É inaplicável o princípio da insignificância nos crimes ou contravenções penais praticados contra a mulher no âmbito das relações domésticas. (Súmula 589, 3ª. Seção, julgado em 13/09/2017, DJe 18/09/2017).

Para a configuração da violência doméstica e familiar prevista no artigo 5º da Lei n. 11.340/2006 (Lei Maria da Penha) não se exige a coabitação entre autor e vítima. (Súmula 600, 3ª. Seção, julgado em 22/11/2017, DJe 27/11/2017).

Outra questão polêmica foi aquela da ação penal nas lesões corporais leves em casos de violência doméstica contra a mulher. A ação penal, por força do artigo 88 da Lei 9.099/95 é pública condicionada à representação do ofendido. Mas, com relação às circunstâncias de violência doméstica e familiar contra a mulher, entendeu-se que a vedação de aplicação da Lei 9.099/95 (artigo 41 da Lei 11.340/06) faria da ação penal pública incondicionada, voltando-se a aplicar o sistema geral do Código Penal, previsto no seu artigo 100, § 1º. A nosso ver, por aplicação do disposto no artigo 226, §1º, do ECA, com nova redação dada pela Lei 14.344/22, o efeito nos casos de lesões leves em violência doméstica e familiar contra crianças e adolescentes, não pode deixar de ser o

---

66 STJ: 4 Súmulas sobre a Lei Maria da Penha. Disponível em <https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/682655134/stj-4-sumulas-sobre-a-lei-maria-da-penha> , acesso em 08.07.2022.

mesmo. Assim sendo, prognostica-se que a Súmula 542, STJ deva ser repetida na interpretação e aplicação jurisprudencial dos casos de lesões leves contra crianças e adolescentes em situação de violência doméstica e familiar. Eis o texto da Súmula citada:

“A ação penal relativa ao crime de lesão corporal resultante de violência doméstica contra a mulher é pública incondicionada”.

Não há razão para criar distinções legais, doutrinárias ou jurisprudenciais entre meninos e meninas, especialmente porque tanto a Lei Maria da Penha (artigo 6º.), quanto a Lei Henry Borel (artigo 3º.) erigem os casos de violência doméstica e familiar, respectivamente contra as mulheres e as crianças e adolescentes (neste último caso independente do sexo) em graves violações dos direitos humanos. Ademais, ambas as leis mencionadas, assim como o ECA, são integradas pelo disposto no artigo 33 da Lei 14.344/22.

## **7-TERMO INICIAL DA CONTAGEM DO PRAZO PRESCRICIONAL EM CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL E ENVOLVENDO CRIANÇAS E ADOLESCENTES**

A Lei 12.650/12 trouxe a lume novo termo inicial para contagem do prazo prescricional de crimes contra a dignidade sexual de crianças e adolescentes, estabelecendo-o como o momento em que a vítima completa 18 anos ou então, se o processo se inicia antes, o momento da propositura deste.

Na ocasião, já escrevemos sobre o tema e havia uma dúvida importante a ser sanada, conforme segue: 67

Ocorre que a legislação na época faz referência a crimes contra a dignidade sexual previstos no Código Penal *ou em Legislação Especial*. No Código Penal, nunca houve qualquer dúvida de que se tratavam dos crimes previstos no Título VI – Dos crimes contra a dignidade sexual, mais especificamente, seu Capítulo II – Dos Crimes Sexuais contra vulnerável. A dúvida surgia quanto a crimes contra a dignidade sexual de crianças e adolescentes previstos em legislação esparsa.

Certamente o primeiro diploma que veio à mente foi o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90) no bojo do qual há realmente crimes que descrevem condutas envolvendo exploração sexual de crianças e adolescentes ou ao menos de suas imagens.

---

67 CABETTE, Eduardo Luiz Santos. Nova Contagem de Prazo Prescricional para Crimes Contra a Dignidade Sexual de Crianças e Adolescentes: a Questão da Legislação Especial. Disponível em <https://eduardocabette.jusbrasil.com.br/artigos/121937319/nova-contagem-de-prazo-prescricional-para-crimes-contra-a-dignidade-sexual-de-criancas-e-adolescentes-a-questao-da-legislacao-especial> , acesso em 10.07.2022.

Esses crimes podem ser encontrados nos artigos 240 a 241 – D, da Lei 8.069/90. Por seu turno, com o advento da Lei 12.015/09, restou revogado tacitamente o artigo 244 – A, do ECA, referente à exploração da prostituição de menores, tendo em vista o tratamento completo do tema pelo novo artigo 218 – B, CP. 68

Restava saber se os crimes previstos na Lei 8.069/90 podiam ou não ser considerados como “crimes contra a dignidade sexual” das crianças e adolescentes, a fim de que fossem submetidos ao novo regramento do termo inicial de prescrição.

A doutrina sobre os crimes do ECA é escassa e pouco aprofundada, de modo que não se encontra um posicionamento seguro quanto ao bem jurídico tutelado nos crimes ora enfocados. No entanto, com o advento da Lei 12.015/09, trazendo à baila a questão do bem jurídico “Dignidade Sexual”, pode-se dizer que toda conduta criminalizada que atente contra a dignidade da pessoa humana no seu aspecto sexual está tutelando esse bem jurídico – penal. É de se concluir, portanto, que os crimes previstos nos artigos 240 a 241 – D, do ECA são contra a “dignidade sexual das crianças e adolescentes”, de forma a serem abarcados pela então nova disciplina da prescrição. Certamente a menção do alcance do artigo 111, V, CP na época aos “crimes contra a dignidade sexual de crianças e adolescentes previstos (...) *em legislação especial*” deixava claro que a “mens legis” era exatamente de abarcar os delitos previstos no Estatuto da Infância e Juventude. 69

Acontece que a Lei 14.344/22 ampliou ainda mais o alcance dessa nova regra de prescrição, que passa a contar seu prazo da data em que a vítima faz 18 anos ou do início do processo. A redação agora foi alterada. Antes estava escrito “nos crimes contra a dignidade sexual de crianças e adolescentes”; agora consta “nos crimes contra a dignidade sexual **ou que envolvam violência contra a criança e o adolescente**”. Isso significa que antes a regra de contagem diferenciada do prazo prescricional valia somente para crimes contra a dignidade sexual perpetrados contra crianças e adolescentes e não para todos os crimes praticados contra crianças e adolescentes. Agora, amplia-se sobremaneira a aplicação do novo termo inicial de contagem. Ele será aplicado:

- aos crimes contra a dignidade sexual contra crianças e adolescentes;
- aos crimes de qualquer natureza que tenham por vítima crianças ou adolescentes.

---

68 CABETTE, Eduardo Luiz Santos. *Crimes contra a dignidade sexual – Temas relevantes*. Curitiba: Juruá, 2010, p. 64 – 65.

69 Inobstante, veja-se a crítica sobre o bem jurídico efetivamente tutelado artigo 241-C, do ECA, confrontado com a questão do “paternalismo moralista”: FERREIRA, Pedro Paulo, VIEIRA, Lara Maria Tortola Flores. Dos crimes relativos à simulação de pornografia infanto – juvenil: paternalismo moralista ou tutela penal da dignidade sexual de crianças e adolescentes? *Boletim IBCCrim*, n. 232, mar., 2012, p. 11 – 12.



Se havia motivo para alguma dúvida quanto aos crimes do ECA, agora isso é apenas um resquício histórico, pois seja em crimes do Código Penal ou de legislação esparsa, que envolvam crianças e adolescentes, sejam tais crimes contra a dignidade sexual ou de outra natureza, aplica-se a regra de contagem inicial de prazo prescricional do artigo 111, V, CP com nova redação dada pela Lei 14.344/22.

Embora na parte inicial do dispositivo, ao referir-se a crimes contra a dignidade sexual não haja menção a crianças e adolescentes, isso é intuitivo e consequente do restante da redação, que se refere à necessidade de a vítima completar 18 anos. Ora, se é assim, significa que a vítima aqui tratada, em todo o dispositivo, somente pode ser uma pessoa menor, ou seja, criança ou adolescente.

Certamente surgirá a dúvida quanto a ser aplicada a regra especial de prescrição somente para crimes praticados contra crianças e adolescentes em situação de violência doméstica e familiar ou a quaisquer casos onde a vítima seja criança ou adolescente. A única conclusão possível, seja por interpretação gramatical, seja sistemática, seja histórica, é a de que a regra especial abrangerá quaisquer crimes perpetrados contra crianças e adolescentes, em situação de violência doméstica e familiar ou não. Isso porque a lei não menciona a qualificação da "violência doméstica e familiar", embora sua origem na Lei Henry Borel possa, em outros cenários, como já visto, sugerir isso. Acontece que no que tange à regra prescricional em estudo, esta se encontra na Parte Geral do Código Penal, o que significa que sua aplicação é abrangente de toda legislação brasileira penal, salvo disposição expressa em contrário. Finalmente, desde sempre o inciso V do artigo 111 se dirigia a quaisquer crimes perpetrados contra menores, antes apenas contra a dignidade sexual, mas em qualquer circunstância que envolvesse menores, agora, com o aumento de seu alcance, não há motivo plausível para pensar que o legislador pretenderia reduzir sua extensão e, conseqüentemente, diminuir o campo de tutela dos menores.

Assim sendo, a contagem especial se aplica a um caso de estupro de vulnerável praticado por um desconhecido contra uma criança ou pelos pais; também se aplica a um caso de lesões corporais praticado em razão de um desentendimento entre um adulto e um menor na rua, sendo eles totalmente desconhecidos ou apenas vizinhos ou amigos, como, da mesma forma, no caso de agressão física praticada por um tio ou um tutor.

## **8-NOVO REGRAMENTO DO HOMICÍDIO CONTRA MENORES DE 14 ANOS**

A Lei 14.344/22 cria uma nova modalidade de Homicídio Qualificado, mediante a inclusão de um inciso IX no § 2º, do artigo 121, CP.

Passa a ser qualificado todo homicídio perpetrado contra menor de 14 anos.

O mesmo diploma legal toma a necessária providência de atualizar a Lei dos Crimes Hediondos (Lei 8.072/90) para incluir em seu artigo 1º, inciso I a classificação como crime hediondo do homicídio de menores de 14 anos, adicionando no parêntesis que descreve o tipo penal o novo inciso IX do artigo 121, § 2º, CP (vide artigo 32 da Lei Henry Borel).

Cria ainda a Lei 14.344/22 duas causas especiais de aumento de pena para os casos de Homicídio Qualificado com o "nomen juris" de "Homicídio Contra Menor de 14 Anos". Essas causas de aumento de pena são aplicáveis *exclusivamente* aos casos tipificados no artigo 121, § 2º, IX, CP ("Homicídio Contra Menor de 14 Anos"), conforme deixa claro o § 2º. – B do artigo 121, CP em seu "caput" (do § 2º.-B). São elas:

I-1/3 até a metade se a vítima é pessoa com deficiência ou com doença que implique o aumento de sua vulnerabilidade;

II-2/3 se o autor é ascendente, padrasto ou madrasta, tio, irmão, cônjuge, companheiro, tutor, curador, preceptor ou empregador da vítima ou por qualquer outro título tiver autoridade sobre ela.

O inciso I do § 2º. – B se justifica sempre pela maior vulnerabilidade e, no caso do deficiente, essa condição deve ser aferida, na qualidade de elemento normativo do tipo, de acordo com o Estatuto da Pessoa com Deficiência (vide artigo 2º, da Lei 13.146/15). Já no caso de doença que implique aumento da vulnerabilidade, também se trata de um elemento normativo que deverá ser objeto de avaliação judicial casuisticamente, não se exigindo, como na deficiência, que a limitação seja de "longo prazo". Exemplo de deficiente seria uma criança cega sem possibilidade de cura. Por seu turno exemplo de doença debilitante seria o de uma criança que sofreu uma convulsão e se encontra temporariamente sem condições de locomoção, mas que se recuperará em alguns dias ou horas.

De qualquer forma a doença deverá ser daquelas que ocasionem redução da capacidade defensiva e/ou evasiva da vítima, justificando sua maior proteção penal em face de sua efetiva maior vulnerabilidade. 70

Não é possível aplicar, em caso de incidência do aumento do inciso I, a agravante genérica prevista no artigo 61, II, "h" (criança ou enfermo), já que haveria dupla apenação pelo mesmo motivo. Somente no caso do enfermo pode ser que, acaso a enfermidade não

---

70 GILABERTE, Bruno. Lei Henry Borel e a Parte Especial do Código Penal. Disponível em <https://profbrunogilaberte.jusbrasil.com.br/artigos/1515046600/lei-henry-borel-e-a-parte-especial-do-codigo-penal#:~:text=Publicada%20em%2025%20de%20maio,em%20%C3%A2mbito%20dom%C3%A9stico%20ou%20familiar>, acesso em 13.07.2022.

seja causadora de maior vulnerabilidade ou incapacidade defensiva ou evasiva, se afaste o aumento e se aplique a agravante. Mas, nunca serão aplicados conjuntamente aumento e agravante.

Os aumentos previstos no inciso II se justificam pela especial relação de parentesco, responsabilidade e/ou autoridade entre a vítima e o autor do homicídio. Certamente é muito mais grave a morte de uma criança pelo próprio pai ou pela mãe do que por um desconhecido ou um conhecido sem esses tipos de vínculos. Há emprego da técnica de "interpretação analógica", ofertando o dispositivo vários casuísmos (v.g. ascendente, padrasto, madrasta, tutor, curador etc.) e fechando a redação com uma fórmula genérica com relação à pessoa que "por qualquer outro título tiver autoridade sobre a vítima" (ex. um diretor de hospital, um médico psiquiatra, um psicólogo etc.). Em se aplicando o aumento de pena em estudo, devido à especial condição de tais pessoas ali mencionadas, algumas agravantes genéricas ficam afastadas porque constituiriam "bis in idem" (v.g. artigo 61, II, "e" (ascendente, irmão ou cônjuge), "f", "g", "h" (criança), "i", CP).

Pode chamar a atenção a menção a companheiros e cônjuges, já que se tratam de vítimas menores. Acontece que é possível haver união de fato entre menores (inteligência do artigo 1723, CC), bem como até mesmo casamento (vide artigo 1517, CC). Mas, ainda gera perplexidade o fato de que a majorante se refere a menores de 14 anos e somente podem se casar aqueles que têm 16 anos completos ("idade núbil") e ainda com autorização dos pais ou responsáveis ou por suprimimento judicial (artigo 1517 a 1520 c/c 1631, CC). É preciso atentar, porém, para o fato de que a insatisfação da idade núbil não constitui "impedimento" ao casamento, de forma que este não é nulo, muito menos inexistente, mas apenas anulável (vide artigos 1521, incisos I a VII c/c 1548, II, CC). Quem apenas não tinha "idade núbil" e se casa de alguma forma (iludindo o oficial, por exemplo) se encontra casado, sendo apenas "anulável" tal casamento de acordo com o disposto no artigo 1150, I, CC. Tanto é fato que o menor que se casou abaixo da "idade núbil" pode, quando a atinge, confirmar seu casamento, mediante autorização dos pais ou responsáveis ou suprimimento judicial (vide artigo 1553, CC). Ora, o que é nulo não se convalida, já o que é somente anulável é passível de convalidação ulterior. Isso tudo significa que a ordem Civil torna possível haver alguém que é casado (cônjuge) e é menor de 16 anos ou mesmo de 14 anos. 71 Restará ainda nessas situações analisar a questão da prática do crime de "Estupro de Vulnerável" (artigo 217 – A, CP).

Outra dúvida pode surgir com relação à menção da figura do "curador". Normalmente aquele que cuida dos interesses de menores é um "tutor", sendo a figura do "curador" ligada à representação legal e defesa de interesses de incapazes maiores

---

71 No mesmo sentido: Op. Cit.

(alienados mentais, por exemplo). Dessa forma, o aumento de pena para tutores soa normal, enquanto pode haver estranheza com relação aos curadores, já que a vítima do homicídio seria sempre um menor de 14 anos. Acontece que é preciso lembrar a figura do chamado “curador especial” nomeado pelo Juiz sempre que um menor tiver pais ou representantes legais, mas houver colidência entre seus interesses (do menor) e os dos pais ou representantes. Isso é previsto no artigo 1692, CC; 72 artigo 72, I, CPC; artigo 671, II, CPC; artigo 142, Parágrafo Único, ECA (Lei 8.069/90); artigo 148, Parágrafo Único, alínea “f” c/c artigo 98, I a III, ECA; artigo 162, § 4º., ECA; artigo 184, § 2º. ECA e, finalmente, artigo 33, CPP.

Gilaberte chama a atenção para uma contradição existente com relação ao “empregador”. Vejamos:

Algumas das situações elencadas chamam atenção devido à incongruência para com a idade da vítima (menor de 14 anos). A primeira delas diz respeito à condição de empregador da vítima. O art. 7º, XXXIII, da CRFB proíbe qualquer trabalho a menores de 16 anos, salvo na condição de menor aprendiz, que pode ser alcançada aos 14 anos. Assim, legalmente, ninguém pode estar em uma relação empregatícia antes dos 14 anos. Há, contudo, situações excepcionais. O art. 406 da CLT permite que o Juizado da Infância e da Juventude, eventualmente, autorize a participação do menor de 14 anos em filmes, espetáculos circenses, representações teatrais e congêneres. Essa estipulação, inclusive, está em ressonância para com a Convenção nº 138 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), em seu art. 8º, e com o Estatuto da Criança e do Adolescente (art. 149). Queremos crer que a referência ao empregador – contida na majorante – se refira a essas excepcionalidades. Não obstante, entendemos que ela se estende também àqueles que ilegalmente exploram o trabalho de pessoas menores de 14 anos, ou teríamos uma situação anacrônica, com o empregador formal sendo punido de forma mais intensa do que aquele que atua ao arrepio da lei. 73

---

72 Existe ainda no mesmo diploma (Código Civil – artigo 1733, § 2º.) a previsão de nomeação de “curador especial” nos casos de herança ou legado a menor, podendo quem o instituiu nessa condição nomear “curador especial” para administração dos bens deixados, ainda que o menor esteja sob o poder familiar ou sob tutela de alguém.

73 GILABERTE, Bruno. Lei Henry Borel e a Parte Especial do Código Penal. Disponível em <https://profbrunogilaberte.jusbrasil.com.br/artigos/1515046600/lei-henry-borel-e-a-parte-especial-do-codigo->

Total razão assiste ao autor acima mencionado. Apenas faria um acréscimo de ordem técnica quanto ao *empregador de fato*, ou seja, aquele que, ao arrepio da lei e da Constituição, emprega menores de 14 anos. Correta a conclusão de Gilaberte quanto à necessária razoabilidade e proporcionalidade em aplicar o incremento penal também a este, já que seria um absurdo punir mais severamente o empregador legal e menos severamente o ilegal. Não obstante, entendemos que nessa situação o aumento não se deverá embasar na figura do “empregador”, mas que seria um dos casos de aplicação da interpretação analógica, utilizando-se a fórmula geral e considerando o *empregador de fato* como uma daquelas pessoas que por outro título tem autoridade sobre a vítima.

Gilaberte chama a atenção para o fato de que as majorantes do artigo 2º. – B, I e II do artigo 121, CP acabam elevando o máximo das punições “in abstracto”, respectivamente, para 45 anos e 50 anos. Afirma o autor que esses patamares não podem ser aplicados, tendo em vista sua necessária limitação pelo artigo 75, CP que “estipula pena privativa de liberdade máxima de 40 anos”. Alega que “o excesso punitivo deve ser descartado”, tendo ocorrido “desacerto legislativo na eleição do patamar de incremento da sanção”. 74

Há que, respeitosamente, discordar do autor. Não há erro do legislador. Realmente o patamar máximo de 40 anos é previsto pelo artigo 75, CP, mas tal dispositivo não se refere à pena *cominada* ou mesmo *aplicada* e sim à pena a ser efetivamente *cumprida* pelo condenado. Uma pessoa, diante do disposto no artigo 75, CP, pode ser condenada ou ter uma somatória de penas que chegue, por exemplo, a 500 anos. Isso não é proibido. O que não poderá ocorrer é que a pessoa venha a cumprir efetivamente penas maiores do que 40 anos. Seria de se indagar para que então aplicar uma pena acima de 40 anos, já que não seria cumprida? É que tal pena será a base para cálculo de eventuais benefícios como progressão de regime ou livramento condicional. Portanto, a cominação “in abstracto” e até mesmo a aplicação “in concreto” de pena acima de 40 anos pode ocorrer normalmente; o que o artigo 75 impede é que alguém *cumpra efetivamente* mais de 40 anos de prisão, com vistas especialmente ao impedimento de violação por reflexo da vedação constitucional da pena de “prisão perpétua” (inteligência do artigo 5º., inciso XLII, alínea “b”, CF - RHC 103.551, rel. min. **Luiz Fux**, 1ª T, j. 21-6-2011, *DJE* 163 de 25-8-2011.).

Neste sentido se manifesta, como toda a doutrina, Greco:

---

penal#:~:text=Publicada%20em%2025%20de%20maio,em%20%C3%A2mbito%20dom%C3%A9stico%20ou%20familiar, acesso em 13.07.2022.

74 Op. Cit.

Em obediência ao disposto no art. 5º., XLVII, da Constituição Federal, que proíbe as penas de caráter perpétuo, diz o *caput* do art. 75 do Código Penal que *o tempo de cumprimento das penas privativas de liberdade não pode ser superior a 40 (trinta) anos.*

Não se confunde com tempo de condenação. Poderá o agente ser condenado a 300 anos, por exemplo. No entanto, de acordo com a determinação legal, não poderá cumprir, efetivamente, como regra, período superior a 30 (trinta) anos. 75

Ademais, a temática é superada na jurisprudência desde o advento da Súmula 715, STF, com a seguinte dicção:

A pena unificada para atender ao limite de trinta anos de cumprimento, determinado pelo art. 75 do Código Penal, não é considerada para a concessão de outros benefícios, como o livramento condicional ou regime mais favorável de execução (leia-se hoje, quarenta anos, tendo em vista a atual redação do artigo 75, CP, dada pela Lei 13.964/19).

Outra perplexidade que pode surgir com a criação da qualificadora do “Homicídio contra menor de 14 anos” é o conflito com a causa especial de aumento de pena para o homicídio doloso, constante da parte final do § 4º., do artigo 121, CP, conforme redação dada há tempos pela Lei 10.741/03.

No que tange ao aumento ali previsto para os idosos (maiores de 60 anos) não se vislumbra qualquer conflito, já que não foi criada qualificadora nova como na hipótese dos menores de 14 anos. Neste último caso, a primeira impressão que pode surgir é a de que teria havido uma revogação tácita do trecho do § 4º. , do artigo 121, CP quando prevê aumento de pena quando a vítima do homicídio doloso é menor de 14 anos. Isso porque agora se aplicaria a qualificadora e não o aumento. Pretender aplicar concomitantemente o aumento e a qualificadora configuraria “bis in idem”.

---

75 GRECO, Rogério. *Código Penal Comentado*. 12ª. ed. Niterói: Impetus, 2018, p. 254 – 255. No original a referência ao “quantum” máximo de pena a ser cumprida é de 30 anos, mas foi corrigido na transcrição para 40 anos, tendo em vista a alteração, pela Lei 13.964/19 da redação do artigo 75 CP, aumentando o patamar. Também importa observar com o autor que não se deve confundir “somatória” de penas, aplicação ou cominação de penas com “unificação” de penas. As primeiras figuras dizem respeito à pena aplicada por soma de várias penalidades ou de uma somente ou cominada no tipo penal “in abstracto”. A “unificação é o critério mediante o qual o julgador deverá desprezar, para efeitos de cumprimento de pena, o tempo que exceder” a 40 anos. Op. Cit., p. 255.

Realmente, o intento de aplicar ambos os incrementos penais seria inviável devido à dupla apenação pelo mesmo motivo (idade da vítima). No entanto, é preciso perceber que o legislador não cometeu um erro ao não revogar expressamente o aumento de pena para casos de vítimas menores de 14 anos. 76

Doravante, poderá ser levado a termo o seguinte procedimento:

1) Em usando a acusação a qualificadora do artigo 121, § 2º, IX, CP, não poderá lançar mão da majorante do artigo 121, § 4º, "in fine", CP, pois configuraria "bis in idem". Pensa-se nestes casos em situações em que a única qualificadora seja a da idade da vítima;

2) Havendo, porém, mais de uma qualificadora e dentre elas a de que a vítima é menor de 14 anos, deverá o acusador, na busca da pena mais justa e rigorosa, qualificar o crime com a outra figura e utilizar a condição etária da vítima como causa e de aumento de pena. Em geral se discute se na existência de mais de uma qualificadora se deve usar as demais como elemento de aferição da pena – base (circunstâncias judiciais – artigo 59, CP) ou como Agravante Genérica (artigo 61, CP), prevalecendo o entendimento referente à primeira solução exposta. 77 Mas, neste caso essa discussão se desvanece porque a condição etária da vítima é expressamente prevista como causa de aumento e, desde que não seja utilizada para justificar a qualificação do delito, não existirá "bis in idem" na sua aplicação. Obviamente, não será possível usar também a qualificadora etária seja como agravante seja como circunstância judicial, pois então haveria "bis in idem" com a majorante. Agora, se o acusador se descuidar ou distrair e apontar a causa etária como qualificadora, realmente ficará impedido de utilizar o aumento de pena pelo mesmo motivo ("bis in idem"). É preciso, portanto, nesses casos, estar atento, pois "dormientibus non succurrit ius" ("O Direito não socorre quem dorme"). E atenção deve ser redobrada na análise de cada caso concreto, considerando ainda as causas especiais de aumentos previstas exclusivamente para o "Homicídio contra Menor de 14 anos". Isso porque, em certos casos será mais vantajoso e mais adequado, utilizar sim a qualificadora e deixar de lado o aumento de pena do § 4º. Por exemplo, se houver aplicabilidade do § 2º. – B, I, do artigo 121, CP, sendo a vítima, além de menor de 14 anos, deficiente, por exemplo. O aumento varia de 1/3 até 1/2 e não vale a pena utilizar o § 4º., onde o aumento é de somente 1/3. Com ainda maior razão, nos casos do § 2º., II do artigo 121, CP, quando a vítima for menor de 14 anos e o autor for uma das pessoas ali arroladas, o acréscimo é fixado em 2/3, tornando novamente dispensável o uso do § 4º., do mesmo dispositivo, que prevê um aumento de apenas 1/3. Ou seja, a solução no caso de mais de uma qualificadora somente será a de descartar a do artigo 121, § 2º., IX, CP em prol do § 4º., do mesmo

76 Seguindo senda semelhante: Cf. GILABERTE, Bruno. Op. Cit.

77 GUEIROS, Artur, JAPIASSÚ, Carlos Eduardo. *Direito Penal*. São Paulo: Atlas, 2018, p. 514.

dispositivo, nas situações em que não houver majorantes especiais do “Homicídio contra menor de 14 anos”. Usando-se então a qualificadora do § 2º, IX, do artigo 121, CP com os aumentos do § 2º. – B, I ou II, afastado e impedido fica o emprego da majorante do § 4º. Nesses casos, em havendo outra qualificadora, esta deverá ser avaliada na quantificação da pena – base como circunstância judicial (artigo 59, CP) ou como agravante genérica (artigo 61, CP), sendo a nosso ver a melhor solução a de utilização na determinação da pena – base.

Observe-se que se poderia pensar que toda essa discussão seria dispensável, pois que seria aplicado o incremento de pena do artigo 121, § 2º, IX, CP quando o menor de 14 anos fosse morto em situação de violência doméstica e familiar e o aumento do § 4º, do mesmo dispositivo para mortes de menores fora dessas hipóteses de violência doméstica e familiar. No entanto, essa seria uma errônea interpretação, pois a qualificadora criada não se limita a mortes de menores de 14 anos em violência doméstica e familiar, mas se estende a todas as mortes de menores de 14 anos. Não consta do dispositivo (inciso IX, do § 2º, do artigo 121, CP) nenhuma referência à circunstância de violência doméstica e familiar. A qualificadora somente faz a exigência de que a vítima do homicídio seja menor de 14 anos. Ainda que o dispositivo tenha sido inserido no Código Penal pela Lei Henry Borel, nada existe que justifique a sua restrição aos casos de violência doméstica e familiar, devendo prevalecer sua interpretação gramatical, já que não há nenhum liame sistemático plausível com a Lei 14.344/22. Observe-se que se levarmos em conta a comparação da Lei Henry Borel com a questão da violência doméstica e familiar contra a mulher, isso fica ainda mais claro. Neste segundo caso, a Lei 13.104/15, ao criar a qualificadora do “Feminicídio” e pretender sua aplicação estrita aos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher e misoginia, o fez de forma expressa, de acordo com o artigo 121, VI, CP, referindo-se a “razões da condição de sexo feminino” e ainda definindo essa expressão confusa no artigo 121, § 2º. – A, I e II, CP, como as situações que envolvam “violência doméstica e familiar” e/ou “menosprezo ou discriminação à condição de mulher” (misoginia). Não há nada similar no § 2º. – B, I e II do artigo 121, CP. Menciona-se, como no inciso IX em estudo, apenas a faixa etária da vítima e os aumentos se referem a situações de ainda maior vulnerabilidade ou de relações de parentesco, responsabilidade ou autoridade. Neste último caso, reforça-se a noção de que a qualificadora é ampla, abrangendo qualquer homicídio de menor de 14 anos, pois que se fosse ligada apenas às relações domésticas e familiares, vários casos elencados no inciso II do § 2º. – B do artigo 121, CP constituiriam “bis in idem” e seriam inaplicáveis (v.g. ascendentes, padrastos etc.).

Também advogando a tese da natureza ampla da qualificadora em estudo, encontra-se o escólio de Gilaberte:

O homicídio é qualificado sempre que for praticado contra pessoa menor de 14 anos, mesmo que não decorra de violência doméstica



ou familiar. Essa qualificação se deve à vulnerabilidade intensificada da vítima, menos apta a empreender autodefesa de forma eficaz. Cremos que surgirão posições doutrinárias defendendo que o homicídio qualificado pela idade da vítima necessariamente deve ser praticado em situação de violência doméstica ou familiar, cumprindo-se, assim, a *ratio legis*. Mas não nos parece o raciocínio mais acertado, quando comparamos o homicídio etário com o feminicídio: neste, a lei deixa claro que não basta a morte de uma mulher, sendo imprescindível que esta morte ocorra nas circunstâncias do art. 121, § 2º-A do CP; naquele, existe apenas a menção à idade. 78

Relevante e oportuna ainda é a observação do mesmo autor quanto ao fato de que para a configuração da qualificadora em estudo deve o agente ter ciência da idade da vítima, pois, caso contrário, incidirá em “erro de tipo” que afastará a qualificação (inteligência dos artigos 19 e 20, CP). 79

A Lei 14.344/22 também alterou a redação do artigo 121, § 7º., II, CP. Ali era previsto um aumento de pena da ordem de 1/3 até a 1/2 para os casos de “Feminicídio” quando o crime tivesse por vítima menores de 14 anos, maiores de 60 anos ou pessoa com deficiência. A Lei Henry Borel retirou a hipótese dos menores de 14 anos, mantendo apenas a majorante etária para os maiores de 60 anos. A retirada é compreensível. Com a criação da qualificadora do “Homicídio contra Menores de 14 anos”, em caso de “Feminicídio” contra menina menor de 14 anos, haverá agora crime duplamente qualificado e a somatória de mais um incremento penal pelo mesmo motivo constituiria “bis in idem”. Note-se que também não seria possível manter tal aumento etário (o do § 7º., agora revogado), qualificando o homicídio via “Feminicídio” e utilizando a questão etária para aplicar o aumento de pena para homicídio doloso previsto no § 4º., do artigo 121, CP. Da mesma forma ocorreria “bis in idem”. Haveria agora, não uma qualificadora e um aumento pelo mesmo motivo etário, mas dois aumentos pelo mesmo motivo etário, o que é igualmente inviável. Portanto, a eliminação da majorante do artigo 121, § 7º., II, CP para as menores de 14 anos foi uma questão técnica incontornável.

---

78 GILABERTE, Bruno. Lei Henry Borel e a Parte Especial do Código Penal. Disponível em <https://profbrunogilaberte.jusbrasil.com.br/artigos/1515046600/lei-henry-borel-e-a-parte-especial-do-codigo-penal#:~:text=Publicada%20em%2025%20de%20maio,em%20%C3%A2mbito%20dom%C3%A9stico%20ou%20familiar>, acesso em 13.07.2022.

79 Op. Cit.

Não obstante, na atual conjuntura, com a eliminação do aumento de pena para o caso de meninas menores de 14 anos específico do Feminicídio, em ocorrendo um crime duplamente qualificado, é também possível, como acima já demonstrado, optar pela qualificação devido ao Feminicídio e não utilizar a qualificadora da menoridade, aplicando a causa de aumento de pena do § 4º. do artigo 121, CP. 80 Também, se houver aumentos específicos do § 2º. – B, será preferível sempre utilizar a qualificadora etária e deixar o Feminicídio como circunstância judicial a ser aferida na pena – base, nos termos do artigo 59, CP.

Outra alteração procedida no mesmo § 7º., inciso II foi a ampliação das pessoas vulneráveis, afora os maiores de 60 anos, que justificam a majoração. Antes era previsto o caso das pessoas com deficiência. Com o advento da Lei 14.344/22, além das “pessoas com deficiência”, ensejam o aumento também as vítimas “com doenças degenerativas que acarretem condição limitante ou de vulnerabilidade física ou mental”, ainda que não se enquadrem na definição de “pessoa com deficiência” prevista, como já dito, no artigo 2º., da Lei 13.146/15 (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Um exemplo prático seria o de uma pessoa debilitada por “Lúpus Eritematoso Sistêmico”, 81 enfraquecida e, portanto, mais vulnerável, embora não classificável como “deficiente” físico ou mental.

Obviamente todas essas inovações, seja a qualificadora, sejam os aumentos de pena ora expostos, somente poderão ser aplicados para os casos de homicídio acontecidos posteriormente à entrada em vigor da Lei 14.344/22, pois que não podem tais regras retroagir, já que constituem “novatio legis in pejus”.

## **9-ALTERAÇÃO EM CAUSA DE AUMENTO DE PENA DOS CRIMES CONTRA A HONRA**

A Lei 14.344/22 também alterou a redação da causa especial de aumento de pena para os crimes contra a honra, prevista no artigo 141, inciso IV, CP.

O aumento previsto continua a ser da ordem de 1/3, mas agora se ampliam os casos de majoração. Antes era previsto o incremento penal quando a vítima fosse maior de 60 anos ou deficiente. Agora se acrescentam as vítimas crianças e adolescentes. Outra mudança é meramente formal. A lei antes falava em pessoa “portadora” de deficiência. Atualmente menciona pessoa “com” deficiência. É realmente um ganho redacional, pois ninguém efetivamente “porta” sua deficiência. A pessoa “tem” uma deficiência ou “é” deficiente. Se fosse o caso de “portar”, bastaria jogar fora a deficiência e tornar-se uma pessoa sã, a não ser que se seja adepto das tresloucadas diatribes atribuídas ao suposto

---

80 Neste sentido: Op. Cit.

81 LÚPUS, o que é, sintomas e como conviver com a doença. Disponível em <https://www.unimed.coop.br/viver-bem/saude-em-pauta/lupus-o-que-e-sintomas-e-como-conviver-com-a-doenca>, acesso em 11.07.2022.

“capacitismo”, pretendendo enxergar evidentes deficiências como desejáveis e considerar discriminação ou preconceito o reconhecimento de uma incapacitação objetiva ensejada pela deficiência!

As novas hipóteses de majoração da pena (crianças e adolescentes) são aplicáveis somente para os casos que ocorram após o início de vigência da Lei 14.344/22, já que se trata de “novatio legis in pejus” que não admite retroatividade.

Embora o “caput” do artigo 141, CP determine que esse aumento seja aplicado a “qualquer” dos crimes contra a honra, o inciso IV em estudo ressalva que não deverá ser utilizado nos casos qualificados previstos no artigo 140, § 3º., CP. Como se sabe o artigo 140, § 3º., CP se refere à chamada “Injúria Preconceito ou Racial”. O legislador impediu o emprego do aumento porque nesse caso específico se configuraria “bis in idem” quanto aos maiores de 60 anos e os deficientes que já são abrangidos pela qualificadora do § 3º., do artigo 140, CP. Aproveitou o legislador para corrigir um equívoco terrível que existia anteriormente. Agora a lei não faz a ressalva genérica de não aplicação do aumento com relação aos crimes de “injúria”, mas especificamente aos de “injúria qualificada” prevista no artigo 140, § 3º., CP. Isso é o correto. Quando um idoso ou deficiente for injuriado com elementos referentes à sua condição, o crime de injúria já irá ser qualificado por tal motivo, de modo que não se justificaria mais um incremento punitivo pela mesma razão. Acontece que quando a lei bloqueava o aumento para qualquer caso de injúria, ocorria uma situação injustificável. Se um idoso ou deficiente fosse injuriado, mas com elementos que nada tinham a ver com sua condição, então seria aplicado o artigo 140, “caput”, CP (Injúria Simples) e não haveria qualificação pela condição de idoso ou deficiente. Portanto, não existiria óbice justo para deixar de aplicar a majorante. Mesmo assim, a lei impedia sua aplicação. Com a alteração, referindo-se a norma apenas ao § 3º., do artigo 140, CP, essa situação fica resolvida. Acaso o idoso ou deficiente seja ofendido com relação à sua condição, aplica-se o artigo 140, § 3º., CP sem aumento, pois que isso já qualificou o crime. Agora, se o idoso ou deficiente for ofendido sem a utilização de elementos referentes à sua condição, então o crime é de “Injúria Simples” (artigo 140, “caput”, CP). Ora, não havendo incremento punitivo pela condição de idoso ou deficiente, pode e deve perfeitamente ser aplicado o aumento previsto no artigo 141, IV, CP, sem qualquer “bis in idem”. Observe-se, porém, que esse aumento para os idosos e deficientes nos casos de injúria simples, somente poderá ser aplicado para as situações ocorridas após a vigência da Lei 14.344/22, pois antes o incremento não era possível, de maneira que se trata de “novatio legis in pejus” sem força retroativa. Além disso, se a redação antiga fosse mantida, nos casos de “crianças e adolescentes”, que não levam à qualificadora do § 3º., do artigo 140, CP, também não se poderia aplicar o aumento aos casos de injúria, mas só de calúnia ou difamação, o que não se justificaria de forma alguma. Atualmente, com a referência

somente ao § 3º., sob comento, havendo injúria contra crianças e adolescentes, a majorante pode perfeitamente ser aplicada, pois não haverá norma impeditiva.

Poderia surgir a dúvida de que ainda que haja incriminação no artigo 140, § 3º., CP, mas não pela condição de idoso, deficiente, criança ou adolescente e sim por questão racial, de cor, de etnia, religião ou origem, sendo a vítima idosa, deficiente, criança ou adolescente, se pudesse aplicar o aumento do inciso IV do artigo 141, sobre a pena qualificada, já que não existiria “bis in idem” impeditivo. Acontece que essa interpretação seria errônea. Isso porque a lei veda a aplicação do aumento a qualquer caso de incidência no artigo 140, § 3º., CP. Pode até ser que fosse melhor deixar essa questão de coexistência entre o artigo 140, § 3º., CP e o artigo 141, inciso IV, CP à casuística dos aplicadores da norma nos casos concretos. Mas, não foi isso o que fez o legislador. Optou ele por impedir o aumento quando o crime fosse qualificado e é isso que deve ser feito por força da legalidade. Possivelmente tenha considerado o legislador que o incremento da qualificadora já seria reação suficiente ao maior desvalor da ação ali implicado, de modo que o acréscimo do aumento de pena seria exagerado. A nosso ver, não seria, mas se trata de opção de política criminal.

## **10-COMPETÊNCIA E ATRIBUIÇÃO DE POLÍCIA JUDICIÁRIA PARA APURAÇÃO DE CRIMES DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER**

A atribuição de Polícia Judiciária será da Polícia Civil Estadual, pois que não se trata de nenhum caso de atribuição federal (inteligência do artigo 144, I e IV e § 1º., I a IV, CF c/c artigo 109, I a XI, CF). Essa atribuição da Polícia Civil será regrada pela territorialidade do ilícito, nos termos do artigo 4º. c/c 70, CPP.

A competência para julgamento também é, pelos mesmos motivos, da Justiça Comum Estadual. Diversamente da Lei Maria da Penha, que em seu artigo 14 prevê a criação de “Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher”, a Lei Henry Borel (Lei 14.344/22) não fez previsão semelhante. Por esta razão e outras questões práticas, a competência será da Justiça Comum.

Entretanto é bom lembrar que o artigo 23, “caput” da Lei 13.431/17 prevê a *possibilidade* de criação de Juizados e Varas especializadas em crimes contra a criança e o adolescente. Também prevê, no Parágrafo Único do mesmo dispositivo, que enquanto tais juizados não forem instalados, o julgamento e execução dessas causas referentes à violência contra menores, devem, *preferencialmente*, ficar a cargo dos Juizados Especiais de Violência Doméstica e Familiar contra a mulher. Note-se que toda a redação da Lei 13.431/17 é condicional e programática, e não imperativa. O grande problema é que não há instalação de juizados ou varas especiais em violência contra menores e há pouquíssimos casos de juizados especiais de violência doméstica contra a mulher. Assim sendo, em geral e na prática, a competência será da Justiça Comum Estadual por critério

de territorialidade e distribuição normal. Isso pelo menos até que se venha a instituir juizados e varas especiais, seja de violência doméstica e familiar contra a mulher seja contra as crianças e adolescentes.

## 11- “VACATIO LEGIS”

Necessário atentar para o fato de que a Lei 14.344/22 em estudo não entra em vigor de imediato. É previsto um período de 45 dias de “vacatio legis” (artigo 34).

Conforme correta orientação de Pereira:

Considerando as normas contidas na Lei Complementar nº 95, de 1998, artigo 8º, § 1º, segundo a qual, a contagem do prazo para entrada em vigor das leis que estabeleçam período de vacância far-se-á com a inclusão da data da publicação e do último dia do prazo, entrando em vigor no dia subsequente à sua consumação integral, a novíssima lei entrará em vigor no dia 09 de julho de 2022. 82

Será a partir dessa data que as normas que imprimem mais rigor penal passarão a ser aplicadas aos casos de violência doméstica e familiar contra a criança e o adolescente, não podendo retroagir, conforme já exposto neste texto.

## REFERÊNCIAS

ARENAS, Reinaldo. *Antes que Anoiteça*. Trad. Irène Cubric. Rio de Janeiro: Bestbolso, 2009.

BARTOLETTI, Susan Campbell. *A juventude hitlerista: a história dos meninos e meninas nazistas e a dos que resistiram*. Trad. Beatriz Horta. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2006.

BAUMAN, Zygnunt. *Modernidade e Holocausto*. Trad. Marcos Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.

BONFIM, Edilson Mougnot. *Código de Processo Penal Anotado*. 2ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BOUDON, Raymond. *Efeitos Perversos e Ordem Social*. Trad. Analúcia T. Ribeiro. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1979.

---

82 PEREIRA, Jeferson Botelho. A Novíssima Lei n. 14.344, de 24 de maio de 2022 – Lei Henry Borel. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/98183/a-novissima-n-14-344-de-24-de-maio-de-2022-lei-henry-borel>, acesso em 11.07.2022.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. *Crimes contra a dignidade sexual – Temas relevantes*. Curitiba: Juruá, 2010.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. Nova Contagem de Prazo Prescricional para Crimes Contra a Dignidade Sexual de Crianças e Adolescentes: a Questão da Legislação Especial. Disponível em <https://eduardocabette.jusbrasil.com.br/artigos/121937319/nova-contagem-de-prazo-prescricional-para-crimes-contra-a-dignidade-sexual-de-criancas-e-adolescentes-a-questao-da-legislacao-especial> , acesso em 10.07.2022.

CABETTE, Eduardo, SANNINI, Francisco. Descumprir Medidas Protetivas de Urgência Agora é Crime. Disponível em <https://eduardocabette.jusbrasil.com.br/artigos/563464417/descumprir-medidas-protetivas-de-urgencia-agora-e-crime> , acesso em 01.07.2022.

CÂMARA, Alexandre Freitas. Doenças Preexistentes e Ônus da Prova: o Problema da Prova Diabólica e uma Possível Solução. *Revista Dialética de Direito Processual*. n. 31, p. 9 – 18, out. 2005.

CASAL de lésbicas cortou o pênis, matou, degolou e esquartejou filho de 5 anos por não querer ser gay. Disponível em <https://www.portaldiarario.com.br/noticias/brasil/419133/casal-de-lesbicas-cortou-o-penis-matou-degolou-e-esquartejou-filho-de-5-anos-por-nao-querer-ser-gay.html> , acesso em 13.07.2022.

CASO Bernardo. Disponível em <https://www.tjrs.jus.br/novo/caso-bernardo/> , acesso em 13.07.2022.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da, COSTA, Fernando José da. *Curso de Direito Penal*. 12ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

COSTA, Adriano Sousa, ARAÚJO, Anderson Marcelo de. Temas Controversos da Lei Henry Borel. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2022-jul-05/academia-policia-temas-controversos-lei-henry-borel> , acesso em 13.07.2022.

CUNHA, Rogério Sanches, ÁVILA, Thiago Pierobom de. Crimes Contra Crianças e Adolescentes: A continuidade de aplicação da Lei 9.099/1995 após o advento da Lei 14.344/2022. Disponível em <https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2022/07/06/crimes-contra-criancas-e-adolescentes-a-continuidade-de-aplicacao-da-lei-9-099-1995-apos-o-advento-da-lei-14-344-2022/> , acesso em 08.07.2022.

CUNHA, Rogério Sanches. *Manual de Direito Penal – Parte Geral*. 2ª. ed. Salvador: Juspodivm, 2014.

DRUMMOND DE ANDRADE, Carlos. *Reunião Drummond*. 9ª. ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 1978.

FERNANDES, Valéria Diez Scarance. *Lei Maria da Penha*. São Paulo: Atlas, 2015.

FERREIRA, Pedro Paulo, VIEIRA, Lara Maria Tortola Flores. Dos crimes relativos à simulação de pornografia infanto – juvenil: paternalismo moralista ou tutela penal da dignidade sexual de crianças e adolescentes? *Boletim IBCCrim*, n. 232, p. 11 – 12, mar., 2012.

FERREIRA, Wilson Luiz Palermo. *Medicina Legal*. 5ª. ed. Salvador: Juspodivm, 2020,.

FRANCO, ANA PAULA NOGUEIRA. Distinção entre maus-tratos e o art. 1º,II da Lei de Tortura. *Boletim IBCCrim*. n. 62, p. 11, jan., 1998.

GILABERTE, Bruno. Lei Henry Borel e a Parte Especial do Código Penal. Disponível em <https://profbrunogilaberte.jusbrasil.com.br/artigos/1515046600/lei-henry-borel-e-a-parte-especial-do-codigo-penal#:~:text=Publicada%20em%2025%20de%20maio,em%20%C3%A2mbito%20dom%C3%A9stico%20ou%20familiar> , acesso em 13.07.2022.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. Volume VI. 5ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

GRECO, Rogério. *Código Penal Comentado*. 12ª. ed. Niterói: Impetus, 2018.

GRINOVER, Ada Pellegrini, GOMES FILHO, Antonio Magalhães, FERNANDES, Antonio Scarance, GOMES, Luiz Flávio. *Juizados Especiais Criminais*. 4ª. ed. São Paulo: RT, 2002.

GUEIROS, Artur, JAPIASSÚ, Carlos Eduardo. *Direito Penal*. São Paulo: Atlas, 2018.

HAMILTON, Sérgio Demoro. A Presença do Ministério Público na Ação Penal Privada. Disponível em [https://www.mprj.mp.br/documents/20184/2171881/Sergio\\_Demoro\\_Hamilton.pdf](https://www.mprj.mp.br/documents/20184/2171881/Sergio_Demoro_Hamilton.pdf) , acesso em 08.07.2022.

HOPPER, Reed. Eternal Vigilance the Price of Freedom. Disponível em <https://pacificlegal.org/eternal-vigilance-the-price-of-freedom/> , acesso em 04.07.2022.

HÖRNLE, Tatjana. Subsidiariedad como principio limitador. Autoprotección. In: PLANAS, Ricardo Robles (org.). *Límites al Derecho Penal*. Trad. Ricardo Robles Planas. Barcelona: Atelier, 2012.

IERUNCA, Virgil. *El Experimento Pitesti*. Trad. Joaquín Garrigós. Madrid: Xorki, 2019.

ISHIDA, Válder Kenji. *Curso de Direito Penal*. São Paulo: Atlas, 2009.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos*. Trad. Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2002.

KARAM, Maria Lúcia. Violência de Gênero: o paradoxal entusiasmo pelo rigor penal. *Boletim IBCCrim*. n. 168, p. 6, nov., 2006.

LÚPUS, o que é, sintomas e como conviver com a doença. Disponível em <https://www.unimed.coop.br/viver-bem/saude-em-pauta/lupus-o-que-e-sintomas-e-como-conviver-com-a-doenca> , acesso em 11.07.2022.

MATTÉI, Jean – François. *A Barbárie Interior – Ensaio sobre o i – mundo moderno*. Trad. Isabel Maria Loureiro. São Paulo: Unesp, 2002.

MONTEBELLO, Marianna. A Proteção Internacional aos Direitos da Mulher. *Revista da EMERJ*. Volume 3, Número 11, p. 155 – 170, jan./jun., 2000.

MORGENTHAU, Hans J. *A Política Entre as Nações – a luta pelo poder e pela paz*. Trad. Oswaldo Biato. Brasília: Universidade de Brasília, 2003.

MORTE de menino de 11 anos pela mãe relembra caso Bernardo. Disponível em [https://www.jornalnh.com.br/noticias/rio\\_grande\\_do\\_sul/2020/05/26/morte-de-menino-de-11-anos-pela-mae-relembra-caso-bernardo.html](https://www.jornalnh.com.br/noticias/rio_grande_do_sul/2020/05/26/morte-de-menino-de-11-anos-pela-mae-relembra-caso-bernardo.html) , acesso em 13.07.2022.

MOSSIN, Heráclito Antônio. *Comentários ao Código de Processo Penal à Luz da Doutrina e da Jurisprudência*. Barueri: Manole, 2005.

MURAY, Philippe. *O Império do Bem – A Ditadura do Politicamente Correto*. Trad. Wiliam Alves Biserra. São Paulo: Faro Editorial, 2002.

PEREIRA, Jeferson Botelho. A Novíssima Lei n. 14.344, de 24 de maio de 2022 – Lei Henry Borel. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/98183/a-novissima-n-14-344-de-24-de-maio-de-2022-lei-henry-borel> , acesso em 11.07.2022.

REZENDE, Guilherme Carneiro de. *O Direito Humano da Vítima a um Processo Penal Eficiente*. Curitiba: Juruá, 2021.

SANNINI, Francisco. Lei Henry Borel cria mecanismos de proteção e enfrentamento à violência doméstica praticada contra menores de idade. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2022-jun-03/sannini-neto-lei-henry-borel-mecanismos-protECAo> , acesso em 13.07.2022.

SILVA, Gabriel de Barros. Como o Caso Escola Base Enterrou Socialmente os Envolvidos. Disponível em <https://canalcienciascriminais.com.br/caso-escola-base/> , acesso em 04.07.2022.

SILVA, Marco Junio Gonçalves da. *Tratados Internacionais de Proteção Infante – Juvenil*. Disponível em <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-117/tratados-internacionais-de-protECAo-infante-juvenil/> , acesso em 01.07.2022.

SOMMERS, Christina Hoff. *Cómo um feminismo mal entendido está dañando a los chicos juvenes*. Trad. Lourdes Huanqui. Ebook: Lectulandia.com.



STJ: 4 Súmulas sobre a Lei Maria da Penha. Disponível em <https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/682655134/stj-4-sumulas-sobre-a-lei-maria-da-penha> , acesso em 08.07.2022.

TOCQUEVILLE, Alexis de. *A Democracia na América. Livro II – Sentimentos e Opiniões*. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

VAN COILLIE, Dries. *Suicídio Moral: en la cárcel bajo Mao Tsé – tung*. Trad. Martín Ezcurra. Barcelona: Eler, 1963.

VEBLEN, Thorstein Bunde. *A Teoria da Classe Ociosa: um estudo econômico das instituições*. Trad. Olívia Krähenbühl. São Paulo: Abril Cultural, 1983.

YE, Ting – Xing. *Meu Nome é Número 4 – Uma história real da Revolução Cultural Chinesa*. Trad. Alexandre Martins. Rio de Janeiro: Casa da Palavra, 2008.

YUTANG, Lin. *A Importância de Viver*. Trad. Mário Quintana. 3ª. ed. São Paulo: Círculo do Livro, 1975.

## A RELEVÂNCIA DA TIPIFICAÇÃO DA HOMOFOBIA

### JOÃO PEREIRA DA SILVA JÚNIOR:

Graduado em Licenciatura Plena em Matemática pela Universidade Federal do Tocantins (UFT); Especialista em Gestão Pública pela Faculdade Educacional da Lapa FAEL); Graduando em Direito pela Universidade Federal do Tocantins (UFT).

**RESUMO:** A homofobia consiste em aversão, ódio, preconceito, exclusão ou rejeição a pessoas homossexuais, bissexuais, travestis e transexuais. O presente trabalho tem como escopo dispor sobre a tipificação da homofobia no Brasil e suas implicações no campo dos Direitos Humanos, frente aos postulados da dignidade da pessoa humana, da autodeterminação e da liberdade, orientação e identidade de gênero. Nesse sentido, a presente pesquisa se propõe a explorar a criminalização da homofobia no estado brasileiro a partir de análise sobre as disposições constitucionais, legais, posicionamentos doutrinários, jurisprudenciais, bem como de fatos históricos e sociais que abordam a referida temática, a qual está inserida dentro dos direitos fundamentais da pessoa humana.

**Palavras Chave:** Homofobia. Direitos Humanos. Criminalização. Identidade de Gênero.

**ABSTRACT:** Homophobia consists of aversion, hatred, prejudice, exclusion or rejection of homosexuals, bisexuals, transvestites and transsexuals. The purpose of this work is to discuss the typification of homophobia in Brazil and its implications in the field of Human Rights, in view of the postulates of human dignity, self-determination and freedom, orientation and gender identity. In this sense, the present research proposes to explore the criminalization of homophobia in the Brazilian state from an analysis of the constitutional, legal, doctrinal and jurisprudential positions, as well as historical and social facts that address the aforementioned theme, which is inserted within the fundamental rights of the human person.

**Keywords:** Homophobia. Human Rights. Criminalization. Gender Identity.

## 1. INTRODUÇÃO

A homofobia consiste em aversão, discriminação, preconceito, ódio, exclusão ou rejeição em relação às pessoas que possuem relações homo afetivas, sejam entre homens, sejam entre mulheres. Ou seja, a homofobia significa aversão às relações semelhantes.

Nessa perspectiva, qualquer manifestação, expressão ou ato de ódio, aversão, repulsa, rejeição ou medo contra os homossexuais, gays, lésbicas, bissexuais, travestis e transexuais configura homofobia, a qual pode gerar as mais variadas formas de violência, a exemplo de violência social, psicológica ou física.

Nesse sentido, para BORRILLO a homofobia pode ser compreendida como:

**[...] a atitude de hostilidade para com os homossexuais.** [...] Embora seu primeiro elemento seja a rejeição irracional ou mesmo o ódio em relação a gays e lésbicas, a homofobia não pode ser reduzida a isso. Assim como a xenofobia, o racismo ou o antissemitismo, ela é uma manifestação arbitrária que consiste em qualificar o outro como contrário, inferior ou anormal. Devido a sua diferença, esse outro é posto fora do universo comum dos humanos. (2007, p. 141, grifo nosso).

Assim, dada a relevância do tema, verifica-se, atualmente, que a homofobia tem se tornado objeto de profundo debate jurídico-social, sobretudo no campo dos Direitos Humanos, sendo escopo de inúmeras pesquisas e investigações acadêmicas, constituindo foco central de estudos, dissertações e teses em diversas áreas do conhecimento, especialmente nas ciências humanas e sociais.

Dentro deste contexto, este trabalho procura fazer uma contribuição na área de Direitos Humanos, dispendo sobre a tipificação da homofobia, em face da pessoa humana, evidenciando os conceitos de orientação e identidade de gênero e da sigla LGBTQIA+.

Em relação a presente investigação, esta utilizou o método dedutivo, por meio de pesquisa bibliográfica, utilizando-se de jurisprudências e referenciais teóricos, tomando por base as posições doutrinárias mais atuais.

## **2. SEXO BIOLÓGICO, ORIENTAÇÃO SEXUAL E IDENTIDADE DE GÊNERO**

A sexualidade é uma das mais importantes dimensões do ser humano, que envolve questões políticas, sociais, religiosas, ideológicas e culturais.

Sem adentrar no aspecto médico-científico, a sexualidade é formada, basicamente, por três elementos: sexo biológico, orientação sexual e identidade de gênero.

Destarte, sexo biológico refere-se ao órgão genital, tendo por base os hormônios, cromossomos e a característica física a partir da concepção do indivíduo; já a orientação

sexual refere-se à atração física e afetiva, podendo ser heterossexual (atração por pessoas do sexo oposto), homossexual (atração por pessoas do mesmo sexo) e bissexual (atração por ambos os sexos); e a identidade de gênero consiste na percepção que a pessoa tem de si como sendo do gênero masculino, feminino ou de alguma combinação dos dois, independentemente do sexo biológico.

### **3. LGBTQIA+**

A sigla LGBTQIA+ representa o movimento político e social que defende a diversidade e a busca por mais representatividade e direitos para todas as possíveis manifestações de sexualidade.

Nesse contexto, a referida sigla evidencia a luta por mais isonomia e respeito à diversidade sexual existente, representando cada letra um grupo de pessoas, conforme se extrai do Manual de Comunicação LGBTI+, a saber:

- a) L – Lésbicas: são mulheres que sentem atração afetiva/sexual pelo mesmo gênero, ou seja, outras mulheres;
- b) G – Gays: são homens que sentem atração afetiva/sexual pelo mesmo gênero, ou seja, outros homens;
- c) B – Bissexuais: diz respeito aos homens e mulheres que sentem atração afetivo/sexual pelos gêneros masculino e feminino. Porém, a bissexualidade não tem relação direta com poligamia, promiscuidade, infidelidade ou comportamento sexual inseguro. Esses comportamentos podem ser tidos por quaisquer pessoas, de quaisquer orientações sexuais;
- d) T – Transgênero: diferentemente das letras anteriores, o T não se refere a uma orientação sexual, mas a identidades de gênero. Sendo também chamadas de “pessoas trans”, que podem ser transgênero (homem ou mulher), travesti (identidade feminina) ou pessoa não-binária, que se compreende além da divisão “homem e mulher”;
- e) Q – Queer: pessoas com o gênero ‘Queer’ são aquelas que transitam entre as noções de gênero, como é o caso das drag queens. A teoria queer defende que a orientação sexual e identidade de gênero não são resultado da funcionalidade biológica, mas de uma construção social;
- f) I – Intersexo: a pessoa intersexo está entre o feminino e o masculino. As suas combinações biológicas e desenvolvimento corporal, tais como cromossomos, genitais e hormônios, não se enquadram na norma binária (masculino ou feminino);

- g) A – Assexual: assexuais não sentem atração sexual por outras pessoas, independente do gênero. Existem diferentes níveis de assexualidade e é comum essas pessoas não verem as relações sexuais humanas como prioridade.
- h) “+” - o símbolo de “mais ” aparece para incluir outras identidades de gênero e orientações sexuais que não se encaixam no padrão cis-heteronormativo, mas que não aparecem em destaque antes do símbolo.

#### **4. PRINCÍPIOS DE YOGYAKARTA**

Os Princípios de Yogyakarta consistem em um documento internacional sobre direitos humanos nas áreas de orientação sexual e identidade de gênero, publicado no ano de 2006 como resultado de uma união internacional de grupos de direitos humanos, na cidade de Yogyakarta, na Indonésia, prevendo parâmetros de proteção para a população LGBTQIA+, em face das graves violações de direitos humanos.

Cumprir destacar que os princípios de Yogyakarta representam uma das primeiras tentativas de criação de normas internacionais relacionadas à defesa da liberdade de orientação sexual e de identidade de gênero, enfatizando que as violações de direitos por questões de orientação sexual e identidade de gênero constituem violação dos direitos humanos.

No entanto, em que pese a relevância do documento de Yogyakarta, seus princípios não foram incorporados como legislação oficial do direito internacional, já que os seus redatores não exerciam a representação oficial de seus respectivos países. Todavia, tal fato não retira a importância e necessidade de observância dos princípios de Yogyakarta, os quais são considerados um dos mais importantes documentos protetivos da comunidade LGBTQIA+ global.

No mais, os direitos tratados nos Princípios de Yogyakarta são divididos em grupos temáticos, totalizando 29 princípios declarados no documento, relacionados à universalidade dos direitos humanos; os direitos e liberdades fundamentais (como direito à vida, saúde, trabalho, liberdade, segurança, e privacidade); a não discriminação; a liberdade de expressão; o direito à migração e asilo; o direito à participação; e promoção dos direitos humanos.

#### **5. RELEVÂNCIA DA TIPIFICAÇÃO DA HOMOFOBIA**

Ninguém, sob a égide de uma ordem democrática justa, pode ser privado de seus direitos (entre os quais o direito à busca da felicidade e o direito à igualdade de tratamento

que a Constituição e as leis da República dispensam às pessoas em geral) ou sofrer qualquer restrição em sua esfera jurídica em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero.

Nesse sentido, a Constituição Federal de 1988 prevê:

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

[...]

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Logo, faz-se necessário tutelar penalmente a liberdade de gênero, não podendo o ser humano sofrer ingerências indevidas em sua intimidade e vida privada, diante da sua orientação de gênero, a qual decorre da própria dignidade humana.

Corroborando tal entendimento, leciona o ex-Ministro do Supremo Tribunal Federal (STF), Celso de Mello, em seu voto, na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº26 (ADO26):

Direitos relativos à orientação sexual e à identidade de gênero são reconhecidos, hoje, nacional e internacionalmente, como essenciais para a dignidade e humanidade da pessoa humana, integrando o núcleo dos direitos à igualdade e à não-discriminação. Os referidos Princípios de Yogyakarta voltam-se a tutelar o indivíduo diante da violência, do assédio, da discriminação, da exclusão, da estigmatização e do preconceito dirigidos contra pessoas em todas as partes do mundo por causa de sua orientação sexual ou identidade de gênero.

Esses grupos, por serem minoritários e, não raro, vítimas de preconceito e violência, demandam especial proteção do Estado. Nesse sentido, a criminalização de condutas discriminatórias não é só um passo importante, mas também obrigatório, eis que a Constituição contém claro mandado de criminalização neste sentido: conforme o art. 5º, XLI, “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”.

Assim, o STF diante da gravidade do tema, reconheceu que as manifestações homofóbicas podem, conforme o caso concreto, configurar atos passíveis de repressão penal, já que configuram racismo em sua dimensão social, conforme se observa:

PRÁTICAS HOMOFÓBICAS E TRANSFÓBICAS CONFIGURAM ATOS DELITUOSOS PASSÍVEIS DE REPRESSÃO PENAL, POR EFEITO DE MANDADOS CONSTITUCIONAIS DE CRIMINALIZAÇÃO (CF, ART. 5º, INCISOS XLI E XLII), POR TRADUZIREM EXPRESSÕES DE RACISMO EM SUA DIMENSÃO SOCIAL. Até que sobrevenha lei emanada do Congresso Nacional destinada a implementar os mandados de criminalização definidos nos incisos XLI e XLII do art. 5º da Constituição da República, as condutas homofóbicas e transfóbicas, reais ou supostas, que envolvem aversão odiosa à orientação sexual ou à identidade de gênero de alguém, por traduzirem expressões de racismo, compreendido este em sua dimensão social, ajustam-se, por identidade de razão e mediante adequação típica, aos preceitos primários de incriminação definidos na Lei nº 7.716, de 08/01/1989, constituindo, também, na hipótese de homicídio doloso, circunstância que o qualifica, por configurar motivo torpe (Código Penal, art. 121, § 2º, I, "in fine"). ADO nº26/DF.

Ademais, vale ressaltar que o STF entendeu quê:

**A repressão penal à prática da homotransfobia não alcança nem restringe ou limita o exercício da liberdade religiosa**, qualquer que seja a denominação confessional professada, a cujos fiéis e ministros (sacerdotes, pastores, rabinos, mulás ou clérigos muçulmanos e líderes ou celebrantes das religiões afro-brasileiras, entre outros) é assegurado o direito de pregar e de divulgar, livremente, pela palavra, pela imagem ou por qualquer outro meio, o seu pensamento e de externar suas convicções de acordo com o que se contiver em seus livros e códigos sagrados, bem assim o de ensinar segundo sua orientação doutrinária e/ou teológica, podendo buscar e conquistar prosélitos e praticar os atos de culto e respectiva liturgia, independentemente do espaço, público ou privado, de sua atuação individual ou coletiva, desde que tais manifestações não configurem discurso de ódio, assim entendidas aquelas exteriorizações que

incitem a discriminação, a hostilidade ou a violência contra pessoas em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero. ADO nº26/DF, grifo nosso.

No entanto, o discurso de ódio, assim entendidas aquelas exteriorizações e manifestações que incitem a discriminação, que estimulem a hostilidade ou que provoquem a violência (física ou moral) contra pessoas em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero, não encontra amparo na liberdade constitucional de expressão nem na Convenção Americana de Direitos Humanos, que expressamente o repele, conforme se observa a seguir:

#### ARTIGO 13

Liberdade de Pensamento e de Expressão

[...]

5. A lei deve proibir toda propaganda a favor da guerra, bem como toda apologia ao ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitação à discriminação, à hostilidade, ao crime ou à violência.

## 6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ante o exposto, diante da proteção jurídica conferida à dignidade humana, ninguém pode ser privado de direitos nem sofrer quaisquer restrições de ordem jurídica por motivo de sua orientação sexual ou em razão de sua identidade de gênero. Logo, os integrantes do grupo LGBTQIA+, como qualquer outra pessoa, nascem iguais em dignidade e direitos e possuem igual capacidade de autodeterminação quanto às suas escolhas pessoais em matéria afetiva e amorosa, especialmente no que concerne à sua vivência homoerótica.

Ressalta-se que a homofobia, assim como a xenofobia, o racismo e o antissemitismo, deve ser vista como um crime, pois trata-se de preconceito que leva à discriminação e, portanto, deve ser punida, em face da dignidade humana, configurando uma infração penal grave, a qual reclama a imposição de pena privativa de liberdade.

Nesse sentido, a partir do momento em que se nutre o ódio, o preconceito, a discriminação, a exclusão, a rejeição e a aversão em face de determinada pessoa, em decorrência de sua orientação sexual, estar-se-á diante de fato delituoso, ensejador repressão penal, posto que se trata de um crime contra a pessoa humana.



Dessa forma, o mandado de criminalização contido no art. 5º, inciso XLII, da Constituição da Federal de 1988, deve abranger a criminalização de condutas homofóbicas e transfóbicas, conforme entendeu o Supremo Tribunal Federal.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABGLT – Associação Brasileira de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais. **Manual de Comunicação LGBT**. Curitiba: ABGLT, 2010.

ABRAMOVAY, M. & CASTRO, M. Caleidoscopio das violencias nas escolas. Brasília: Missão Criança, 2006. \_\_\_\_\_; SILVA, L. **Juventudes e sexualidade**. Brasília: UNESCO, 2004.

BORRILLO, D. **Homofobia**. Barcelona: Bellaterra; 2007.

JESUS, J. G. **Orientações sobre identidade de gênero**: conceitos e termos. Brasília: Autora, 2012.

LANZ, L. **O corpo da roupa**: a pessoa transgênera entre a transgressão e a conformidade com as normas de gênero. Uma introdução aos estudos transgêneros. Curitiba: Transgente, 2015.

LOURO, Guacira. L. **Gênero, sexualidade e educação**. Uma abordagem pós-estruturalista. Petrópolis: Vozes, 1997.

OS PRINCÍPIOS de Yogyakarta: **Princípios sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero**. Yogyakarta, Indonésia, 2006.

REIS, T., org. **Manual de Comunicação LGBTI+**. 2ª edição. Curitiba: Aliança Nacional LGBTI / GayLatino, 2018.

**SIGNIFICADO DA SIGLA LGBTQIA+**. Fundação Brasil, [S.I.]. Disponível em: <<https://www.fundobrasil.org.br/blog/o-que-significa-a-sigla-lgbtqia/>>. Acesso em: 08 ago 2022.

## CONSTITUCIONALISMO E SUAS CONCEPÇÕES

**ELISA ROCHA TEIXEIRA NETTO:**

Graduada em Direito pela Universidade Federal Fluminense - UFF. Pós-graduada em Direito Público pela Universidade Cândido Mendes. Advogada.

**RESUMO:** O artigo busca analisar a origem do constitucionalismo, bem como seus principais modelos desenvolvidos através da evolução da história. Soma-se a isso a análise do neoconstitucionalismo, denominado também constitucionalismo contemporâneo, marcado por uma nova forma de visualizar a constituição e suas normas no ordenamento jurídico. E por fim, pretende estudar o transconstitucionalismo, seu conceito e exemplos concretos em que o Brasil se deparou com esse tema.

**PALAVRAS-CHAVES:** constitucionalismo. neoconstitucionalismo. transconstitucionalismo.

### 1. INTRODUÇÃO:

O presente trabalho analisa o constitucionalismo e suas diferentes concepções. Trata-se de tema que não é estanque e sofreu grandes modificações ao longo do tempo. André Ramos Tavares<sup>83</sup> afirma que existem, no mínimo, quatro diferentes sentidos para ela. Segundo o autor:

*“Numa primeira acepção, emprega-se a referência ao movimento político-social com origens históricas bastante remotas que pretende, em especial, limitar o poder arbitrário. Numa segunda acepção, é identificado com a imposição de que haja cartas constitucionais escritas. Tem-se utilizado, numa terceira concepção possível, para indicar os propósitos mais latentes e atuais da função e posição das constituições nas diversas sociedades. Numa vertente mais restrita, o constitucionalismo é reduzido à evolução histórico-constitucional de um determinado Estado”.*

Assim, Canotilho preferia falar em movimentos constitucionais, por identificar uma série de constitucionalismo, que apesar de se modificar no decorrer da história, sempre transporta um juízo de valor, por ser uma teoria normativa da política<sup>84</sup>.

---

<sup>83</sup> Tavares, André Ramos. Curso de direito constitucional – 15. ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2017, p. 49.

<sup>84</sup> Lenza, Pedro. Direito constitucional esquematizado– 20. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2016, p. 71.

## **2.CONSTITUCIONALISMO:**

O constitucionalismo é um movimento do século XVII na Inglaterra e do século XVIII nos Estados Unidos e na França, que teve como objetivo limitar o poder, diante de uma nova organização e estruturação do Estado, além de estabelecer direitos e garantias fundamentais. Em termos históricos, com o constitucionalismo, temos a passagem do Estado apenas da política para um Estado de Direito constitucional. O Estado só da política caracterizava-se pela falta de limite do poder, no qual há arbitrariedade e injustiças.

Ressalta-se que a constituição material sempre existiu, pois basta que se tenha uma determinada comunidade com uma determinada identidade para se ter uma constituição, visto que essa é, na realidade, o modo de ser de uma comunidade, sociedade ou Estado. É a denominada constituição real, analisada sob o prisma sociológico, que adquire um sentido jurídico com o constitucionalismo. Assim, a constituição material sempre esteve presente nas sociedades, diferente do constitucionalismo, que nem sempre existiu. Esse é o sentido jurídico que limita o poder e concebe direitos fundamentais. Logo, a constituição deixa de se caracterizar pelo “modo de ser” de uma comunidade e passa a ser um “ato constitutivo” de uma comunidade.

## **3.DIFERENÇAS DO CONSTITUCIONALISMO INGLÊS DO CONSTITUCIONALISMO AMERICANO E FRANCÊS**

O constitucionalismo inglês teve origem no século XVII, enquanto que o americano e francês possuíram origem no século XVIII. O constitucionalismo inglês foi fruto da Revolução Gloriosa (1688-1689), na qual se encerrou um ciclo da arbitrariedade do poder, inaugurando a supremacia do parlamento. A constituição inglesa é apenas material, não escrita, histórica e costumeira (para eles, o que constituem um país são suas práticas e não um mero papel). Houve ainda o “*Bill of Right*”, de 1689 – a Declaração dos Direitos dos Cidadãos.

Já nos Estados Unidos e na França remontam-se às revoluções burguesas. Houve o início da aplicação da teoria da separação dos poderes, deixando clara a função de cada poder – “*check and balance*” (sistema de peso e contrapesos). Nesses países houve constituições formais e escritas, assim, o que rege um Estado não são somente as práticas, mas também um pacto, um contrato escrito, no qual se abre mão de certas condutas em nome desse pacto, no qual o seu núcleo não pode ser alterado. Surge a denominada “Era das Constituições Escritas”. Há a presença de declarações de direitos, como a Declaração Universal de Direitos dos Homens e dos Cidadãos (França – 1789) e Declaração dos Direitos Americanos (1791).

Já em relação às diferenças entre o constitucionalismo americano e francês, é possível notar que a constituição dos EUA data de 1787 (é a primeira constituição escrita), enquanto que a constituição francesa é de 1791. A Declaração Universal de Direitos dos Homens e dos Cidadãos da França data de 1789, logo é anterior a sua própria constituição, enquanto a declaração dos direitos americana é de 1791, sendo assim, posterior a sua constituição.

Surge então a indagação de qual teria sido o modelo mais bem sucedido de constitucionalismo. Pode-se dizer que na maioria dos países adotou-se o modelo americano e o francês. Todavia, o conceito moderno de constituição surge somente no século XVIII em diante na maioria dos países do mundo e pode ser definido como a ordenação sistemática e racional da comunidade política (Estado) explicitada em um documento escrito que organiza o Estado e estabelece Direitos Fundamentais.

#### **4. NEOCONSTITUCIONALISMO/ CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO:**

Trata-se do movimento da segunda metade do século XX em diante, no pós Segunda Guerra Mundial, que teve como objetivo estabelecer um novo modo de compreender, interpretar e aplicar o direito constitucional e as constituições.

Temos alguns marcos, ou vetores do neoconstitucionalismo<sup>85</sup>. O primeiro deles é o histórico, que ocorre com o Estado Constitucional de Direito no pós-segunda guerra mundial, sobretudo na Europa. Pode-se citar como exemplos a constituição da Itália de 1948, a constituição da Alemanha, também conhecida como lei fundamental de Bonn, que representa a principal referência no constitucionalismo moderno de 1949, a constituição de Portugal de 1976, a constituição da Espanha de 1978 e constituição do Brasil de 1988.

O segundo marco é o filosófico, que é o denominado pós-positivismo. Trata-se de um fenômeno que visa superar a dicotomia entre o jusnaturalismo e o positivismo, pois ele pretende ir além da legalidade estrita (a legitimidade do Estado não advém somente da legalidade), porém ele não desconsidera totalmente o direito posto. Entende que se pode alcançar a justiça sem recorrer a categorias metafísicas, isto é, é possível ter justiça dentro do próprio direito positivo. Só em casos de extremas injustiças que não se deve seguir o direito positivo. É a leitura moral do Direito, mas sem recorrer a categorias metafísicas. Portanto, o pós-positivismo para sua efetivação trabalha uma reaproximação entre o direito e a ética, o direito e a moral e o direito e a justiça. São campos distintos, mas existem possibilidades de conexão entre eles.

---

<sup>85</sup> Fernandes, Bernardo Gonçalves. Curso de Direito Constitucional - 9. ed. rev. ampl. e atual. Ed. JusPodivm – Salvador: 2017, p. 59.

O terceiro marco é o teórico, que diz respeito ao conjunto de teorias que se referem à força normativa da constituição, a expansão da jurisdição constitucional e da nova hermenêutica constitucional. Temos a relativização dos métodos clássicos da hermenêutica e o surgimento de novos métodos de interpretação, como por exemplo, a ponderação, a principiologia, a proporcionalidade, a metódica estruturante e etc.

## **5. CARACTERÍSTICAS PRINCIPAIS DO NEOCONSTITUCIONALISMO**

Infere-se que a principal característica é a constituição como centro do ordenamento jurídico, constituindo uma referência central do ordenamento jurídico. A constituição invade todo o ordenamento, trazendo a idéia de ubiqüidade constitucional (a constituição está em todos os lugares do ordenamento ao mesmo tempo), de filtragem constitucional (a constituição é um filtro de todo o ordenamento) e de interpretação conforme a Constituição. Tal circunstância é uma decorrência natural da força normativa da Constituição, isto é, do reconhecimento de que as normas constitucionais são normas jurídicas, compartilhando de seus atributos.

Assim, uma característica do neoconstitucionalismo é justamente a força normativa da constituição. A constituição deixa de ser um documento meramente político para ser efetivamente jurídico, isto é, a atribuição à norma constitucional do status de norma jurídica. As normas constitucionais passam a ser vistas como dotadas de imperatividade, que é atributo de todas as normas jurídicas, e sua inobservância há de deflagrar os mecanismos próprios de coação e de cumprimento forçado.

Outra característica é a busca ou a concretização de direitos fundamentais tendo como norte (parâmetro/base) a dignidade da pessoa humana, no qual se passa a ter uma eficácia irradiante, isto é, que emana para todo o ordenamento jurídico (sentido objetivo dos direitos fundamentais). Há também a judicialização da política das relações sociais. O judiciário passa a ser protagonista de ações, tendo em vista as omissões dos outros poderes. Há, portanto, um deslocamento do holofote do poder legislativo e executivo para o judiciário. Com isso, abre-se campo para a judicialização de políticas públicas e do ativismo judicial. Além disso, há a implementação do controle de constitucionalidade feito pelo Judiciário em vários países. Ademais, como já explanado, há a reaproximação entre direito e ética e direito e moral, surgindo à possibilidade de leituras morais da constituição e de moralismo jurídicos, também ocorrendo a aproximação entre o direito e a filosofia.

Por fim, surge uma nova teoria da norma, das fontes e da interpretação. Em relação à teoria da norma, temos com seu advento o reconhecimento da força normativa dos princípios (Dworkin e Alexy). Assim, os princípios passam a ser consideradas normas jurídicas, assim como as regras, sendo a constituição é considerada um sistema aberto de regras e princípios. Já no que tange a teoria das fontes, tem-se que o Direito passa a ser

produzido também pelo judiciário. Com isso, há o deslocamento do poder do legislativo e executivo para o judiciário, que passa a ser o protagonista de ações. Ocorre também uma expansão da jurisdição constitucional e dos tribunais. E em relação à teoria da interpretação, ocorre uma relativização dos métodos clássicos de interpretação, quais sejam, os métodos histórico, literal, teleológico, sistemático, especialidade e etc. e o estabelecimento de uma nova hermenêutica constitucional, com novos métodos de interpretação, como por exemplo, a ponderação, o princípio da proporcionalidade, a tópica, as teorias da argumentação, a teoria da integridade, e a metódica.

## **6. TRANSCONSTITUCIONALISMO:**

É o entrelaçamento de ordens jurídicas diversas (ordem estatal/ interna, internacional, a transnacional, a supranacional) em torno dos mesmos problemas de natureza constitucional. Ou seja, quando ordens jurídicas diferenciadas passam a tratar concomitantemente das mesmas questões de cunho constitucional, estamos diante do fenômeno do transconstitucionalismo. Isso é um reflexo da idéia de globalização, mundialização e da sociedade em rede.

Pode-se citar como exemplos do transconstitucionalismo a ADPF 101, que versou sobre a importação de pneus usados e manufaturas. Ao mesmo tempo em que o STF estava enfrentando a questão (ordem interna), ela estava sendo debatido também no MERCOSUL, na União Européia, pela Organização Mundial do Comércio, pela Organização Mundial do Meio-ambiente e pela Organização Mundial da Saúde. Assim, o tema estava sendo debatido em ordens jurídicas diversas, ao mesmo tempo, sobre a questão de cunho constitucional.

Outro exemplo é a ADPF 153, que diz respeito à justiça de transição, isto é, o que fazer após a transição de regimes autoritários para regimes democráticos (direito à memória, à reparação e a verdade). O Supremo enfrentou a ADPF em abril de 2010, ajuizada pela OAB, no qual se pediu a não recepção da lei da anistia no ordenamento jurídico brasileiro, pois a anistia também atingia os agentes da repressão do regime militar. O STF julgou improcedente, pois entendeu que a anistia havia sido ampla, geral e irrestrita. No mesmo ano de 2010, a Corte Interamericana de Direitos Humanos foi chamada a julgar o caso Gomes Lund (guerrilha do Araguaia) e julgou de modo contrário ao decidido pelo STF, entendendo que a lei da anistia não podia ser um empecilho para a punição dos agentes da Guerrilha. Essa decisão gerou vários movimentos no Brasil, como a Comissão da Verdade.

Diante desse último exemplo, surge a seguinte pergunta: Qual ordem deve prevalecer no transconstitucionalismo? Segundo Marcelo Neves<sup>86</sup>, não se deve trabalhar

---

<sup>86</sup> Neves, Marcelo. Transconstitucionalismo – São Paulo: Ed. WMF Martins Pontes, 2009.

com a lógica de uma ordem a preponderar, de forma absoluta, sobre as outras. Portanto, não deve prevalecer a lógica do fechamento, pois deve prevalecer a abertura. Com isso, o autor defende que devem existir diálogos constitucionais (conversações constitucionais ou pontes de transição) entre as mais variadas ordens para que decisões mais legítimas e justas sejam tomadas.

## **7.CONCLUSÃO**

A noção de constituição, de cunho liberal que permeia os dias atuais, nem sempre esteve presente no decorrer da história, como explanado neste trabalho. A idéia atual é aquela idealizada por Canotilho, em que a constituição deve ser escrita, devendo conter uma enumeração de direitos fundamentais, adotando um sistema democrático formal e assegurando uma limitação do poder do Estado, através da divisão de poderes<sup>87</sup>.

Conforme analisado através do presente trabalho, o constitucionalismo se desenvolveu de acordo com a sua origem histórica e evoluiu ao longo do tempo, até o modelo atualmente adota. Dessa forma, importante a compreensão do instituto, a fim de melhor compreender o Direito Constitucional vigente.

## **8.REFERÊNCIAS**

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. Curso de Direito Constitucional - 9. ed. rev. ampl. e atual. Ed. JusPodivm – Salvador: 2017.

LENZA, Pedro. Direito constitucional esquematizado– 20. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2016.

NEVES, Marcelo. Transconstitucionalismo – São Paulo: Ed. WMF Martins Pontes, 2009.

PAULO, Vicente. ALEXANDRINO, Marcelo - Direito Constitucional descomplicado - 16. ed. rev., atual. e ampl. - Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017.

TAVARES, André Ramos. Curso de direito constitucional – 15. ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2017.

---

<sup>87</sup> Paulo, Vicente. Alexandrino, Marcelo - Direito Constitucional descomplicado - 16. ed. rev., atual. e ampl. - Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017, p.4.

## **VIOLÊNCIA POLICIAL E OMISSÃO ESTRUTURAL: UMA ANÁLISE DA DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA “ADPF DAS FAVELAS”**

**HAECKEL RODRIGO BULÇÃO DA SILVA:**

Graduado em Direito pela Universidade do Estado da Bahia, em 2015; Pós-graduando em Direito Processual Civil pela UNIFACS

**RESUMO:** O presente artigo analisa o conteúdo da decisão concedida pelo Supremo Tribunal Federal nos autos da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 635. Outrossim, avalia os impactos de tal decisão no controle da letalidade policial e na garantia de direitos fundamentais das populações de comunidades carentes do Estado do Rio de Janeiro.

**PALAVRAS-CHAVE:** violência; comunidades; letalidade.

**ABSTRACT:** This article analyzes the content of the decision of the Federal Supreme Court in the case of the Argument of Noncompliance with Fundamental Precept 635. Furthermore, it assesses the impacts of such a decision on the control of police lethality and on guaranteeing the fundamental rights of populations in needy communities in the State of Rio de Janeiro.

**KEYWORDS:** violence; communities; lethality.

### **INTRODUÇÃO**

No dia 3 de fevereiro de 2022, o Supremo Tribunal Federal, em decisão histórica, no âmbito de arguição de descumprimento de preceito fundamental ajuizada pelo Partido Socialista Brasileiro – PSB, deu parcial provimento aos embargos de declaração, deferindo medida cautelar para estabelecer algumas imposições ao Estado do Rio de Janeiro com a finalidade de redução da letalidade policial e de controle de violações de direitos humanos pelas forças de segurança pública cariocas.

Esta decisão, como dito, reveste-se de caráter histórico, haja vista os inúmeros casos brasileiros de letalidade policial em comunidades carentes, que violam os direitos fundamentais de tais populações e afronta tratados e convenções internacionais dos quais o Brasil é signatário.



Neste sentido, de acordo com o relatório “Chacinas Policiais”, elaborado pelo Grupo de Estudos dos Novos Ilegalismos da Universidade Federal Fluminense (GENI/UFF), no período compreendido entre 2007 a 2021, foram realizadas 17.929 operações policiais em favelas na Região Metropolitana do Rio de Janeiro, tendo ocorrido 593 chacinas, com um número total de 2.374 civis mortos e 19 óbitos policiais.

Tais dados apontam que as chacinas policiais marcam profundamente a democracia brasileira, não sendo apenas um resquício do período ditatorial do País.

Ressalta-se que esta modalidade de política de segurança pública tem altíssimo custo social e, por outro lado, baixíssima eficiência, acarretando, inclusive, grande índice de impunidade aos agentes estatais.

São exemplos de comunidades que sofreram com operações policiais violentas: Jacarezinho (maio de 2021) - 28 mortos; Vila Cruzeiro (maio de 2022) - 25 mortos; Complexo do Alemão (junho de 2007) - 19 mortos; Complexo do Alemão (julho de 2022) - 19 mortos; Senador Camará (janeiro de 2003) - 15 mortos; Fallet/Fogueteiro (fevereiro de 2019) - 15 mortos; Complexo do Alemão (julho de 1994) - 14 mortos; Complexo do Alemão (maio de 1995) - 13 mortos; Morro do Vidigal (julho de 2006) - 13 mortos; Catumbi (abril de 2007) - 13 mortos; Complexo do Alemão (agosto de 2004) - 12 mortos.

Inclusive, uma das chacinas policiais ocorridas no Rio de Janeiro ocasionou a condenação do Brasil na Corte Interamericana de Direitos Humanos. Trata-se do caso “Favela Nova Brasília vs. Brasil”, cuja sentença condenatória foi proferida em 16 de fevereiro de 2017.

Justamente com a finalidade de evitar fatos como estes supramencionados, o Supremo Tribunal Federal estabeleceu parâmetros limitadores desta forma de atuação das forças de segurança pública cariocas, fato que, inevitavelmente, gera impactos na compreensão das finalidades das instituições e das próprias políticas de segurança implementadas pelo Estado.

## **1. A DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NOS AUTOS DA ADPF 635 E OS SEUS IMPACTOS**

Para compreender os parâmetros estabelecidos pela Suprema Corte do País na ADPF 635, mostra-se necessária a análise do inteiro teor da ementa da referida decisão. Senão vejamos:

**Decisão:** O Tribunal acolheu parcialmente os embargos de declaração para: 1 – por unanimidade e nos termos do voto do Ministro Edson Fachin (Relator), deferir o pedido de medida cautelar constante do item “a” da petição inicial, a fim de determinar ao Estado do Rio de Janeiro que elabore e encaminhe ao STF, no prazo máximo de 90 (noventa) dias, um plano visando à redução da letalidade policial e ao controle de violações de direitos humanos pelas forças de segurança fluminenses, que contenha medidas objetivas, cronogramas específicos e a previsão dos recursos necessários para a sua implementação; 2 – por maioria e nos termos do voto do Relator, vencido o Ministro André Mendonça, determinar que até que o plano mais abrangente seja elaborado, atendido o domínio normativo da administração e consideradas as peculiaridades locais, bem como assegurado às forças de segurança examinem diante das situações concretas a proporcionalidade e a excepcionalidade do uso da força, que o emprego e a fiscalização da legalidade do uso da força sejam feitos à luz dos Princípios Básicos sobre a Utilização da Força e de Armas de Fogo pelos Funcionários Responsáveis pela Aplicação da Lei, com todos os desdobramentos daí derivados, em especial, em relação à excepcionalidade da realização de operações policiais, a serem avaliadas, quando do emprego concreto, pelas próprias forças, cabendo aos órgãos de controle e ao Judiciário, avaliar as justificativas apresentadas quando necessário. Assim, no que tange à aplicação dos Princípios Básicos sobre a Utilização da Força e de Armas de Fogo pelos Funcionários Responsáveis pela Aplicação da Lei, **tal como aqui consta (itens “2” e “4”)**, cabe às forças de segurança examinar diante das situações concretas a proporcionalidade e a excepcionalidade do uso da força, servindo os princípios como guias para o exame das justificativas apresentadas *a fortiori*; 3 – por unanimidade e nos termos do voto do Relator, criar um grupo de trabalho sobre Polícia Cidadã no Observatório de Direitos Humanos localizado no Conselho Nacional de Justiça; 4 – por maioria e nos termos do voto do Relator, vencido o Ministro André Mendonça, reconhecer, nos termos dos Princípios Básicos sobre a Utilização da Força e de Armas de Fogo pelos Funcionários Responsáveis pela Aplicação da Lei, que só se justifica

o uso da força letal por agentes de Estado quando, ressalvada a ineficácia da elevação gradativa do nível da força empregada para neutralizar a situação de risco ou de violência, (i) exauridos demais meios, inclusive os de armas não-letais, e for (ii) necessário para proteger a vida ou prevenir um dano sério, (iii) decorrente de uma ameaça concreta e iminente. Cabe ao Executivo local sopesar, de um lado, a necessidade de reduzir o risco de dano desnecessário aos direitos humanos nas operações policiais nas favelas, e de outro, as ameaças enfrentadas pelos agentes públicos no cumprimento de seus deveres estatais. Fica ressalvada a possibilidade, desde que posteriormente justificada, que o agente do Estado possa desde logo fazer uso de força potencialmente letal, quando se fizerem necessárias e proporcionais à ameaça vivenciada no caso concreto. Em qualquer hipótese, colocar em risco ou mesmo atingir a vida de alguém somente será admissível se, após minudente investigação imparcial, feita pelo Ministério Público, concluir-se ter sido a ação necessária para proteger exclusivamente a vida e nenhum outro bem de uma ameaça iminente e concreta. Aqui, por igual, como já salientado acima, cabe às forças de segurança examinarem diante das situações concretas a proporcionalidade e a excepcionalidade do uso da força, servindo os princípios como guias para o exame das justificativas apresentadas *a fortiori*; 5 – por unanimidade e nos termos do voto do Relator, reconhecer, sem efeitos modificativos, a imperiosa necessidade de, nos termos do art. 227 da Constituição Federal, haver prioridade absoluta nas investigações de incidentes que tenham como vítimas quer crianças, quer adolescentes; 6 – por maioria e nos termos do voto do Ministro Alexandre de Moraes, vencidos os Ministros Edson Fachin (Relator), Rosa Weber, Roberto Barroso e Cármen Lúcia, indeferir, o pedido constante do item “h” da petição inicial, mantendo o sigilo dos protocolos de atuação policial no Estado do Rio de Janeiro; 7 - Deferir, **em parte**, o pedido constante do item “d” da petição inicial para determinar que, no caso de buscas domiciliares por parte das forças de segurança do Estado do Rio de Janeiro, sejam observadas as seguintes diretrizes constitucionais, sob pena de responsabilidade: (i) a diligência, no caso específico de cumprimento de mandado judicial, deve ser

realizada somente durante o dia, vedando-se, assim, o ingresso forçado a domicílios à noite; (ii) a diligência, quando feita sem mandado judicial, **pode ter por base denúncia anônima**; (iii) a diligência deve ser justificada e detalhada por meio da elaboração de auto circunstanciado, que deverá instruir eventual auto de prisão em flagrante ou de apreensão de adolescente por ato infracional e ser remetido ao juízo da audiência de custódia para viabilizar o controle judicial posterior; e (iv) a diligência deve ser realizada nos estritos limites dos fins excepcionais a que se destinam. Os subitens (i), (iii) e (iv) foram julgados à unanimidade e nos termos do voto do Relator. O subitem (ii) foi julgado por maioria e nos termos do voto do Ministro Alexandre de Moraes, vencido o Ministro Edson Fachin (Relator); 8 – por unanimidade e nos termos do voto do Relator, deferir o pedido constante do item “e” da petição inicial, para reconhecer a obrigatoriedade de disponibilização de ambulâncias em operações policiais previamente planejadas em que haja a possibilidade de confrontos armados, sem prejuízo da atuação dos agentes públicos e das operações; 9 – por maioria e nos termos do voto do Relator, considerando que a legislação estadual vai ao encontro da pretensão da parte requerente, deferir o pedido constante do item “j” da petição inicial, para determinar que o Estado do Rio de Janeiro, no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias, instale equipamentos de GPS e sistemas de gravação de áudio e vídeo nas viaturas policiais e nas fardas dos agentes de segurança, com o posterior armazenamento digital dos respectivos arquivos, vencidos os Ministros André Mendonça e Nunes Marques; 10 – por maioria e nos termos do voto do Ministro Alexandre de Moraes, vencidos os Ministros Edson Fachin (Relator), Roberto Barroso, Ricardo Lewandowski e Gilmar Mendes, indeferir o pedido para que o Conselho Nacional do Ministério Público avalie a eficiência e a eficácia da alteração promovida no GAESP do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro; 11 – por maioria e nos termos do voto do Ministro Alexandre de Moraes, vencidos os Ministros Edson Fachin (Relator), Ricardo Lewandowski e Gilmar Mendes, indeferir o pedido para que eventual descumprimento da decisão proferida por este Tribunal seja investigado pelo Ministério Público Federal. Redigirá o acórdão o Ministro Edson Fachin (Relator). Ausente,

justificadamente, o Ministro Dias Toffoli, que já havia proferido voto em assentada anterior. Presidência do Ministro Luiz Fux. Plenário, 3.2.2022.

Como se vê, a Corte deferiu o pedido de medida cautelar constante do item “a” da exordial, de modo a determinar ao Estado do Rio de Janeiro que elabore e encaminhe ao STF, no prazo máximo de 90 (noventa) dias, um plano visando à diminuição da letalidade policial e à fiscalização de violações aos direitos humanos pelas forças de segurança, devendo conter medidas objetivas, cronogramas específicos e a previsão dos recursos financeiros, de pessoal e organizacionais necessários para a sua efetiva implementação.

No segundo ponto da decisão, a Corte determinou que até que o plano mais abrangente seja efetivamente elaborado, sob os aspectos materiais e normativos, que os Princípios Básicos sobre a Utilização da Força e de Armas de Fogo pelos Funcionários Responsáveis pela Aplicação da Lei sejam utilizados como parâmetro para a atuação da polícia.

Neste contexto, destes Princípios advirão todas as consequências aos agentes estatais, em especial em relação à excepcionalidade da realização de operações policiais.

A excepcionalidade de tais operações, de acordo com o STF, será avaliada pela própria polícia, cabendo aos órgãos de controle - a exemplo do Ministério Público -, e ao Judiciário, avaliar as justificativas apresentadas.

Assim, as forças de segurança examinarão, diante das circunstâncias fáticas concretas, a proporcionalidade e a excepcionalidade do uso da força, tendo sempre como guia os Princípios Básicos sobre a Utilização da Força e de Armas de Fogo pelos Funcionários Responsáveis pela Aplicação da Lei.

O Tribunal determinou, ainda, a criação de um grupo de trabalho sobre Polícia Cidadã no Observatório de Direitos Humanos localizado no Conselho Nacional de Justiça, como forma de controle da atuação policial.

Depreende-se, pois, que o STF preconiza a absoluta excepcionalidade da letalidade policial, sob pena de violação injustificável dos direitos humanos das populações das comunidades do Rio de Janeiro.

Ainda, reconheceu a necessária prioridade nas investigações de incidentes que tenham como vítimas crianças e/ou adolescentes, conforme artigo 227 da Constituição Federal.

Outrossim, determinou a estrita observância dos parâmetros constitucionalmente estabelecidos para a realização de medidas de busca e apreensão, sob pena de ilegalidade do ato, de anulação das provas coletadas e de responsabilização do agente público.

Estabeleceu, ainda, que sejam disponibilizadas ambulâncias nas comunidades onde sejam realizadas as operações policiais previamente organizadas, com vistas a garantir o imediato socorro aos eventuais feridos nos possíveis confrontos.

Por fim, o STF determinou que o Estado do Rio de Janeiro, no prazo máximo de 180 dias, instale equipamentos de GPS e sistemas de gravação de áudio e vídeo nas viaturas policiais e nas fardas dos agentes de segurança, com o posterior armazenamento digital dos respectivos arquivos.

Um ponto que merece crítica na referida decisão, com a devida vênia, é a negativa ao pleito de retirada de sigilo dos protocolos de atuação policial do Estado do Rio de Janeiro.

Esta interpretação da Corte, por consequência, impede o integral acesso ao teor de tais instrumentos, inviabilizando o seu efetivo controle a ser exercido pela sociedade, pela imprensa e pelos órgãos externos de controle da atividade policial.

Não obstante as importantes discussões acerca dos aspectos técnicos da ADPF 635, seja quanto ao seu objeto, seja quanto aos limites da atuação do Poder Judiciário no controle de políticas públicas e de omissões estatais, importa compreender os objetivos visados com o ajuizamento da ação de controle abstrato de constitucionalidade.

Com efeito, diante da conjuntura da segurança pública do Estado do Rio de Janeiro, que se reproduz em todo o País, diga-se, a ADPF 635 é, em última análise, uma forma de preservar vidas daqueles que são o principal alvo das operações policiais: os jovens negros moradores de favelas.

Após a aprovação da medida liminar na referida ADPF, houve um impacto no número de mortes de pessoas em operações policiais.

Neste sentido, em junho de 2020, quando a medida cautelar foi concedida, antes dos embargos de declaração detalhados acima, o número de morte dessa natureza no Rio de Janeiro foi 34.

No ano de 2019, no mesmo mês, foram 153 mortes. Somado o lapso temporal de junho a setembro de 2020, foram 191 mortes, contra 675 no mesmo período em 2019, tendo havido, pois, uma redução de 71,8%.

Todavia, neste contexto de criminalidade no território carioca, e evocando o frágil argumento de que o crime organizado do estado se beneficiou da decisão do STF para se articular e conquistar territórios inimigos, as forças de segurança pública, à revelia da decisão da Corte e ao arripio da Lei, voltaram a atuar como anteriormente, nos últimos meses de 2020.

Mesmo assim, houve redução de mortes decorrentes de operações policiais em 31,4%. Na cidade de Belford Roxo, na Baixada Fluminense, tal redução foi ainda maior, tendo alcançado 40,3%, sendo inegáveis os impactos da ADPF.

No ano de 2021, as operações policiais nas favelas continuaram no ritmo do último trimestre de 2020. Foram utilizados argumentos frágeis e sem fundamento legal para justificar os atos.

Alegou-se dificuldades operacionais, sob a justificativa de que os confrontos armados teriam sido iniciados por criminosos nas favelas, tendo os policiais apenas reagido a tais atos.

Foi alegado, ainda, que todas as operações policiais já são devidamente controladas e acompanhadas pelo Ministério Público, obedecendo aos parâmetros legais.

Como resultado de tais condutas, houve, em 2021, um aumento em 8,8% das mortes em operações policiais, a exemplo dos episódios no Salgueiro e no Jacarezinho, que teve o maior número de óbitos na história: 27.

Percebe-se, pois, uma ausência de vontade política e institucional para o cumprimento da decisão do STF com vistas a diminuir a letalidade policial.

## **2. CONCLUSÃO**

Conclui-se, assim, que são evidentes os avanços no âmbito da segurança pública quando cumpridos estritamente os parâmetros estabelecidos pela Corte como balizas à atuação policial.

Todavia, a violência destas ações já está incorporada no imaginário coletivo de combate à criminalidade, ainda que evidente a inocuidade desta forma de atuação violenta.

Não são poucos aqueles que defendem uma atuação policial violenta, no sentido de que “bandido bom é bandido morto”. Esta compreensão permeia as discussões “de mesa de bar” e de redes sociais.

São muitos os elogios a este *modus operandi*, que invariavelmente tem como destinatária a juventude negra de comunidades carentes, excluída da proteção estatal e do gozo de direitos fundamentais mais básicos e essenciais à existência digna.

Todavia, esta situação agrava-se mais quando este discurso de “mesa de bar” ganha legitimação pelo poder público, passando a pautar a segurança pública.

Neste contexto, esta forma de suposto combate à criminalidade acaba por ser utilizada como discurso político e é conveniente àqueles que se utilizam de tais argumentos como forma de controle de massas.

A grande mídia, inclusive, acaba por chancelar, em algumas situações, tais discursos, desconsiderando as gravíssimas consequências sociais destas ações violentas e a ineficiência deste modo de “combate” ao crime organizado.

Não são poucos os programas televisivos sensacionalistas que elogiam verdadeiros extermínios em favelas, descumprindo o seu verdadeiro múnus constitucionalmente garantido de informar e de controlar os atos do poder público.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 635/RJ. Relator: Min. Edson Fachin. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5816502>> Acesso em: 04 de setembro de 2022.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. “ADPF das favelas”. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível



em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes73bf6c41e241e28b89d0fb9e0c82f9ce>>. Acesso em: 05 de setembro de 2022.

Profissão repórter. Rio de Janeiro tem 593 chacinas policiais em 14 anos, aponta levantamento. Disponível em: <<https://g1.globo.com/profissao-reporter/noticia/2022/06/01/rio-de-janeiro-tem-593-chacinas-policiais-em-14-anos-aponta-levantamento.ghtml>> Acesso em: 05 de setembro de 2022.

Redação Brasil de Fato. Rio registra 3 das 4 chacinas mais letais da história em pouco mais de um ano de governo Castro. Disponível em: <<https://www.brasildefato.com.br/2022/07/22/rio-registra-3-das-4-chacinas-mais-letais-da-historia-em-pouco-mais-de-um-ano-de-governo-castro>>. Acesso em: 05 de setembro de 2022.

Redação Rede de Observatórios da Segurança. ADPF 635: uma dose de reforço necessária. Disponível em: <<http://observatorioseguranca.com.br/adpf-635-uma-dose-de-reforco-necessaria/>>. Acesso em: 05 de setembro de 2022.

Redação Réu Brasil. Caso Favela Nova Brasília versus Brasil. Disponível em: <<https://reubrasil.jor.br/caso-favela-nova-brasilia-versus-brasil/>>. Acesso em: 05 de setembro de 2022.

## INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E GOVERNOS: OS LIMITES DO PODER DE VIGIAR

**BRUNO DA SILVA BATALHA:**

Especialista em Direito Digital pela  
Universidade do Estado do Rio de  
Janeiro - UERJ

**Resumo:** Diante da crescente vigilância promovida por governos com base em tecnologias de IA., torna-se determinante impor limites contra o surgimento do autoritarismo e em promoção aos Direitos Humanos. Esse artigo visa analisar como a XAI - Inteligência Artificial Explicável e um Código de Ética Global para Inteligência Artificial podem contribuir para promover garantias e direitos fundamentais, bem como oferecer barreiras contra o avanço da vigilância e do surgimento de Estados Autoritários.

**Palavras-chave:** Vigilância; Direitos Humanos; Ética; Inteligência Artificial Explicável.

**Abstract:** Given the growing vigilance promoted by governments based on AI technologies, it becomes crucial to impose limits against the emergence of authoritarianism and in the promotion of Human Rights. This article aims to analyze how XAI - Explainable Artificial Intelligence and a Code of Ethics for Artificial Intelligence can contribute to promoting fundamental guarantees and rights, as well as offering barriers against the advance of surveillance and the emergence of Authoritarian States.

**Keywords:** Surveillance; Human rights; Ethic; Explainable Artificial Intelligence.

**Sumário:** Introdução. 1. Inteligência Artificial e a Vigilância pelos Governos 2. Ética e Inteligência Artificial 3. XAI – A importância da Inteligência Artificial Explicada. Considerações Finais. Referências.

### Introdução

O principal marco sobre o início do desenvolvimento da Inteligência Artificial provém de um artigo de Alan Turing, de 1950, intitulado "Computing Machinery and Intelligence".<sup>88</sup> O estudo apresentou o Teste de Turing, jogo em que um árbitro interrogava um homem e uma máquina. Se o juiz não conseguisse diferenciar, por meio das respostas, quem era o humano e quem era a máquina, considerava-se que a máquina havia passado no teste. O objetivo era verificar a capacidade de emulação do comportamento humano pela máquina.

---

88 TURING, Alan. M. **Computing Machinery and Intelligence**. Vol. Lix. N°236. Oct. 1950.

A Inteligência Artificial apresenta como características o poder de raciocinar, aprender, reconhecer padrões e inferir. Essas características não conferem a máquina o poder de emular todas as características humanas, em especial o poder de autoconsciência que, no que pese as discussões éticas, ainda integra o gênero da ficção científica. As capacidades da I.A. se relacionam com a aplicação de lógicas relacionais a um conjunto de dados e aprendizado através de tentativa e erro.

Atualmente, I.A. é aplicada aos mais diversos setores, tais como: mídia, comércio eletrônico, saúde e governos. A tecnologia apresenta diversos benefícios, como resolver problemas, melhorar precisão e acerto, substituir trabalhos repetitivos e inovação. No entanto, a tecnologia pode apresentar riscos aos Direitos Humanos em decorrência de vieses, bem como à privacidade em razão da coleta de dados em massa.

A situação pode se agravar quando I.A. é aplicada por governos com objetivos de vigilância e policiamento. O uso de tecnologias de reconhecimento facial tem crescido exponencialmente à margem de qualquer regulamentação legal. Nesse contexto, o banimento do uso de tecnologias de reconhecimento facial e outros dados biométricos pode se mostrar uma alternativa interessante em defesa dos Direitos Humanos.

Antes de se implantar qualquer tecnologia de vigilância e policiamento, limites e salvaguardas devem ser estabelecidos para proteger cidadãos. Parâmetros éticos devem ser introduzidos em qualquer aplicação de I.A que possa repercutir em ofensa aos direitos e garantias fundamentais, além de diretrizes e requisitos para melhorar a qualidade de dados, a lógica relacional de aprendizado e os mecanismos de reforço de representação.

Além disso, ganha importância o desenvolvimento e a implantação da inteligência artificial explicável. A vinculação das garantias de interpretabilidade e explicabilidade aos casos de usos de I.A que possam ofender direitos, pode se tornar um importante instrumento em respeito aos Direitos Humanos.

Diante disso, a imposição de limites em defesa de direitos e liberdades civis, em face do aumento da vigilância pelos governos, se torna cada vez mais urgente.

## **1 Inteligência Artificial e Governos.**

Governos ao redor do mundo têm aumentado drasticamente o uso de sistemas de vigilância com base em I.A. Em um estudo de 2010, promovido pela Fundação Rockefeller, foram previstos cenários hipotéticos para o desenvolvimento tecnológico e social. O

cenário Lock-Step,<sup>89</sup> indicado no estudo, caracterizado por um controle governamental mais rígido e autoritário, se aproxima muito da realidade chinesa atual, em que tecnologias de controle com base na I.A, como tecnologias de reconhecimento facial e crédito social, estão cada vez mais difundidas. A inovação tecnológica nesse cenário é amplamente estimulada pelo governo.<sup>90</sup>

Em outra recente publicação, uma Grande Reinicialização Mundial é defendido no plano econômico, social, geopolítico, tecnológico e individual. O estudo sugere o retorno de um “grande” governo e a redefinição do contrato social. Segundo o estudo, o reinício seria permitido, em grande parte, pela crise da Covid-19. O estudo justifica o aumento da vigilância, por tecnologias de rastreamento, para o bem da saúde pública e da segurança.<sup>91</sup>

O uso de algoritmos de Inteligência Artificial pelos governos pode contribuir para o surgimento de Estados totalitários? Quais seriam os limites do uso de Inteligência Artificial pelos governos? A célebre expressão “Big Brother is watching you” se mostra cada vez mais presente no plano da realidade. A formação de um grande Leviatã baseado em Inteligência Artificial pode se tornar uma grande ameaça aos direitos e liberdades individuais. Ainda há tempo para evitar a expansão do Estado Orwelliano.<sup>92</sup>

O uso de Inteligência artificial para fins de vigilância não é exclusividade da China. Diversos países, mundo afora, se utilizam da tecnologia para fins questionáveis. Ao menos 75 de um total de 176 países ao redor do mundo usam ativamente sistemas de IA para objetivos de vigilância.<sup>93</sup>

Autores e pesquisadores influentes chamam a atenção ao redor do mundo para o crescente risco de distopia. Brad Smith alerta sobre a contribuição que a corrida

---

89 “Top-Down Tighter World Scenario government control and more authoritarian leadership, with limited innovation and growing citizen resistance”. The Rockefeller Foundation. **Scenarius for the Future of Technology and International Development**. May. 2010, pg. 19.

90The Rockefeller Foundation. **Scenarius for the Future of Technology and International Development**. May. 2010.

91 SCHAWAB, Klaus; MALLERET, Thierry. **COVID-19: The Great Reset**. Ed. 1°. World Economic Forum, 2020.

92 ORWELL, George. 1984. São Paulo: IBEP, 2003.

93 FELDSTEIN, Steven. **The Global Expansion of AI Surveillance**. Carnegie Endowment for International Peace: 2019

tecnológica entre os EUA x China pode ter para o aumento da vigilância e defende uma revolução de código aberto para a redemocratização do mundo.<sup>94</sup>

No Brasil, foi recentemente publicada a Estratégia Brasileira de Inteligência Artificial. A estratégia foi organizada em eixos temáticos, tais quais: educação, força de trabalho e educação, PD&I e empreendedorismo, setores produtivos, poder público e segurança pública. No documento é possível observar diversos exemplos de aplicação de I.A na administração pública. A maioria dessas aplicações se relaciona com a melhoria da eficiência da administração e do gerenciamento dos seus respectivos órgãos.<sup>95</sup>

A título de exemplificação, o TCU utiliza I.A. para análise de licitações e editais (“Alice”) e para monitoramento de aquisições pelos poderes públicos (“Mônica”). O TST utiliza para a análise sobre a observância de prazos (“Bem-Te-Vi”). O STF utiliza I.A. cuja finalidade é examinar os Recursos Extraordinários e especificar quais serão vinculados aos temas de Repercussão Geral.<sup>96</sup>

A maioria dessas aplicações não apresentam indício de coleta de dados ou informações que possam apresentar ofensa aos direitos, tais como a privacidade, a proteção de dados e a liberdade de expressão. Em nenhum dos casos exemplificados há o uso de I.A para fins de vigilância e segurança pública. Utilidades que causam maior preocupação devido ao uso de informações pessoais como imagens e vídeos de cidadãos.

Equipamentos de reconhecimento facial automatizado já são amplamente difundidos em países como a China. Pesquisadores do IPVM<sup>97</sup> descobriram que o governo chinês reuniu um banco de dados nacional com relatório individual sobre preferências políticas, atividades e relacionamentos de cada cidadão.<sup>98 99</sup>

---

94 SMITH, Brown; ANN BROWNE, Carol. **Tools and Weapons: The Promise and The Peril of The Digital Age**. New York. Penguin Press: 2019.

95 Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações. **Estratégia Brasileira em Inteligência Artificial - EBIA**. MCTIC: jun. 2021.

96 Id. Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações.

97 IPVM is a team of 25 with extensive experience working for security integrators, organizations, and manufacturers as well as graduates from Columbia, Dartmouth, Harvard, Lehigh, Northwestern, NYU, RIT, West Point, UPenn, and Yale. Disponível em: < <https://ipvm.com/about> >. Acesso em 30. Set. 2021.

98 Arbulu, Rafael. **Presidente da Microsoft critica “corrida pela IA” e pede regulamentações**. OLHAR DIGITAL. Disponível em: < [Presidente da Microsoft critica “corrida pela IA” e pede regulamentações \(olhardigital.com.br\)](https://olhardigital.com.br) >. Acesso em: 29 set. 2021.

99 IPVM. **BBC Panorama Documentary on AI Features IPVM**. Disponível em: < [BBC Panorama Documentary on AI Features IPVM](https://www.bbc.com/portuguese/health-61111111) >. Acesso em 29. Set. 2021.

As aplicações de I.A. para vigilância e segurança pública apresentam diversos casos de falsos positivos, relacionados a vieses discriminatórios de algoritmos, em grande medida, em razão de base de dados pouco representativa.<sup>100</sup> Tecnologias de reconhecimento facial, assim como tecnologias de reconhecimento de voz e dados pessoais merecem maior atenção em razão dos seus potenciais efeitos colaterais danosos aos direitos e garantias fundamentais. O uso de I.A. na área de segurança pública deve obedecer ao direito da privacidade e da proteção de dados.

O governo brasileiro têm apoiado algumas diretrizes em promoção ao desenvolvimento tecnológico e em respeito à proteção de dados pessoais.<sup>101</sup> As diretrizes apoiadas pelo governo podem ser um importante passo para, mais do que proteger direitos e garantias fundamentais, impedir a transformação do Estado em um estado de vigilância ao estilo Orwelliano. A regulação da proteção de dados na área de segurança pública ganha importância ímpar diante desse contexto. Contudo, mais do que fazer leis para garantir os direitos à privacidade e a proteção de dados, é fundamental um olhar atento de toda a sociedade sobre o que acontece no plano da realidade.

Em uma interessante iniciativa, uma carta aberta foi publicada por instituições em defesa de direitos e liberdades individuais. A carta defende o banimento global do uso de tecnologias de reconhecimento facial e outros reconhecimentos biométricos remotos que facilitem vigilância em massa.<sup>102</sup>

O banimento do uso de sistema de reconhecimento facial e outros reconhecimentos biométricos pode parecer radical a primeira vista. Contudo, dada a velocidade com que os governos tem apoiado suas políticas em sistemas de vigilância e policiamento, a proibição destas tecnologias pode ter o efeito salutar de se reiniciar a discussão sobre o uso e os limites impostos aos governos.

Diante de um mundo globalizado onde o crescimento do uso de I.A. em sistemas de vigilância pelos governos cresce aceleradamente, uma iniciativa de banimento do uso da tecnologia para tais fins pode se fazer necessária. A medida pode contribuir para se retomar a discussão acerca da imposição de limites e salvaguardas em respeito aos Direitos Humanos. Mais do que isso, proteger os cidadãos de todo o mundo contra seus próprios governos, evitando, dessa forma, o surgimento de Estados autoritários.

---

<sup>100</sup> Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações. **Estratégia Brasileira em Inteligência Artificial - EBIA**. MCTIC: jun. 2021.

<sup>101</sup> Id. Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações.

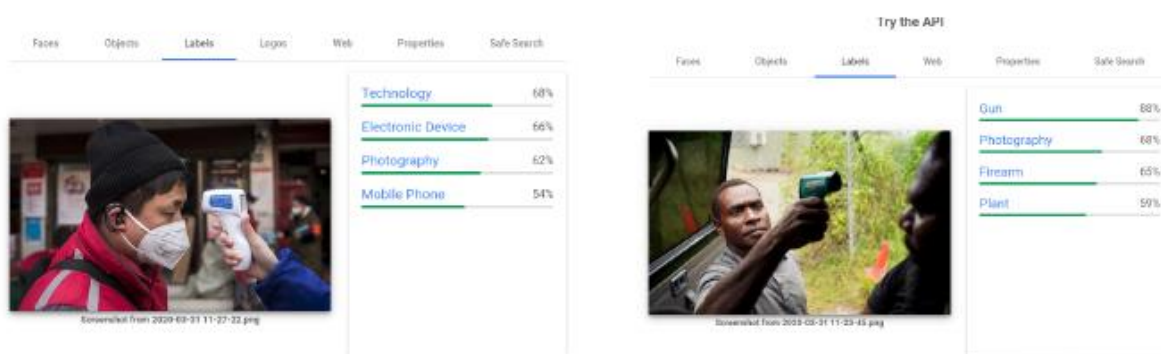
<sup>102</sup> **Carta aberta para banimento global de usos de reconhecimento facial e outros reconhecimentos biométricos remotos que permitam vigilância em massa, discriminatória e enviesada**. 7 Jun. 2021.

## 2 Ética e Inteligência Artificial

O uso de inteligência artificial por meio da coleta de dados em massa, sobretudo pelos governos, pode abrir espaço para o crescimento do autoritarismo e do desrespeito aos direitos humanos. Uma das barreiras naturais contra esse risco é a aplicação de códigos de conduta ética no que se refere as tomadas de decisão e possíveis vieses, bem como sobre a coleta de dados dos cidadãos. Qualquer aplicação de I.A. deve ter como premissa básica o respeito a privacidade e a proteção de dados.

As tecnologias de I.A. usado pelos governos apresentam pouca ou nenhuma medida de transparência sobre os dados utilizados, os códigos de programação, algoritmos, tomadas de decisão e possíveis vieses, o que dificulta a análise ética de suas aplicações. O crescente uso da inteligente artificial trazem a tona diversos erros cometidos pelos algoritmos. Grande parte das alegações de erro se relaciona ao tratamento de imagens e reconhecimento facial.

Em um determinado caso, um pesquisador submeteu duas fotografias aos recursos de análise de imagens do Google. Em uma imagem um homem negro apontava um termômetro para a cabeça de outro homem, enquanto outra pessoa asiática tinha um termômetro apontado para a sua cabeça. Na foto do homem asiático, os termos que apareceram com maior frequência foram “Tecnologia” e “Dispositivo Eletrônico”. Na foto com o homem negro, o termo “arma” foi o mais frequente.<sup>103</sup>



Fonte: <https://tarciziosilva.com.br/blog/google-acha-que-ferramenta-em-mao-negra-e-uma-arma/104>

103 SILVA, Tarcizio. Google acha que ferramenta em mão negra é uma arma. Disponível em: <https://tarciziosilva.com.br/blog/google-acha-que-ferramenta-em-mao-negra-e-uma-arma/>. Acesso em: 21 ago. 2021

104 Id. SILVA, Tarcizio.

Seria possível relacionar tal erro apenas com o algoritmo de AI, como base de dados de qualidade insuficiente, lógica relacional do aprendizado de máquina, pouca diversidade no campo e aos programadores que não criam ou reforçam mecanismos de representação adequada?! Seriam os vieses do algoritmo apenas reflexos de problemas sociais mais profundos?

As respostas aos questionamentos têm o potencial de orientar a neutralidade ética da tecnologia. Ao se considerar hipoteticamente que determinado algoritmo reflete apenas a ética da vida em sociedade, com seus problemas e virtudes, é possível inferir sua neutralidade. Por outro lado, o afastamento das decisões algorítmias da realidade social pode indicar vieses intrínsecos ao algoritmo, ou seja, além dos preconceitos e comportamentos individuais e coletivos.

O erro do algoritmo supracitado, ao confundir o termômetro com uma arma, pode refletir um preconceito estrutural no atual contexto social. Diversos erros análogos ao da inteligência artificial do Google acontecem na vida cotidiana. Um caso emblemático, como exemplo, foi o de um PM que confundiu um garçom segurando um guarda-chuva com um fuzil. O garçom foi morto com três tiros. Não seria esse erro similar à decisão do algoritmo de I.A. do Google?<sup>105</sup>

Diante disso, parece que o algoritmo absorveu um comportamento racista diante de fatos e registros sociais que evidenciam o preconceito e racismo impregnado na sociedade. O algoritmo deveria corrigir esses vieses sociais mascarando a realidade social? Seria mais adequado que comportamentos de cunho preconceituoso e racista fossem extirpados na sociedade, através da educação, conscientização e correção de injustiças históricas. O aprendizado do algoritmo por dados que reflitam um mundo mais justo tende a se refletir também nas decisões algorítmias.

Diversas iniciativas têm surgido no mundo visando orientar a ética no uso da Inteligência Artificial. A ética de algoritmos de AI como reflexo da ética social média pode ser visto em um programa do MIT, universidade americana que criou um sistema em que qualquer pessoa pode acessar e ensinar o algoritmo a tomar decisões em relação aos dilemas morais.<sup>106</sup> Quanto mais pessoas participarem, mais o algoritmo tende a se aproximar de uma ética de consenso.

Um código de conduta ética e governança dedicado ao uso da Inteligência Artificial foi emitido pela OMS (Organização Mundial de Saúde). Dentre as principais diretrizes, destacam-se: pessoas devem permanecer no controle de sistemas de saúde e

---

<sup>105</sup> Disponível em: < [https://brasil.elpais.com/brasil/2018/09/19/politica/1537367458\\_048104.html](https://brasil.elpais.com/brasil/2018/09/19/politica/1537367458_048104.html) >. Acesso em: 24 ago. 2021.

<sup>106</sup> INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL. **Expresso Futuro com Ronaldo Lemos**. Canal Futura, 15 ago. 2017



decisões médicas; aplicações de IA devem atender padrões de segurança, acurácia e eficácia; transparência das tecnologias quanto ao seu desenvolvimento e funcionamento; treinamento para profissionais quanto ao manuseio de produtos; princípios de inclusão e igualdade como fundamento para o desenvolvimento de ferramentas; e avaliação contínua e transparente de produtos visando sanar erros rapidamente.<sup>107</sup>

Em 2018, no âmbito da União Europeia, foi emitido um guia sobre orientações éticas para uma IA de confiança. O documento apresenta uma série de princípios e requisitos a serem seguidos para o prudente uso e desenvolvimento de IA. São requisitos que devem ser aplicados e avaliados durante todo o ciclo de vida da IA, dentre os quais: transparência, diversidade, responsabilização, ação e supervisão humanas, solidez técnica e segurança, bem-estar social e ambiental, privacidade e governança dos dados, não discriminação e equidade.<sup>108</sup>

As orientações éticas emitidas pela União Europeia permitem um desenvolvimento mais seguro e justo da tecnologia. No mesmo sentido, a OMS definiu diretrizes que tendem garantir uma evolução mais segura da tecnologia no contexto da saúde. Ainda que a neutralidade da tecnologia se relacione com sua acurácia em refletir informações extraídas da realidade social. A orientação da I.A. em não replicar a discriminação, baseada em dados, em defesa de direitos individuais, mostra-se bem acertada.

A correção de vieses do algoritmo quando em promoção dos direitos individuais indica um caminho adequado para a evolução da tecnologia, ainda que desejável que os dados em sua origem refletissem uma realidade menos discriminatória e mais igual. As demais diretrizes e requisitos podem contribuir para a melhora da qualidade dos dados, da lógica relacional de aprendizado e os mecanismos de reforço de representação.

Todos esses requisitos éticos em conjunto podem fornecer uma interessante baliza contra o aparecimento da distopia e em promoção aos Direitos Humanos, principalmente ao se considerar a falta de transparência sobre o uso de sistemas de vigilância e reconhecimento facial por governos ao redor do mundo. Requisitos éticos devem ser introduzidos como parâmetros fundamentais em qualquer aplicação de I.A que possa repercutir em ofensa aos direitos e garantias fundamentais, especialmente em se tratando de governos.

---

<sup>107</sup> Ethics and governance of artificial intelligence for health: WHO guidance. Geneva: World Health Organization; 2021. Licence: CC BY-NC-SA 3.0 IGO.

<sup>108</sup> Grupo de peritos de alto nível sobre a inteligência artificial. **Orientações Éticas para uma IA de Confiança**. Comissão Europeia: 2018

### 3 XAI – A importância da Inteligência Artificial Explicável

Diante do uso cada vez mais disseminado de sistemas e tecnologias com base na I.A., ganha grande importância o conceito de XAI (Inteligência Artificial Explicável),<sup>109</sup> em especial em um contexto em que empresas e governos mantêm os documentos dessas tecnologias fora do domínio público.<sup>110</sup> O conhecimento sobre a descrição dos algoritmos de I.A., os impactos esperados e os eventuais vieses, contribuem para a transparência e confiança na Inteligência Artificial, além de facilitar a auditabilidade das redes neurais.<sup>111</sup>

Os sistemas XAI devem orientar explicações para grupo de usuários específicos?<sup>112</sup> As explicações devem abordar um caráter mais geral? Os questionamentos não se mostram excludentes. Para promover a XAI deve se considerar a transparência, a interpretabilidade e a explicabilidade.<sup>113</sup> No entanto, modelos mais complexos de I.A. se tornam de difícil interpretação até para especialistas, ainda mais em um cenário que não há um padrão para medir a eficácia das explicações.

A explicação de cada algoritmo pode ser definida de acordo com sua finalidade. A referência da Inteligência artificial explicada é centrada nos usuários que dependem do resultado da I.A. Uma explicação para ser eficaz deve obedecer à heterogeneidade dos diferentes grupos que se utilizam do sistema de I.A.<sup>114</sup>

Neste cenário, modelos de aprendizado de máquina “caixa branca”, em que é possível rastrear e determinar os motivos pelos quais determinadas decisões foram tomadas pelo algoritmo, pode compor uma barreira interessante ao poder estatal de vigiar. O modelo de aprendizado de máquina “caixa branca” se concilia com o conceito de Inteligência Artificial Explicável - XAI. Os modelos de “caixa preta”, ao contrário, impõem

---

109 A inteligência artificial explicável (XAI) é um conjunto de processos e métodos que permite aos usuários humanos compreender e confiar nos resultados e na saída criados por algoritmos de machine learning. Disponível em: < [IA explicável - Brasil | IBM](#) >. Acesso em: 03 out. 2021

110 FELDSTEIN, Steven. The Global Expansion of AI Surveillance. Carnegie Endowment for International Peace: 2019

111 Disponível em: < [IA explicável - Brasil | IBM](#) >. Acesso em: 03 out. 2021

112 Idem. XAI-Explainable artificial intelligence

113 Disponível em: < [IA explicável - Brasil | IBM](#) >. Acesso em: 03 out. 2021

114 Gunning, D., Stefik, M., Choi, J., Miller, T., Stumpf, S. ORCID: 0000-0001-6482-1973 and Yang, G-Z. (2019). XAI-Explainable artificial intelligence. Science Robotics, 4(37), eaay7120. doi: 10.1126/scirobotics.aay7120

dificuldades em se explicar os resultados e as decisões de uma rede neural até mesmo para especialistas.<sup>115</sup>

O enquadramento de algoritmos em modelos “caixa branca” ou “caixa preta” é diretamente influenciado pelo algoritmo de aprendizagem de máquina utilizado.<sup>116</sup> Árvores de decisão, regras de associação, redes neurais, lógica de programação indutiva e redes bayesianas são algumas das diversas abordagens para aprendizado de máquina, com suas vantagens, desvantagens e peculiaridades. Aplicações, que exigem explicações acerca das decisões tomadas, devem se vincular às abordagens de aprendizado de máquina que melhor se relacionem com os conceitos de explicabilidade, bem como a transparência e o respeito a privacidade.

A expansão dos casos de uso de I.A. e a melhora do desempenho dos modelos de aprendizado de máquina não avançam com o aumento da transparência. Para fins de exemplificação, considere o caso de uma professora que foi sempre bem avaliada por seus pares e seus alunos e, após aplicação de algoritmo de inteligência artificial para avaliação de professores, essa mesma professora foi mal avaliada e demitida por esse motivo. O mínimo que se poderia esperar seria uma explicação sobre os motivos e as circunstâncias que levaram o algoritmo a tomar esta decisão.<sup>117</sup>

Para se aproximar dos objetivos de explicabilidade e interpretabilidade, cinco métricas costumam aparecer como desejáveis, sendo elas: justiça, privacidade, confiabilidade, causalidade e confiança. No entanto, nem todos os modelos de I.A. geram impacto na vida das pessoas, não sendo imprescindível explicabilidade para esses casos, como no exemplo de uma I.A. que pode aprender a dançar.<sup>118</sup> Muito diferente de aplicações de reconhecimento facial, por exemplo, que podem vulnerar direitos humanos.

Considerando o desenvolvimento tecnológico atual e a expansão do uso de inteligência artificial, é importante vincular o uso de aplicações, que podem ofender direitos e garantias fundamentais, à garantia de sua explicabilidade e interpretabilidade. Isso inclui não apenas conhecer as motivações do julgamento, mas o porquê e como o

---

<sup>115</sup> Um modelo de caixa branca pode ser facilmente analisado para determinar por que um determinado dado recebeu o seguinte resultado. Por exemplo, podemos verificar as condições de uma árvore de decisão ou a função linear resultante de uma regressão linear e concluir o motivo exato do resultado obtido. Disponível em: <[Machine Learning para Leigos | Venturus](#)>. Acesso em: 27 out. 2021.

<sup>116</sup> Disponível em: <[Machine Learning para Leigos | Venturus](#)>. Acesso em: 27 out. 2021.

<sup>117</sup> UTSC, Milo. **O que é Xai, a Inteligência Artificial Explicável?** 5 ago. 2020. Disponível em: <[O que é xAI, conhecida como Inteligência Artificial Explicável? \(take.net\)](#)>. Acesso em: 27 out. 2021.

<sup>118</sup> Idem. UTSH, Milo.

resultado foi gerado. Além disso, para reforçar esse entendimento, as explicações devem adotar um caráter mais geral, para facilitar o entendimento de qualquer público. Dessa forma, determinadas aplicações somente poderiam ser estabelecidas sob essas garantias, sob pena de se inviabilizar o seu uso em razão à ofensa de direitos humanos.

De outra forma, o modelo “caixa preta” pode ter seu uso considerado para aplicações de menor potencial ofensivo ou experimentais, quando o impacto das decisões do modelo é menor, pelo menos no estágio tecnológico e regulatório atual. Nesse caso, é menos problemático orientar explicações para grupo de usuários específicos ao invés de estabelecer explicações mais gerais.

Diante desse contexto, torna-se premente vincular modelos “caixa branca” e algoritmos, que facilitem a explicabilidade e a interpretabilidade, aos sistemas de vigilância que possam vulnerabilizar à privacidade e os direitos humanos. Da mesma forma que um código de conduta ética deve ser considerado como parâmetro mínimo para a implantação de I.A, a explicabilidade e a interpretabilidade devem ser consideradas de igual forma.

### **Considerações Finais**

Frente ao crescente uso de tecnologias de I.A. pelos governos para fins de vigilância e policiamento, torna-se premente fortalecer as discussões acerca dos limites e salvaguardas em proteção aos cidadãos em todo mundo. Dada a transnacionalidade das empresas e tecnologias envolvidas para tais fins, a promoção da democracia e dos direitos humanos devem se suceder mediante o desenvolvimento de diretrizes e um plano de conduta ética global para qualquer tecnologia que possa ofender direitos e garantias fundamentais.

Da mesma forma que uma máquina pode conseguir emular características humanas como aprender, raciocinar, reconhecer padrões e inferir, deve ser hábil em decidir eticamente e, mais que isso, disponibilizar informações que explicitem as razões sobre seu julgamento de forma clara e transparente. Definir diretrizes claras acerca da explicabilidade se tornam fundamental, sobretudo, no âmbito de sistemas de reconhecimento facial usados por governos.

Diante disso, torna-se fundamental a restrição sobre o uso de tais tecnologias para vigilância e policiamento enquanto não houver um plano ético bem definido, assim como parâmetros mínimos de interpretabilidade e explicabilidade. O desenvolvimento e a aplicação do conceito de inteligência artificial explicável, bem como imposição de parâmetros éticos e diretrizes, devem ser requisitos necessários para se pensar qualquer aplicação de I.A. que possa vulnerar direitos e garantias.

### **Referências**

OLIVEIRA, Rui Flávio de. **Inteligência Artificial**. Londrina – PR. Editora e Distribuidora Educacional S.A., 2018

SCHAWAB, Klaus; MALLERET, Thierry. **COVID-19: The Great Reset**. Ed. 1°. World Economic Forum, 2020.

ORWELL, George. **1984**. São Paulo: IBEP, 2003.

SILVA, Tarcizio. **Google acha que ferramenta em mão negra é uma arma**. Disponível em: <https://tarcizosilva.com.br/blog/google-acha-que-ferramenta-em-mao-negra-e-uma-arma/>. Acesso em: 21 ago. 2021.

Lee, Kai-Fu. **AI superpowers: China, Silicon Valley, and the new world order**. Houghton Mifflin Harcourt, 2018.

CAMARGO, Renata. **Como lidar com a Ética na Inteligência Artificial?**. Disponível em: <<https://glicfas.com.br/etica-na-inteligencia-artificial/>>. Acesso em: 24 ago. 2021

INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL. **Expresso Futuro com Ronaldo Lemos**. Canal Futura, 15 ago. 2017

Ethics and governance of artificial intelligence for health: WHO guidance. Geneva: World Health Organization; 2021. Licence: CC BY-NC-SA 3.0 IGO.

Grupo de peritos de alto nível sobre a inteligência artificial. **Orientações Éticas para uma IA de Confiança**. Comissão Européia: 2018

The Rockefeller Foundation. **Scenarius for the Future of Technology and International Development**. may. 2010.

Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações. **Consulta Pública: Estratégia Brasileira em Inteligência Artificial**. MCTIC: 12. Dez. 2021.

Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações. **Estratégia Brasileira em Inteligência Artificial - EBIA**. MCTIC: jun. 2021.

**Carta aberta para banimento global de usos de reconhecimento facial e outros reconhecimentos biométricos remotos que permitam vigilância em massa, discriminatória e enviesada**. 7 Jun. 2021.

SMITH, Brown; ANN BROWNE, Carol. **Tools and Weapons: The Promise and The Peril of The Digital Age**. New York. Penguin Press: 2019.

Arbulu, Rafael. **Presidente da Microsoft critica “corrida pela IA” e pede regulamentações**. OLHAR DIGITAL. Disponível em: < [Presidente da Microsoft critica “corrida pela IA” e pede regulamentações \(olhardigital.com.br\)](https://olhardigital.com.br) >. Acesso em: 29 set. 2021.

IPVM. **BBC Panorama Documentary on AI Features IPVM**. Disponível em: < [BBC Panorama Documentary on AI Features IPVM](https://www.ipvm.com.br) >. Acesso em 29. Set. 2021.

FELDSTEIN, Steven. **The Global Expansion of AI Surveillance**. Carnegie Endowment for International Peace: 2019

Gunning, D., Stefik, M., Choi, J., Miller, T., Stumpf, S. ORCID: 0000-0001-6482- 1973 and Yang, G-Z. (2019). **XAI-Explainable artificial intelligence**. Science Robotics, 4(37), eaay7120. doi: 10.1126/scirobotics.aay7120

KENJI, Bruno. **Machine Learning para Leigos**. 18 dez. 2019. Disponível em: <[Machine Learning para Leigos | Venturus](https://www.venturus.com.br)>. Acesso em: 27 out. 2021.

UTSCH, Milo. **O que é Xai, a Inteligência Artificial Explicável?** 5 ago. 2020. Disponível em: < [O que é xAI, conhecida como Inteligência Artificial Explicável? \(take.net\)](https://take.net)>. Acesso em: 27 out. 2021.

TURING, Alan. M. **Computing Machinery and Intelligence**. Vol. Lix. N°236. Oct. 1950.

## LEGITIMIDADE PASSIVA DO AGENTE PÚBLICO CAUSADOR DO DANO E A CONDENAÇÃO DO EX-PROCURADOR DA REPÚBLICA DELTAN DALLAGNOL: AFINAL, COMO ANDA A JURISPRUDÊNCIA?

**EVANDRO KAPPES.** Graduado em Direito na Faculdade São Francisco de Barreiras. É pós-graduado em Direito Registral Imobiliário. Atuou como Defensor Público no Estado do Tocantins. Desde 2018 ocupa o cargo de Procurador do Estado da Bahia.

**RESUMO:** Na segunda quinzena de março de 2022, as redes sociais e a imprensa agitaram-se com a notícia de que o ex-Procurador da República Deltan Dallagnol, responsável pela condenação do ex-Presidente da República Luiz Inácio Lula da Silva, no esteio da conhecida “Operação Lava-Jato”, foi condenado ao pagamento de R\$ 75.000,00 (setenta e cinco mil reais) ao ex-Presidente, no exercício do cargo de Procurador da República, pelo Superior Tribunal de Justiça. Tal profusão de informações tem como vértice, muito provavelmente, a “vaquinha” promovida pelo réu, visando à arrecadação de recursos pecuniários para o pagamento da indenização, que alcançou *status* de viral nas redes sociais e mídias eletrônicas e escritas. Arrefecidos pela verve esquerdista ou direitista, *petista* ou *bolsonarista*, enredaram-se as discussões sobre o mérito da condenação. Como não poderia deixar de ser, para a comunidade jurídica, questão preliminar não pode passar ao largo das questões políticas engendradas pelo jogo político. Isto, pois, até recentemente, a doutrina e jurisprudência trilhavam, ainda que não uniformemente, o caminho que indicava que os agentes públicos não poderiam ser condenados diretamente em razão de atos praticados no ofício. Nesta senda, evidencia-se necessidade de perquirir se a decisão em relação ao conhecido e midiático caso que envolve o ex-Presidente da República e o responsável pela operação do Ministério Público Federal representa um assentamento da jurisprudência ou uma verdadeira guinada dos entendimentos, até então, após muita controvérsia, firmados no sentido de que o agente público não poderia ser diretamente condenado em razão de atos de ofício. Em razão da repercussão do caso e aparente pacificação da jurisprudência dos tribunais de superposição, fez-se necessário o presente estudo, para que se estabeleçam as distinções, se existentes, ou se o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial, promoveu guinada jurisprudencial. Afinal, como anda a jurisprudência? Há que se pensar. De um lado, a condenação, em relação à qual, abstraindo-se o contexto político, indica que o STJ não teria aplicado seu entendimento cristalizado em sua própria jurisprudência; noutra perspectiva, ante a ausência de explicitação concreta em derredor dos argumentos – sob pena de incúria –, é preciso elucidar se o caso concreto foi apreciado por diferentes lentes em razão dos fundamentos de fato, até mesmo para fixação de eventual *distinguishing*.

**Palavras-chave:** Responsabilidade civil do Estado; Agente público; Jurisprudência atual.

**ABSTRACT:** In the second half of March 2022, social networks and the press were stirred up by the news that the former Attorney of the Republic Deltan Dallagnol, responsible for the conviction of the former President of the Republic, Luiz Inácio Lula da Silva, in the mainstay of the well-known "Operação Lava-Jato" was ordered to pay BRL 75,000.00 (seventy-five thousand reais) to the former president he was prosecuted, in the exercise of the Office of Attorney of the Republic, by the Superior Court of Justice. Such a profusion of information has as its vertex, most likely, the "kitty" promoted by the defendant in order to collect pecuniary resources for the payment of compensation, which reached viral status on social networks and electronic and written media. Cooled down by leftist or rightist, PT or Bolsonarist verve, discussions about the merits of the conviction became entangled. As it could not fail to be, for the legal community, a preliminary question, it cannot ignore the political issues engendered by the political game. This is because, until recently, the doctrine and jurisprudence followed, although not uniformly, the path that indicated that public agents could not be condemned directly due to acts performed in the office. In this way, there is a need to investigate whether the decision in relation to the well-known and mediatic case involving the former President of the Republic and the person responsible for the operation of the Federal Public Ministry represents a settlement of jurisprudence or a true shift in understandings, until then, after much controversy, signed in the sense that the public agent could not be directly condemned due to official acts. Due to the repercussion of the case and the apparent pacification of the jurisprudence of the superposition courts, the present study was necessary, in order to establish the distinctions, if any, or if the Superior Court of Justice, in the judgment of the Special Appeal, promoted a jurisprudential shift. After all, how is the case law? You have to think. On the one hand, the conviction, in relation to which, disregarding the political context, indicates that the STJ would not have applied its understanding crystallized in its own jurisprudence; from another perspective, given the absence of concrete explanation around the arguments - under penalty of negligence -, it is necessary to elucidate whether the concrete case was appreciated by different lenses due to the factual grounds, even to establish any distinguishing.

**Keywords:** State civil liability; Public agent; Current jurisprudence.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução; 2. Responsabilidade civil extracontratual do Estado na visão da doutrina pátria; 3. Legitimidade passiva do agente público em ação de responsabilização por danos causados a terceiros no exercício da atividade pública, 3.1 Perspectiva doutrinária, 3.2 Jurisprudência do STF, 3.3 Jurisprudência do STJ; 4. REsp Nº 1842613/SP – Condenação cível por danos morais do ex-Procurador da República Deltan Martinazzo Dallagnol: Especificidades do Processo; 5. Conclusão; Referências.

## 1 INTRODUÇÃO



Em primeiro lugar, é necessário gizar que o objetivo do presente artigo não tem fulcro na polarização ideológico-partidária contemporânea. Atualmente, há uma aguda e ineludível agudização dos posicionamentos no Estado brasileiro. Calha consignar que o objetivo do presente trabalho, em que pese ter como ponto de partida situação particular, não perpassa análise da correção da conduta por quaisquer dos agentes políticos.

Noutros termos, não se tem aqui a pretensão direta ou indireta de anuir a qualquer das partes contendoras, mas, ao revés, trazer a lume a atual posição jurisprudencial em derredor da possibilidade de ajuizamento e condenação dos servidores públicos, de forma direta, em relação a atos conducentes à realização da atividade funcional. A discussão reside na questão preliminar do caso: a legitimidade passiva dos agentes públicos, pressuposto processual.

Repise-se, para que se tenha claro, que a questão sobre a qual repousa o presente estudo é apenas a possibilidade de demandar direta e exclusivamente o agente público que tem vínculo funcional com pessoa jurídica de direito público, deixando de lado o mérito da condenação; ou o acerto ou desacerto da conduta do ex-Procurador da República.

O alerta preditivo é por demais necessário. À época em que este trabalho é efetuado, está em voga a eleição presidencial, em que o ex-Presidente da República foi oficializado como candidato à presidência para o próximo mandato. Atualmente, o ex-juiz que recebeu a denúncia criminal, que foi exposta previamente em PowerPoint, após ter se exonerado dos quadros do Poder Judiciário, se tornou Ministro do rol de agentes políticos do atual Presidente da República, Jair Bolsonaro, tendo ocupado a chefia do Ministério da Justiça e da Segurança Pública; enquanto o também "ex"-Procurador da República Deltan Dallagnol, que teve papel proeminente na conhecida "Operação Lava Jato", decorrente da sua condição de coordenador de tal operação especial, é candidato ao cargo de Deputado pelo estado do Paraná, após ter se exonerado, a pedido, datado de 3 de novembro de 2021, dos quadros do Ministério Público Federal.

Durante o curso do processo indenizatório, em 22 de março de 2022, a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ), por maioria de votos, apreciando o Recurso Especial interposto pelo ex-Presidente da República, condenou o ex-Procurador ao pagamento de indenização por danos morais, em razão de entrevista coletiva concedida em 2016, na qual, em evento institucional, foram utilizados *slides*, produzidos pelo programa de computador PowerPoint, para explicar denúncia que seria oferecida ao Poder Judiciário.

O colegiado do STJ entendeu que o pleito de condenação do agente público comporta procedência, em razão da extrapolação das funções do agente público, devido ao excesso de linguagem e qualificações desabonadoras, que, em última instância, derruíram a honra e imagem do ex-Presidente Lula.

O ponto fulcral para a condenação, apenas para fins de registro, posto que desimportante para os fins do presente artigo, restam assentados na constatação de que, na entrevista, os fatos imputados não constaram da denúncia, posteriormente protocolizada. Para além disso, em 2016, na entrevista televisionada nacional e internacionalmente (também replicada em diversos sites no Brasil e no exterior), foram empregados adjetivos ao investigado, tais como “maestro” e “comandante” de esquema criminoso, do que decorreu violação aos direitos de personalidade do cidadão, o ex-Presidente da República.

A atual orientação das cortes superiores, desde pelo menos os idos do início dos anos 2000, no sentido de que o agente público é parte ilegítima para figurar em ações referentes às ações judiciais movidas em razão de atos administrativos ou condutas decorrentes do exercício do cargo público, deve ser revisitada.

O desiderato do presente trabalho é verificar se, diante da redação do art. 37, *caput* e § 6º, da Constituição Federal, o agente público pode ser condenado de forma direta, independentemente da responsabilização prévia ou simultânea do ente estatal, à luz da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal, que ocupam *locus* de Tribunais de Superposição no Poder Judiciário do Brasil.

O emblemático caso, ainda que não transitado em julgado, provocou ruído na plateia jurídica. E é este o ponto fulcral sobre o qual há de se debruçar. O caso posto à apreciação é diferente ou ocorreu uma guinada jurisprudencial pelo STJ. É questão primacial. *Afinal, como anda a jurisprudência?*

## **2 RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRA CONTRATUAL DO ESTADO NA VISÃO DA DOUTRINA PÁTRIA**

A responsabilidade civil do Estado, no direito brasileiro, é extraída do ordenamento jurídico, e detém envergadura constitucional. Alerta-se, por importante, que a responsabilidade aqui em estudo é a que não decorre de vínculo contratual. O § 6º do art. 37 da Constituição da República consagra a responsabilidade civil objetiva do Poder Público. Eis a redação da norma:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

§ 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

A inteligência da norma permite firmar tranquila diretriz de que a responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito público e das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público baseia-se no risco administrativo, sendo objetiva.

Essa responsabilidade objetiva exige os seguintes requisitos: ocorrência do dano; ação ou omissão administrativa; existência de nexos causal entre o dano e a ação ou omissão administrativa e ausência de causa excludente da responsabilidade estatal.

A teoria do risco administrativo, abraçada pelo direito brasileiro, é indutora da ideia de que a responsabilidade do Estado é objetiva, afastando-se a exclusão do dever de indenizar em algumas circunstâncias, quais sejam: a culpa exclusiva da vítima, presença de caso fortuito ou força maior; ou, ainda, poderá ser minorada através da culpa concorrente da vítima.

### **3 LEGITIMIDADE PASSIVA DO AGENTE PÚBLICO EM AÇÃO DE RESPONSABILIZAÇÃO POR DANOS CAUSADOS A TERCEIROS NO EXERCÍCIO DA ATIVIDADE PÚBLICA**

#### **3.1 PERSPECTIVA DOUTRINÁRIA**

O tema da responsabilidade civil do Estado sempre foi importante na doutrina nacional. À larga, os constitucionalistas e especialistas em direito administrativo sempre compreenderam quão importante é a responsabilização estatal, especialmente na atual configuração social, verdadeira teia de compartilhamento de riscos, sob o pálio da globalização e crescentes demandas dos particulares em relação ao Estado.

Invariavelmente, o Estado somente pode realizar concretamente suas ações por meio de seus agentes e órgãos, de modo que estes, legitimamente, podem adotar condutas que causem danos aos particulares; daí o dever de reparar e restituir-se o lesado ao *status quo ante*.

Pelo princípio da solidariedade social, verifica-se que a distribuição equitativa dos encargos entre os administradores decorre da ideia de que o dano anormal e específico não pode ser suportada isoladamente pelo administrado.

A doutrina nacional não tem entendimento pacífico acerca da possibilidade de reconhecimento da legitimidade passiva exclusiva do agente público, da dupla imputação (agente público e entidade pública), da legitimidade exclusiva do Estado ou do cabimento de denúncia da lide (intervenção de terceiro). Para estas tantas teorias, ainda há aqueles que as aplicam diferenciando o campo de aplicação, a depender da responsabilidade no caso concreto ser objetiva ou subjetiva (omissões estatais).

Doutrinadores de renome defendem que a literalidade do texto constitucional, no que tange à responsabilidade da pessoa jurídica de direito público ser objetiva, não permite compreender, *de per se*, que o lesado pode agir diretamente contra aquele que lhe causou o dano, abdicando-se de processar o ente público, sabidamente solvente, sob o rito da responsabilização objetiva, que independe de dolo ou culpa.

Por tal corrente, negar o direito do particular de acionar o servidor que obrou culposamente com fundamento na responsabilidade subjetiva seria negar vigência ao comando legislativo do art. 186 do CC/2002.

Outra parcela da doutrina, também considerável e capitaneada por Hely Lopes, sustenta que o agente público não tem legitimidade passiva em relação aos atos de ofício praticados em razão da adoção do sistema de "dupla garantia" pelo ordenamento constitucional, em que, de um lado, o particular tem garantia de ser indenizado e, de outro, o agente público somente poderia ser responsabilizado pela ação de regresso ajuizada pelo ente público (LOPES; BALESTERO; BURLE FILHO, 2013, p. 735).

Assevera-se que a possibilidade de ajuizamento de ação direta de indenização em face do agente estatal pavimentaria a insegurança nos atos administrativos praticados em nome do ente público, restando abaulada a teoria do órgão e impossibilitando a imparcialidade dos agentes estatais.

Noutra senda, a teoria da dupla garantia em última instância garante também a impessoalidade do servidor público, por meio da qual se assegura a isonomia e moralidade administrativa. Se aqueles que atuam em nome do Estado podem ser condenados em razão dos atos praticados no seu ofício, decerto, a procura e qualificação para o exercício dos cargos poderiam ter decréscimo e, ao fim e ao cabo, o agente estatal inserido no complexo organograma de uma máquina pública gigante poderia se transformar no elo mais fraco da corrente.

### 3.2 JURISPRUDÊNCIA DO STF

Em 14/08/2019, o Supremo Tribunal Federal fixou a tese de que “A teor do disposto no art. 37, § 6º, da Constituição Federal, a ação por danos causados por agente público deve ser ajuizada contra o Estado ou a pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviço público, sendo parte ilegítima para a ação o autor do ato, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.”, ao concluir o julgamento do processo Recurso Extraordinário nº 1027633, em que se discutia a responsabilidade civil de agente público por danos causados a terceiros no exercício da atividade pública.

Confirmou o julgado que a previsão do art. 37, §6º, da Constituição Federal, é um direito e garantia fundamental, que encerra norma autoaplicável, eficácia plena e tem em mira que o servidor público não seja demandado diretamente pelo particular lesado, na medida em que apenas o ente estatal detém legitimidade para ressarcir o terceiro lesado.

Insta ver que o julgado em questão confirma outros no mesmo sentido, tais como o RE 344.133, Rel. Min. Marco Aurélio, Primeira Turma, julgado em 9/9/2008, DJe de 13/11/2008; RE 470.996-AgR, Rel. Min. Eros Grau, Segunda Turma, julgado em 18/8/2009, DJe de 10/9/2009; RE 593.525-AgR-segundo, Rel. Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, julgado em 9/8/2016, DJe de 7/10/2016; ARE 908.331 AgR, Rel. Min. Dias Toffoli, Segunda Turma, julgado em 15/3/2016, DJe de 17/5/2016; e ARE 991.086-AgR, Rel. Min. Rosa Weber, Primeira Turma, julgado em 6/3/2018, DJe de 20/3/2018.

É que no sistema jurídico brasileiro está consagrada a ideia de dupla garantia: de um lado, preserva o cidadão que pode demandar diretamente o ente público; de outro, o agente público pode exercer sua atividade livremente, sem receio de ser demandado por atos praticados no exercício da função, impondo-lhe ônus desproporcional, de forma que deve responder apenas de forma regressiva.

De acordo com o Min. do Supremo Tribunal Federal Marco Aurélio de Mello:

O dispositivo é inequívoco ao estabelecer, em um primeiro passo, a responsabilidade civil objetiva do Estado. Na cláusula final, tem-se a dualidade da disciplina, ao prever direito de regresso da Administração na situação de culpa ou dolo do preposto responsável pelo dano. Consoante o dispositivo, a responsabilidade do Estado ocorre perante a vítima, fundamentando-se nos riscos atrelados às atividades que desempenha e na exigência de legalidade do ato

administrativo. A responsabilidade subjetiva do servidor é em relação à Administração Pública, de forma regressiva. (MELLO, 2019, p. 02)

Nesse sentido, a interpretação conferida pelo STF ao art. 37, § 6º, da Constituição Federal, é uma só: as pessoas jurídicas de direito público ou as pessoas jurídicas de direito privado, que prestem serviços públicos, poderão responder, objetivamente, pela reparação do dano. Por sua vez, o agente público, que efetivamente tenha praticado o ato, responde perante a pessoa jurídica à qual for vinculada por meio de ação regressiva, caso tenha agido com dolo ou culpa. Deste modo, o agente público não pode ser acionado judicialmente pelo terceiro prejudicado para responder pela reparação do dano, sob pena de ser decretada a sua ilegitimidade passiva *ad causam*.

Outrossim, a Jurisprudência do Supremo Tribunal cristalizou-se nesse sentido a partir dos idos de 2006, gizando-se que existia posicionamento anterior em sentido diverso, isto é, de que seria possível o ajuizamento de ações pelo particular, ao seu talante, em face do agente público causador do dano ou em face do Estado.

### 3.3 JURISPRUDÊNCIA DO STJ

No Superior Tribunal de Justiça, o entendimento é diverso. Para este, é possível que as ações condenatórias sejam ajuizadas pelo particular diretamente contra o responsável pelo ato, contra o Estado, ou contra ambos.

Da pesquisa jurisprudencial realizada, apura-se que, em 2018, a Corte decidiu conforme a decisão a seguir ementada:

**AGRAVO INTERNO. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. LEGITIMIDADE PASSIVA.**

"É faculdade do autor promover a demanda em face do servidor, do Estado ou de ambos, no livre exercício do seu direito de ação" (STJ, REsp 731.746/SE, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, DJe de 4/5/2009).

2. Agravo interno a que se nega provimento. (STJ, AgInt no AgInt do AResp 1062833-SP, julgado em 05/06/2018, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, QUARTA TURMA, DJe de 14/06/2018)

Sem embargo, em análise ao voto que conduziu o julgado precitado, consta registro de que se sabe da existência de julgados do Supremo Tribunal Federal em sentido

diverso; mas estes não têm efeito vinculante, eis que decorreram de julgamento de Recursos Extraordinários, e não implicaram em modificação da jurisprudência do STJ.

Os precedentes judiciais têm ganhado relevância cada vez mais acentuada no sistema jurídico brasileiro, a ponto de o Código de Processo Civil (CPC) ter ampliado o rol de decisões judiciais capazes de demandar observância para os diversos órgãos do Poder Judiciário que estejam em posição de inferioridade em relação aos respectivos tribunais que as tenham prolatado (FERREIRA, 2019, p. 149).

Valioso, a propósito dessa particular observação, destacar que o Código de Processo Civil determina a obrigatoriedade de observação das seguintes espécies de decisões:

Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

II - os enunciados de súmula vinculante;

III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;

IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;

V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

Ocorre que, posteriormente, o STF reapreciou a questão em Recurso Extraordinário com repercussão geral reconhecida, de modo que, desde 2019, o Superior Tribunal de Justiça deve rever sua jurisprudência, sob pena de violação ao efeito vinculante da decisão do tribunal constitucional.

**4 REsp Nº 1842613/SP – CONDENAÇÃO CÍVEL POR DANOS MORAIS DO EX-PROCURADOR DA REPÚBLICA DELTAN MARTINAZZO DALLAGNOL: ESPECIFICIDADES DO PROCESSO**

Forte no objetivo de elucidar o entendimento jurisprudencial atual, revelam-se necessários alguns apontamentos acerca do processo identificado acima. Efetivamente, acima já se anunciou que o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça é no sentido da legitimidade passiva exclusiva do agente estatal para figurar em ações indenizatórias que tenham por causa de pedir o exercício de funções em nome do órgão ao qual vinculadas, mas ainda não se enfeixou se o julgamento, ainda não concluído na presente data, em razão de oposição de embargos de declaração, é uma confirmação da jurisprudência do Sodalício.

Pois bem... O pedido realizado pelo Sr. Luiz Inácio Lula da Silva, ex-Presidente da República, em face do então Procurador da República Deltan Martinazzo Dallagnol, integrante da "Força Tarefa Lava Jato", foi de sua condenação, de forma exclusiva, em razão de danos morais que lhe foram acarretados por entrevista transmitida em rede nacional, com abuso de autoridade.

Regularmente citado, a peça de defesa – contestação – foi apresentada pela Procuradoria Regional da União da Advocacia-Geral da União (AGU), com base no disposto no art. 2º; art. 3º, *caput* e inciso XIII, e no art. 4º, inciso I, "c", c/c § 3º, todos da Portaria/AGU nº 408/2014, que preveem que a Advocacia-Geral da União, com base no art. 22 da Lei nº 9.028/1995, poderá representar em juízo agentes da Administração Pública Federal direta, em decorrência do cumprimento de dever constitucional, legal ou regulamentar, responder a processo judicial.

A AGU requereu o reconhecimento da ilegitimidade passiva do agente público processado, fundamentando seu pleito na teoria do órgão e no princípio da impessoalidade na Administração Pública, com o indeferimento da petição inicial, com fundamento no art. 330, II, do CPC.

Por sua vez, a sentença de primeiro grau fez referência à jurisprudência do STJ, no sentido de ser possível ao lesado demandar o agente público, fazendo-se referência expressa ao REsp 1325862/PR.

Consta dos fundamentos da sentença que:

Certo é que o disposto no referido art. 37, § 6º, da Constituição Federal não constitui regra de imunidade ao agente público, no que concerne ao sistema de responsabilização Civil. Apenas confere ao lesado a prerrogativa de, a seu critério, ingressar contra o Estado, com a prerrogativa de se dispensar a verificação do efetivo desvio funcional. Porém, se a opção é pela responsabilização direta, está o lesado



resguardado pelo art. 186 do Código Civil, o qual revela princípio geral que impõe ao causador de dano o dever de indenizar.

Reconhecidos presentes os pressupostos processuais e vencidas as preliminares, decidindo o mérito dos pedidos deduzidos na petição inicial, a sentença acabou por decretar a improcedência dos mesmos, condenando o autor no pagamento das custas, despesas processuais e verba honorária, fixada em 10% sobre o valor atribuído à causa. Inconformado, o autor apresentou Apelação, que restou improvida, com a manutenção da sentença em seus inteiros termos pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Passo seguinte, foi interposto Recurso Especial pelo autor (REsp 1.842.613 – SP). O Superior Tribunal de Justiça decidiu, por maioria, pelo provimento parcial do recurso, para condenar o ex-agente público ao pagamento de indenização no importe de R\$ 75.000,00 (setenta e cinco mil reais).

No que concerne à alegação de ilegitimidade passiva, o *í*. Relator destacou que foi a preliminar alegada em contestação e em contrarrazões ao recurso de Apelação, sem que o TJ-SP tenha se debruçado sobre a preliminar, eis que não há nenhuma consideração sobre o tema no acórdão daquele Tribunal. Em contrarrazões ao recurso especial, não foi feita nenhuma alegação sobre a ilegitimidade passiva ou eventual omissão do julgado paulista acerca do tema.

Ante tal estado de coisas, de acordo com o voto condutor do acórdão, a questão referente à ilegitimidade passiva foi alcançada pela preclusão, impedindo o debate em razão da falta de prequestionamento. Registrou-se, contudo, que a matéria acerca da legitimidade, como requisito da ação, é matéria de ordem pública e poderá ser conhecida de ofício, mas desde que a questão tenha anteriormente sido decidida, na linha do entendimento fixado no AgInt no AREsp n. 697.155/RJ, Relator o Ministro Antonio Carlos Ferreira, DJe 12/12/2018.

Debalde tais considerações, consta ainda o registro de que em contrarrazões ao recurso especial apresentadas pela Associação Nacional dos Procuradores da República – ANPR, que figura no processo como assistente simples, foi impugnada à legitimidade passiva do réu, contudo, tal ampliação horizontal promovida apenas pelo assistente simples não merece prosperar, ainda de acordo com o Relator, em razão de que o assistente simples não propõe nenhuma demanda ao intervir no processo, sendo-lhe possível apenas sustentar as razões já apresentadas pela parte assistida. A atuação do assistente simples é complementar e não teria relevância para limitação do objeto do

processo. Deste modo, firmou-se entendimento quanto à preclusão da ilegitimidade passiva do Réu, em razão de questões de ordem processual.

Não obstante, consta do acórdão do STJ que, se fosse o caso de apreciá-la, não mereceria acolhida. Anotou-se que, em razão da relevância da matéria, se não preclusa a questão, o entendimento do Tribunal é no sentido de que o lesado pode ajuizar a ação em face do agente público, causador do dano, e não apenas contra o Estado. Ao ensejo, fez-se referência aos acórdãos do órgão julgador, que permitem inferir que a jurisprudência está assentada neste sentido.

Inferiu-se que “Também a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, por considerável período de tempo, foi linear em admitir o ajuizamento de demanda indenizatória diretamente em face do servidor público.”, mas a jurisprudência relativamente recente do STF apresentou aparentes novos contornos ao entendimento da matéria (Tema n. 940).

Ocorre que, após conferência da ementa do acórdão paradigmático do STF, o eminente Relator gizou que as orientações apresentadas nos votos do julgamento indicam que:

Nessa ordem de raciocínio, é certo que, nas hipóteses em que a conduta da qual deriva o dano consistir no exercício das funções públicas regulares, do agir funcional, o particular que se considera prejudicado por conduta do agente público não possui mais a opção de escolha de quem irá ocupar o polo passivo da demanda ressarcitória: se o próprio agente ou se a entidade estatal a que o agente seja vinculado, ou mesmo, se ambos naquela posição estarão. Na linha de orientação da Suprema Corte, nessa individualizada situação, a demanda, necessariamente, será ajuizada em face do Estado, que, em ação regressiva, poderá acionar o agente público.

Por outro lado, também é seguro afirmar, tomando como base a orientação apresentada nos votos proferidos no paradigmático julgamento, que, nas situações em que o dano causado a terceiro é provocado por conduta irregular do agente público, compreendendo-se “irregular” como conduta estranha ao rol das atribuições funcionais, a ação com desígnio indenizatório, cujo objeto seja a prática do abuso de direito, que culminou em dano, pode ser ajuizada em face do agente.

Isso porque, não pertencendo o atuar abusivo ao rol dos atos funcionais, não se reconhece no ordenamento jurídico fundamento capaz de legitimar a inclusão de ente estatal na demanda.

Nesse passo, interessa destacar o caso concreto analisado pelo STF, no recurso extraordinário referido, que bem ilustra as assertivas acima fixadas, principalmente a natureza do ato que potencialmente teria causado dano ao autor da ação de indenização, diferenciando-o, claramente, daquele que agora é apresentado a julgamento (SALOMÃO, Resp nº 1.842.613, p. 19).

A Min. Maria Isabel Gallotti abriu a divergência e restou vencida quanto à preliminar referente à ilegitimidade passiva. No voto apresentado, aduz que, uma vez superada a fase de conhecimento do recurso especial, as matérias de ordem pública devem ser apreciadas, não existindo preclusão, eis que, como o réu restou vitorioso no primeiro grau, se ele tivesse interposto apelação para pedir a manifestação do Tribunal sobre um fundamento de direito processual, a carência de ação, o destino do seu recurso de apelação seria o não conhecimento, porque ele fora plenamente atendido em primeiro grau.

Ainda quanto à preliminar, o entendimento que a referida Ministra agasalha em relação ao entendimento firmado em Repercussão Geral pelo Supremo Tribunal Federal não é o adotado pelo Ministro Relator. De acordo com ela, é irrelevante a atuação irregular ou regular do agente público, de forma que a ação judicial, num ou noutro caso, deve ser ajuizada exclusiva e diretamente contra o Estado, impondo-se, na linha do seu voto, a extinção do processo sem exame do mérito.

## **5 CONCLUSÃO**

Com esteio no que fora aduzido, é certo que o Supremo Tribunal Federal entende, interpretando o art. 37, § 6º, da Constituição Federal, que a ação por danos causados por agente público deve ser ajuizada contra o Estado ou a pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviço público, sendo parte ilegítima para a ação o autor do ato, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa, desde 2019, quando fixou o entendimento em Recurso Extraordinário com repercussão geral.

Inobstante o efeito vinculante, ainda que o Superior Tribunal de Justiça, no processo judicial sob exame, não tenha apreciado a questão relativa à ilegitimidade passiva, em razão de sagrar-se vencedor o voto do relator, que concluiu pela preclusão da matéria,

é certo que não há registro de que este Tribunal tenha revisitado sua jurisprudência, que não se encontra mais em sintonia com o entendimento vinculante do Supremo Tribunal Federal.

Para além disso, em razão dos fundamentos constantes dos votos, é certo que a questão não tende a se resolver em breve, posto que já se tem registro de que o entendimento firmado em derredor da tese do STF pode ser objeto de divergência.

De um lado, o entendimento de que o tema 940 somente há de ser aplicado quando o agente público não pratica com um ato com vocação para configurar um ilícito civil, eis que, nessa situação, sua condição de agente de Estado perde qualquer importância, ainda que este tenha se utilizado da condição de servidor público para a prática do ato. Por outra via, a ilegitimidade passiva do agente do Estado somente deve ser reconhecida quando o ato danoso coincide com a atribuição funcional do agente, mas não quando este, por sua vontade, ultrapassa o limite de suas funções, como nos casos em que atua em campo nitidamente privado. Tal foi o entendimento abraçado pelo Relator, mas apenas em sede de *obiter dictum*, em razão de entender preclusa a discussão.

Desta feita, a jurisprudência pátria foi vacilante por meio tempo. Atualmente, tinha-se certeza de sua pacificação a partir da decisão do Supremo Tribunal Federal, mas, ante a inexistência de enfrentamento do tema pelo Superior Tribunal de Justiça, seja no processo em que condenado civilmente o ex-Procurador da República Deltan Martinazzo Dallagnol, seja em outro, não se pode ter como estabilizada a jurisprudência, até mesmo em razão de já se ter por ventilada a possibilidade de interpretação da tese vinculante sob a ótica dos votos dos Ministros do Supremo Tribunal Federal.

Não há como falar, nesse compasso, que a jurisprudência é segura no sentido da ilegitimidade do agente público em relação a atos praticados no exercício da função, supondo-se que a interpretação firmada pelos juízes pode ser construída em termos similares aos em que se ancorou o Min. Relator do REsp 1842613.

Do contexto ora delineado, impõe-se a observação em como a força vinculante do precedente do Supremo Tribunal Federal será interpretada pelos juízes do país, como o Superior Tribunal de Justiça o interpretará e, por fim, se eventualmente sobrevirá nova manifestação, em interpretação autêntica, pelo pretório excelso.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. **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: 05 jul. 2022.

\_\_\_\_\_. **Constituição Federal de 1988.** Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 05 jul. 2022.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **Agint no Aresp nº 1.062.833.** Relator: Ministra Maria Isabel Gallotti. Brasília, DF, 05 de junho de 2018. Dje. Disponível em: [https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num\\_registro=201700428472](https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=201700428472). Acesso em: 08 ago. 2022.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 1.027.633.** Relator: Ministro Marco Aurélio de Mello. Brasília, DF, 14 de agosto de 2022. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur416502/false>. Acesso em: 08 ago. 2022.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.842.613/SP.** Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201902356367&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>. Acesso em: 06 ago. 2022.

BURGER, M. R. A legitimidade passiva no regime de responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas. **Jus Scriptum's International Journal of Law**, [S. l.], v. 5, n. 1, p. 86–103, 2018. DOI: 10.29327/238407.5.1-6. Disponível em: <https://jusscritum.pt/index.php/revista/article/view/49>. Acesso em: 12 ago. 2022.

DINIZ, Augusto. **Dallagnol diz que já recebeu mais de R\$ 130 mil em vaquinha para pagar indenização a Lula.** O HOJE.com. 23 jun. 2022. Disponível em: <https://ohoje.com/noticia/politica/n/1391755/t/dallagnol-diz-que-ja-recebeu-mais-de-r-130-mil-em-vaquinha-para-pagar-indenizacao-a-lula/>. Acesso em: 07 ago. 2022.

FERREIRA, Emanuel de Melo. A integridade do direito e o dever de o Ministério Público processar diretamente o agente público: o caso dos danos morais coletivos praticados pelo Ministro da Educação. **Revista Jurídica da UFERSA**. Mossoró, v. 3, n. 5, jan-jun 2019, p. 145-160. Disponível em: <file:///C:/Users/user/Downloads/mlauar,+10+--+Emanuel+-+MP.pdf>. Acesso em: 05 ago. 2022.

PASQUALOTTO, Camila. **Ilegitimidade passiva de agente público.** Baratieri Advogados. 11 set. 2019. Disponível em: <https://www.baratieriadvogados.com.br/post/ilegitimidade-passiva->

[de-agente-p%C3%BAblico](#). Acesso em: 08 ago. 2022.

PODER 360. **Dallagnol lança vaquinha para campanha a deputado.** Poder360. 07 jun. 2022. Disponível em: <https://www.poder360.com.br/eleicoes/dallagnol-lanca-vaquinha-para-campanha-a-deputado/>. Acesso em: 07 ago. 2022.

SOMBRA, Juliana Lemos de Oliveira. **A legitimidade do agente público no polo passivo da ação judicial de responsabilidade civil do estado.** Monografia (graduação) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Curso de Direito, Fortaleza, 2014. Disponível em: [https://repositorio.ufc.br/bitstream/riufc/27720/1/2014\\_tcc\\_jlosombra.pdf](https://repositorio.ufc.br/bitstream/riufc/27720/1/2014_tcc_jlosombra.pdf). Acesso em: 12 ago. 2022.

MEIRELLES, Hely Lopes; BALESTERO, Délcio Aleixo; BURLE FILHO, José Emmanuel. **Direito Administrativo Brasileiro.** 39. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

## ESPÉCIES DE TESTAMENTOS ORDINÁRIOS NO DIREITO PÁTRIO

**JOÃO PEREIRA DA SILVA JÚNIOR:**

Graduado em Licenciatura Plena em Matemática pela Universidade Federal do Tocantins (UFT); Especialista em Gestão Pública pela Faculdade Educacional da Lapa FAEL; Graduando em Direito pela Universidade Federal do Tocantins (UFT).

**RESUMO:** O testamento consiste na manifestação de última vontade da pessoa, em que o indivíduo dispõe, por meio de documento público ou particular, na presença de testemunhas, em língua portuguesa ou estrangeira, para depois da sua morte, de forma parcial ou total sobre o seu patrimônio. O presente trabalho tem como escopo dispor sobre as espécies de testamentos ordinários elencados pelo Código Civil de 2002, apresentando as características de cada modalidade de testamento ordinário. Nesse sentido, a presente pesquisa se propõe a explorar os testamentos público, cerrado e particular por meio das respectivas disposições legais, posicionamentos doutrinários, jurisprudenciais, bem como fatos históricos e sociais.

**Palavras Chave:** Testamento Ordinário. Modalidades. Código Civil de 2002.

**ABSTRACT:** The will consists of the manifestation of the person's last will, in which the individual disposes, through a public or private document, in the presence of witnesses, in Portuguese or foreign, for after his death, in a partial or total way about his patrimony. The present work has as scope to dispose about the types of ordinary wills listed by the Civil Code of 2002, presenting the characteristics of each type of ordinary will. In this sense, the present research proposes to explore the public, cerrado and private wills through their respective legal provisions, doctrinal and jurisprudential positions, as well as historical and social facts.

**Keywords:** Ordinary Will. Modalities. Civil Code of 2002.

### 1. INTRODUÇÃO

O testamento consiste em disposição unilateral de última vontade, possuindo caráter personalíssimo e de natureza solene, sendo dotado de revogabilidade. Ou seja, o testamento não pode ser realizado por meio do instituto jurídico da representação.

Nesse sentido, a sucessão por meio de testamento decorre unicamente da manifestação de vontade, livre e consciente, do testador, sendo limitada, em regra, apenas pela legítima dos herdeiros necessários, conforme prevê o artigo 1.857, §1º, do Código Civil de 2002 (CC/02).

Assim, o presente artigo investiga, sob a ótica do Código Civil, as espécies de testamentos ordinários ou comuns previstas na referida norma civilista, cujo procedimento está disposto a partir do artigo 1.862 até o artigo 1.880 do citado diploma legal.

Ademais, dentro deste contexto, este trabalho procura fazer uma contribuição na área de Direito Civil, discriminando as características gerais das modalidades de testamentos ordinários ou comuns, a saber, público; cerrado; e particular.

No mais, em relação à presente investigação, esta utilizou o método dedutivo, por meio de pesquisa bibliográfica, utilizando-se de jurisprudências e referenciais teóricos, tomando por base as posições doutrinárias mais atuais.

## **2. DO TESTAMENTO**

Testamento é um documento que o indivíduo realiza quando pretende deixar, após a sua morte, os seus bens para pessoas determinadas, sendo, em apartada síntese, uma forma de planejamento sucessório, prevendo a maneira como o patrimônio do testador será dividido entre os seus herdeiros.

Segundo leciona Maria Helena Diniz (2007), o testamento é ato personalíssimo e revogável pelo qual alguém, de conformidade com a lei, não só dispõe, para depois de sua morte, no todo ou em parte, do seu patrimônio, mas também faz estipulações.

Na mesma linha é também o posicionamento jurisprudencial:

**EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO ORDINÁRIA ANULATÓRIA DE TESTAMENTO PÚBLICO E OUTROS ATOS JURÍDICOS - AUSÊNCIA DE ASSINATURA EM TODAS AS LAUDAS - DESNECESSIDADE - TESTAMENTO EM UMA FOLHA - LAVRATURA POR TABELIÃ SUBSTITUTA - POSSIBILIDADE - ART. 1.864, INC. I, DO CÓDIGO CIVIL - ASSINATURA DO ATO PELOS DEMAIS DESCENDENTES - DESNECESSIDADE - FALTA DE CAPACIDADE DA TESTADORA - NÃO COMPROVAÇÃO - VALIDADE DO TESTAMENTO PÚBLICO - SENTENÇA MANTIDA. **O testamento é ato de última vontade, configurando um ato jurídico solene (de extremo rigor formal),****



**personalíssimo, que pode ser mudado a qualquer tempo, a teor do art. 1.858 do Código Civil.** (TJ-MG - AC: XXXXX00041591001 Patrocínio, Relator: Fábio Torres de Sousa (JD Convocado), Data de Julgamento: 28/01/2021, Câmaras Cíveis / 8ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 08/02/2021). Grifo Nosso.

Nesse sentido, tendo por base a doutrina de Sílvio de Salvo Venosa (2013), enumera-se as seguintes características gerais do testamento:

- a) Negócio jurídico unilateral, posto que só depende da vontade do testador para a sua configuração jurídica;
- b) Documento solene, uma vez que se faz necessário a observância das formalidades legais;
- c) Ato personalíssimo, pois somente pode ser praticado pela pessoa do testador, não sendo admitido testamento mediante procuração ou outro meio equivalente;
- d) Ato *causa mortis*, pois somente terá eficácia após o falecimento do testador;
- e) Negócio jurídico gratuito, já que não tem por finalidade trazer vantagens para o testador;
- f) Ato jurídico revogável, porque o testador pode, a qualquer tempo, revogar total ou parcialmente a disposição realizada anteriormente, salvo se importar em reconhecimento de estado de filiação.

É necessário ressaltar que as formalidades legais previstas, especialmente para as formas de testamento público ou particular, caso ausentes não ensejam por si só a nulidade do testamento, devendo ser preservada e considerada a vontade do testador. Nesse sentido, é a Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ):

PROCESSUAL CIVIL. DIREITO CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. NULIDADE DE TESTAMENTO. PRETERIÇÃO DE FORMALIDADE LEGAL. VÍCIOS FORMAIS INCAPAZES DE COMPROMETER A HIGIDEZ DO ATO OU POR EM DÚVIDA A VONTADE DO TESTADOR. SÚMULA N. 7/STJ. A análise da regularidade da disposição de última vontade (testamento particular ou público) deve considerar a máxima preservação do intuito do

testador, sendo certo que a constatação de vício formal, por si só, não deve ensejar a invalidação do ato, máxime se demonstrada a capacidade mental do testador, por ocasião do ato, para livremente dispor de seus bens. Precedentes do STJ. Agravo regimental desprovido." (AgRg no REsp n. 1.073.860/PR, relator Ministro Antônio Carlos Ferreira, Quarta Turma, DJe de 1º/4/2013.).

O legislador infraconstitucional previu no Código Civil (Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002) as modalidades de testamento ordinário ou comum, bem como as formas especiais de testamento, conforme se extrai dos seguintes artigos do CC/02:

Art. 1.862. São testamentos ordinários:

- I - o público;
- II - o cerrado;
- III - o particular.

[...]

Art. 1.886. São testamentos especiais:

- I - o marítimo;
- II - o aeronáutico;
- III - o militar.

Ademais, cumpre destacar que o ordenamento jurídico nacional não admite outros testamentos especiais além dos contemplados no Código Civil, conforme prevê o artigo 1.887 do próprio CC/02.

No mais, frisa-se que o objeto desta pesquisa se restringe à análise das espécies de testamentos ordinários ou comuns, a saber: testamento público, cerrado e particular.

Por último, caso não seja possível o testador assinar o seu testamento, o legislador civilista previu a possibilidade de assinatura a rogo. No entanto, nos termos do artigo 1.801 do Código Civil de 2002, são proibidos de realizar assinatura testamentária a rogo do testador: o herdeiro instituído, ou legatário, o seu cônjuge ou companheiro, ou os seus ascendentes e irmãos.

### 3. DO TESTAMENTO ORDINÁRIO OU COMUM

O artigo 1.862 do Código Civil de 2002 estabeleceu três espécies de testamentos ordinários ou comuns, a saber: o público, o cerrado e o particular.

#### 3.1 Do Testamento Público

O testamento público é aquele redigido por tabelião ou substituto legal, em seu livro de notas, conforme as declarações do testador, as quais são prestadas perante duas testemunhas, que devem acompanhar todo o ato e, ao final, assiná-lo. Frisa-se que o testamento público apresenta-se como o mais seguro, em face de suas formalidades legais essenciais.

Nesse mesmo sentido, é o entendimento de Carlos Roberto Gonçalves:

O testamento público é a espécie de testamento mais segura que as demais formas, por mais que ele permite que qualquer pessoa tenha conhecimento do seu teor. (Direito Civil Brasileiro, direito das sucessões. 4ªed. rev. São Paulo: Saraiva, 2010.)

Nesse contexto, o artigo 1.864 do Código Civil de 2002 prevê os requisitos necessários para a celebração de testamento público:

São requisitos essenciais do testamento público:

I - ser escrito por tabelião ou por seu substituto legal em seu livro de notas, de acordo com as declarações do testador, podendo este servir-se de minuta, notas ou apontamentos;

II - lavrado o instrumento, ser lido em voz alta pelo tabelião ao testador e a duas testemunhas, a um só tempo; ou pelo testador, se o quiser, na presença destas e do oficial;

III - ser o instrumento, em seguida à leitura, assinado pelo testador, pelas testemunhas e pelo tabelião.

Ademais, o CC/02 prevê que o testamento público pode ser escrito manualmente ou mecanicamente, bem como ser feito pela inserção da declaração de vontade em partes impressas de livro de notas, desde que rubricadas todas as páginas pelo testador, se mais de uma, consoante o parágrafo único do artigo 1.864.

Salienta-se que se o testador não souber, ou não puder assinar, o tabelião ou seu substituto legal assim o declarará, assinando, neste caso, pelo testador, e, a seu rogo, uma das testemunhas instrumentárias.

Cumprido destacar que o indivíduo inteiramente surdo, que saiba ler, poderá celebrar testamento público, desde que leia o seu testamento, ou, se não o souber, designe quem o leia em seu lugar, estando presentes as testemunhas, nos termos do artigo 1.866 do Código Civil de 2002.

Já no caso do testador que seja cego, o Código Civil só permite que aquele realize testamento na forma pública, sendo obrigatório que o testamento lhe seja lido, em voz alta, duas vezes, uma pelo tabelião ou por seu substituto legal, e a outra por uma das testemunhas, designada pelo testador, fazendo-se de tudo circunstanciada menção no testamento, conforme se extrai do artigo 1.867.

Ainda, o Código Civil prevê que o testamento público também se aplica para os testadores que sejam analfabetos, já que não lhes é permitido fazer o testamento na forma cerrada ou particular, consoante as seguintes disposições legais:

Art. 1.872. Não pode dispor de seus bens em testamento cerrado quem não saiba ou não possa ler.

[...]

Art. 1.876. O testamento particular pode ser escrito de próprio punho ou mediante processo mecânico.

§ 1º Se escrito de próprio punho, são requisitos essenciais à sua validade seja lido e assinado por quem o escreveu, na presença de pelo menos três testemunhas, que o devem subscrever.

### **3.2 Do Testamento Cerrado**

O testamento cerrado é, nas palavras de Carlos Roberto Gonçalves, secreto ou místico, tido também como nuncupativo implícito, elaborado pelo próprio testador, em regra.

Nesse sentido, o artigo 1.868 do Código Civil de 2002 dispõe que o testamento cerrado deve ser escrito pelo testador, ou por outra pessoa, a seu rogo, e, neste caso, devendo ser assinado por aquele.

O testamento cerrado para ser válido deve ser aprovado pelo tabelião ou por seu substituto legal, devendo, ainda, observar as seguintes formalidades essenciais, nos termos do artigo 1.868 do Código Civil de 2002:

I - que o testador o entregue ao tabelião em presença de duas testemunhas;

II - que o testador declare que aquele é o seu testamento e quer que seja aprovado;

III - que o tabelião lavre, desde logo, o auto de aprovação, na presença de duas testemunhas, e o leia, em seguida, ao testador e testemunhas;

IV - que o auto de aprovação seja assinado pelo tabelião, pelas testemunhas e pelo testador.

Ademais, ressalta-se que o testamento cerrado pode ser escrito mecanicamente, desde que seu subscritor numere e autentique, com a sua assinatura, todas as páginas.

Cumprido destacar que o testamento cerrado pode ser escrito em língua nacional ou estrangeira, pelo próprio testador, ou por outrem, a seu rogo, nos termos do artigo 1.871 do Código Civil de 2002.

Diante das especificidades essenciais, quem não saiba ou não possa ler, não poderá realizar a disposição de seus bens por meio de testamento cerrado. No entanto, o indivíduo surdo-mudo pode realizar testamento cerrado, desde que o escreva por inteiro, o assine de próprio punho e, posteriormente, o entregue para o oficial de registro público, na presença de duas testemunhas, devendo escrever, na face externa do papel ou do envoltório, que aquele é o seu testamento, cuja aprovação lhe pede, conforme se extrai do artigo 1.873 do Código Civil de 2002.

No mais, segundo o artigo 1.874 do Código Civil de 2002, o testamento místico depois de aprovado e cerrado, será entregue ao testador, devendo o tabelião lançá-lo, no seu livro, nota do lugar, dia, mês e ano em que o testamento foi aprovado e entregue.

Por fim, falecido o testador, o testamento será apresentado ao juiz, que o abrirá e o fará registrar, ordenando que seja cumprido, caso não se verifique nenhum vício externo que o torne eivado de nulidade ou suspeito de falsidade, consoante determina o artigo 1.875 do Código Civil de 2002.

### **3.3 Do Testamento Particular**

O Testamento particular, também denominado de testamento hológrafo, consiste na disposição de última vontade elaborada exclusivamente pelo testador, escrito de próprio punho ou por meio de processo mecânico, conforme prevê o artigo 1.876 do Código Civil de 2002. Ademais, o testamento particular pode ser escrito em língua estrangeira, contanto que as testemunhas a compreendam, nos termos do artigo 1.880 do Código Civil de 2002.

Frisa-se que se o testamento particular for escrito de próprio punho, deverá cumprir os seguintes requisitos essenciais para que tenha validade, a saber: ser lido e assinado por quem o escreveu, na presença de pelo menos três testemunhas, que o devem subscrever.

Já se elaborado por processo mecânico, não pode conter rasuras ou espaços em branco, devendo ser assinado pelo testador, depois de o ter lido na presença de pelo menos três testemunhas, que o subscreverão.

Assim, realizado o testamento particular, se o testado falecer, deverá ser publicado em juízo o referido testamento, com citação dos herdeiros legítimos, segundo prevê o artigo 1.877 do Código Civil de 2002.

Com relação às testemunhas no testamento particular, o Código Civil prevê:

Art. 1.878. Se as testemunhas forem contestes sobre o fato da disposição, ou, ao menos, sobre a sua leitura perante elas, e se reconhecerem as próprias assinaturas, assim como a do testador, o testamento será confirmado.

Parágrafo único. Se faltarem testemunhas, por morte ou ausência, e se pelo menos uma delas o reconhecer, o

testamento poderá ser confirmado, se, a critério do juiz, houver prova suficiente de sua veracidade.

Entretanto, em circunstâncias excepcionais declaradas na cédula, o testamento particular de próprio punho e assinado pelo testador, sem testemunhas, poderá ser confirmado, a critério do juiz, segundo estabelece o artigo 1.879 do Código Civil de 2002.

#### **4. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Ante o exposto, o ordenamento jurídico nacional ao tratar das disposições de última vontade do testador previu diversas formas de testamento ordinário ou comum, a fim de possibilitar ao indivíduo modalidades que atendam as suas pretensões, conferindo proteção legal ao seu planejamento sucessório.

Nesse sentido, o legislador, ao editar o Código Civil de 2002, estabeleceu de maneira simplificada, formas para que o testador elabore a cédula testamentária sem amarras jurídicas, dando-lhe a opção de realizar testamento público, cerrado ou particular, conforme os seus interesses sucessórios, devendo, para tanto, ser observados os aspectos essenciais elencados no Código Civil de 2002.

Ainda, extrai-se da presente investigação, que, entre as modalidades de testamento ordinário ou comum, a forma pública, isto é, o testamento público, apresenta maior segurança jurídica, diante das suas exigências legais, uma vez que reclama ser elaborado pelo tabelião, que, por consequência, o dotará de fé pública, registrando-o na serventia registral própria, ou seja, Registro Central de Testamentos (RCTO).

Já o testamento particular, apesar de ser elaborado de forma mais simples, requer, para a produção dos seus efeitos, que, após o óbito do testador, as testemunhas confirmem perante o Poder Judiciário a veracidade da disposição de última vontade realizada pelo testador.

Dessa forma, verifica-se que o ordenamento judicial nacional tem por escopo facilitar o acesso de todos ao planejamento sucessório, principalmente por meio das formas de testamento ordinário ou comum previstas expressamente no Código Civil de 2002.

#### **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

BRASIL, LEI N o 10.406, DE 10 DE JANEIRO DE 2002. **Institui o Código Civil**. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406\\_compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406_compilada.htm)> Acesso em 05.08.2022.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: direito das sucessões**. vol. 6. 22. Ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro, direito das sucessões**. 4ed. rev. São Paulo : Saraiva, 2010.

\_\_\_\_\_. **Coleção sinopses jurídicas: direito das sucessões**. vol. 4. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

\_\_\_\_\_. **Direito das Sucessões**, 11. ed. Saraiva, 2017.

OLIVEIRA, Carlos E. Elias de. **Princípio da vontade soberana do testador e o censurável "testamento magistral"**. Revista Conjur, São Paulo: 2020.

PANGRACIO, Thaís Cardoso. **Testamento cerrado: características e aplicabilidade na atualidade**. Revista Direitonet. Direito de família: 2019.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: direito das sucessões**. volume 7. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2014.



## A APURAÇÃO DE HAVERES DO SÓCIO RETIRANTE DE SOCIEDADE LIMITADA NO DIREITO BRASILEIRO

**DANIEL FIGUEIRA BORGES:** LL.M ("Master of Laws") em Societário e Mercado de Capitais pela FGV-RIO. Especializado em Finanças (COPPEAD-UFRJ). Ex-membro de Conselho Fiscal (EMOP-RJ) e de Conselho de Administração (Doutor Já S/A).

### 1. Introdução:

No Brasil, um dos maiores problemas atinentes às disputas empresariais, reside na metodologia a se empregar sobre o reembolso do sócio retirante de uma sociedade limitada<sup>119</sup>.

Antes de se adentrar ao mérito desta discussão, importante destacar o porquê de um indivíduo tornar-se sócio de outrem: combinar esforços e/ou recursos para um fim comum, em uma atuação colaborativa<sup>120</sup>, a fim de lhes gerar retornos satisfatórios ("prêmio de risco<sup>121</sup>"), que ultrapassem o retorno "livre de risco<sup>122</sup>" e o respectivo "custo de oportunidade<sup>123</sup>". A tais conceitos econômicos, a doutrina jurídica denomina *affectio societatis*.

Em geral, leciona-se que a *affectio societatis* das pessoas (físicas ou jurídicas) deriva das seguintes premissas, conjuntas ou não: **( i )** racionalizar o risco da operação; **( ii )** unir expertises e/ou sinergias; **( iii )** trazer uma alternativa ao financiamento externo (ao

---

119 Ressalta-se que, conquanto não seja objeto do presente trabalho, as regras civilistas sobre o direito de retirada também são aplicadas nas sociedades anônimas, salvo disposição contratual em sentido oposto (art. 1.089, do Código Civil).

120 No mesmo sentido, CAMPINHO, Sérgio, *in*: Curso de Direito Comercial – Sociedade Anônima. 2ª Edição, 2018. São Paulo, Ed. Saraiva. p. 48;

121 A doutrina econômica ensina que o prêmio de risco é a recompensa por correr mais risco, *in casu*, empreender. Neste sentido: Ross, Stephen; Westerfield, Randolph, Jordan, Bradford; e Lamb, Roberto. *Ir*: Fundamentos da Administração Financeira. 9ª Edição, 2015. Ed. AMGH, Porto Alegre. p. 12-13.

122 A taxa "livre de risco" é considerada o ativo que representa o risco zero, sendo comumente utilizado o certificado de depósito interbancário ("CDI").

123 O que poderia ter sido feito com o dinheiro, em detrimento da decisão tomada.

“empréstimo”); ( **iv** ) ampliar a possibilidade de escalabilidade da operação; ( **v** ) enxergar *greenfields* e afins.

Assim, há uma tendência de que as relações venham a se prostrar ao longo do tempo; contudo tal está a léguas de tornar-se regra, pois um sócio pode tornar-se desejoso de encerrar a sua participação societária por desinteresse, seja de foro interno ou por externalidades; por outro lado, pode ver-se compelido, por via oblíqua, a sair da sociedade, seja por gestão temerária, abuso do poder de controle; em suma, qualquer conflito de agência<sup>124</sup>.

Ou seja, há duas formas de ruptura societária: optar por sair, ou ser conduzido à saída.

Ocorre que ao optar por retirar-se da sociedade, ao que parece legislação, doutrina e jurisprudência nem sempre dialogam entre si, motivo pelo qual o presente artigo ambiciona aclarar a problemática para, ao derradeiro, estabelecer o melhor viés aplicável ao direito pátrio.

## **2. O Prisma Legislativo. Aspectos da Apuração de Haveres de Sociedade Limitada no Código Civil, na Lei de Ritos e no PLS nº 487/2013 (Anteprojeto do Novo Código Comercial).**

### **2.1. O Código Civil.**

Num primeiro flanco, acerca da apuração de haveres do sócio retirante, o Código Civil traz à tona três situações: o direito de retirada (art. 1.029); a exclusão do sócio (art. 1.030, nas sociedades simples; art. 1.085, nas sociedades limitadas); e o falecimento de sócio (art. 1.028).

Invariavelmente, a regra positiva estabelece que a liquidação das quotas do retirante será realizada pela situação patrimonial “atual” da sociedade, isto é, à data da saída, que será verificada por balanço especialmente levantado para tal (art. 1.031<sup>125</sup>).

---

124 A teoria econômica leciona que o conflito de agência é aquele derivado das relações entre a administração e os acionistas e/ou entre acionista majoritário e minoritários; este último o mais comum no Brasil. Vide: Ross, Stephen; Westerfield, Randolph, Jordan, Bradford; e Lamb, Roberto. *In: Fundamentos da Administração Financeira*. 9ª Edição, 2015. Ed. AMGH, Porto Alegre. p. 12-13.

125 Brasil, Lei nº 10.406/2002 (Código Civil Brasileiro). art. 1.031. Nos casos em que a sociedade se resolver em relação a um sócio, o valor da sua quota, considerada pelo montante efetivamente realizado, liquidar-se-á, salvo disposição contratual em contrário, com base na situação patrimonial da sociedade, à data da resolução, verificada em balanço especialmente levantado.

§1º. O capital social sofrerá a correspondente redução, salvo se os demais sócios suprirem o valor da quota.

Neste sentido, ante ao princípio da continuidade/preservação da empresa, sabe-se que os ativos, notadamente os "imobilizados", deverão ser mantidos na empresa (e não alienados). Em contrapartida, a valorização, *ad exemplum*, do conjunto dos bens imóveis, deverá ser contabilizada, sob pena de enriquecimento sem causa por parte da sociedade.

Então, a metodologia eleita pelo legislador nada mais é, senão o valor atualizado dos bens que compõem o patrimônio social, depois de deduzidas as obrigações da sociedade. Trata-se, pois, do valor patrimonial líquido efetivo da sociedade empresária, calculado à data da notificação do exercício do direito de retirada do sócio.

Assim, a vontade do legislador parece-nos insculpida no raciocínio de que, quando da saída de um sócio, há necessidade de se reavaliar todos os ativos e passivos da sociedade empresária, trazendo-os a valor de mercado ("valor real"), a fim de se determinar o patrimônio líquido, e dali apurar os haveres do retirante.

## 2.2. O Código de Processo Civil. Tentativa de pacificação da apuração de haveres.

Paralelamente, o art. 606126, do Código de Processo Civil, determina que, na omissão do contrato social, a apuração de haveres decorre de balanço de determinação levantado para avaliar os ativos, tangíveis e intangíveis, e os passivos, ambos a preço de saída.

A doutrina indica que as normas Civilista e Procedimental não se conflitam, ao diverso, se comungam, já que definem o balanço de determinação como um método em que "alteram-se os critérios de avaliação e apropriação dos bens do ativo e passivo, de sorte a contabilizá-los a valor de saída ('valor de mercado')<sup>127</sup>".

Ademais, em se tratando do "preço de saída", disposto na parte final do dispositivo em voga, o Comitê de Pronunciamentos Contábeis nº 46 determina que este equivale ao "preço que seria recebido para vender um ativo ou pago para transferir um passivo<sup>128</sup>".

---

§2º. A quota liquidada será paga em dinheiro, no prazo de noventa dias, a partir da liquidação, salvo acordo, ou estipulação contratual em contrário.

126 Brasil, Lei nº 13.101/2015 (Código de Processo Civil). Art. 606. Em caso de omissão do contrato social, o juiz definirá, como critério de apuração de haveres, o valor patrimonial apurado em balanço de determinação, tomando-se por referência a data da resolução e avaliando-se bens e direitos do ativo, tangíveis e intangíveis, a preço de saída, além do passivo também a ser apurado de igual forma.

127 Coelho, Fabio Ulhoa. *In*: O valor patrimonial das quotas da sociedade limitada. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro nº 123.

128 Disponível em: <http://www.cpc.org.br/CPC/Documentos-Emitidos/Pronunciamentos/Pronunciamento?Id=78>. Acesso aos 12/07/2022.

Ou seja, o seu valor atual; logo, nada além do disposto pelo Código Civil.

Prossegue a doutrina caminhando no sentido de que os alcunhas “balanço especial” e “balanço de determinação” são sinônimos<sup>129-130-131</sup>; sustentando, ainda, com base na majoritária jurisprudência pátria, que a apuração de haveres do sócio retirante deve ser tratada como uma simulação de liquidação da sociedade<sup>132</sup>.

Esta construção, aliás encontra guarida no Projeto de Lei nº 1.572/2011<sup>133</sup>, ora arquivado e no Projeto de Lei do Senado nº 487/2013<sup>134</sup>, que visam instituir o Novo Código Comercial.

### **3. A problemática: ativos e passivos intangíveis e metodologia da apuração de haveres.**

---

129 HOOG, Wilson Alberto Zappa. In: Balanço Especial ou de Determinação para Apuração de Haveres e Reembolso de Ações - Nos termos do art. 606 do CPC/2015, do art. 45 da Lei 6.404/1976 e do art. 1.031 da Lei 10.406/2002, 7ª Edição, 2021. Ed. Juruá, Curitiba. Item 3.1. e BORBA, José Edwaldo Tavares. In: Direito Societário. 16ª Edição, 2017. Ed. Atlas, São Paulo. p. 159.

130 Há autores, ainda, que defendem o alcunha “balanço especial de determinação”. Neste sentido: CAMPINHO, Sérgio. In: Curso de Direito Comercial – Direito de Empresa. 15ª Edição, 2018. Ed. Saraiva, São Paulo. p. 193. Este conceito já foi reproduzido pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.877.331/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi. 3ª Turma. j. 13/04/2021.

131 No passado, Fábio Ulhoa Coelho sustentava que o valor patrimonial do balanço especial tratava do valor contábil, atualizado em data presente, e o valor patrimonial do balanço de determinação corresponderia ao valor “real”, de mercado. In: O valor patrimonial das quotas da sociedade limitada. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro nº 123. j. 13/10/2020.

132 RDM 49/88 e RJTJESP 130/373; STF, Recurso Extraordinário nº 89.464/SP, Rel. Min. Décio Miranda, j. 12/12/1978. DJ 02/05/1979.

133 Brasil, PL. nº 1.972/2011. Art. 216. Em caso de omissão do contrato social relativamente ao critério de avaliação das quotas, o reembolso corresponderá ao valor patrimonial destas, calculado a partir de balanço de determinação.

Parágrafo único. O valor patrimonial corresponde à divisão do patrimônio líquido da sociedade, apurado em balanço de determinação, pelas quotas, de modo a mensurar a participação neste patrimônio líquido proporcional à que o sócio desligado titulava no capital social.

(...)

Art. 219. Os bens e direitos do ativo da sociedade serão apropriados, no balanço de determinação, por seu valor de mercado.

134 Brasil, PLS. nº 487/2013. Art. 281. Omissis o contrato social relativamente ao critério de apurar os haveres do sócio retirante, falecido ou excluído, prevalece o valor patrimonial da respectiva quota, calculado a partir de balanço de determinação, elaborado com observâncias das normas da subseção seguinte.

Art. 283. Os bens e direitos do ativo da sociedade devem ser apropriados, no balanço de determinação, por seu valor de mercado.

Em que pese a aparente correlação entre o Código Civil e sua Lei Adjetiva, a parte final do artigo 606, do Código de Processo Civil, traz à baila grande parte da problemática, ao caracterizar que a avaliação dos bens do ativo e do passivo englobam não só os bens tangíveis, mas os intangíveis também; o que, diga-se, é reafirmado pelo PLS nº 487/2013<sup>135</sup>.

Neste íterim, a jurisprudência, ao se debruçar sobre o tema, parece convergir equivocadamente para os seguintes posicionamentos: ( a ) que a apuração de haveres seja feita simulando-se uma alienação negocial de participação social<sup>136</sup>; ( b ) que a apuração de haveres encampa o aviamento - por vezes chamado de *goodwill*, fundo de empresa ou, ainda, "fundo de comércio" -, como parte integrante do patrimônio intangível da sociedade<sup>137</sup>; ( c ) utilização do método do fluxo de caixa descontado, não só em detrimento ao balanço de determinação, mas também aduzindo erroneamente a possibilidade de utilizá-los em paralelo<sup>138</sup>.

Fundamentam esta última, no fato de que o fluxo de caixa descontado é a metodologia ideal para se encontrar o patrimônio intangível da sociedade empresária, o que, supostamente, desaguaria no seu preço de mercado e, por conseguinte, atingiria o conceito de valor patrimonial real da empresa<sup>139</sup>.

Outrossim, parte da doutrina igualmente inclui o aviamento na apuração de haveres do sócio retirante<sup>140</sup>.

Por conta disso, há três questões que ora busca-se resolver: ( a ) o preço de saída corresponde à avaliação econômica (como se alienação o fosse) ou patrimonial (simulação

---

135 Brasil, PLS nº 487/2013. Art. 284. Inserem-se entre os bens do ativo os intangíveis do estabelecimento empresarial pelo valor que alcançariam no mercado caso fossem alienados na data de referência da apuração de haveres".

136 TJSP, Ap. nº 0118956-98.2007.8.26.0011, 4ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Francisco Loureiro, j. 06/10/2011; TJSP, Ap. nº 0003743-74.2012.8.26.0106, 1ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Francisco Loureiro. TJSP, Apelação Cível nº 0038505-59.2007.8.26.0602, 10ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Araldo Telles, j. 30/07/2019.

137 STJ, REsp 453.476/GO DJu. 12/12/05; STJ, REsp 271.930/SP, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira. DJ. 25/03/2002; STJ REsp 52.094/SP, j. 13/06/2000; STJ, REsp nº 43.395/SP, j. 25/05/1999; STJ, REsp 77.122/PR, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar. DJu 08/04/1996. Apelação Cível nº 0038505-59.2007.8.26.0602, 10ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Araldo Telles, j. 30/07/2019.

138 STJ, REsp 1.339.619/SP. 3ª Turma. Rel. Min. Nancy Andrighi. DJe. 27/03/2015. TJSP, Ap. nº 0013677-62.2005.8.26.0248. 1ª Câmara de Direito Privado. Rel. Des. Francisco Loureiro.

139 REsp 1.339.619/SP, DJe. 27/03/2015; REsp 907.014/MS, j. 11/10/2011; REsp 968.317/RS, DJe 11/05/2009; REsp. 564.711/RS. j. 13/12/2005; REsp 35.702/SP, DJ. 13/12/1993; REsp 24.554/SP, DJ. 16/11/1992.

140 NETO, Alfredo de Assis Gonçalves. *Tr. Direito de empresa*, Ed. RT, 2012, p. 291/292.

de dissolução total da sociedade)?; ( b ) após a eleição do critério de avaliação (econômica ou patrimonial), deveria o aviamento fazer parte do ativo intangível a ser mensurado? ( c ) teria o ordenamento pátrio, de fato, permitido a utilização da metodologia do fluxo de caixa descontado à apuração de haveres do sócio dissidente?

#### **4. Críticas às Posições Adotadas. Utilização do Balanço de Determinação, salvo disposição contratual contrária.**

A premissa básica jurisprudencial para a apuração de haveres do sócio retirante, encontra guarida nos idos de 1978<sup>141</sup>, com o julgamento Recurso Extraordinário nº 89.464/SP, que pacificou dois axiomas: ( **i** ) o tratamento da dissolução parcial como se total o fosse, aproximando a retirada do sócio à liquidação da sociedade; e ( **ii** ) que a avaliação dos bens sociais, para o efeito da retirada das cotas, fosse realizada com base nos valores reais, e não apenas nos valores contábeis<sup>142</sup>.

Percebe-se assim, que as legislações supervenientes (o Código Civil e o Código de Processo Civil) não obstaculizam as determinações do Excelso Pretório, anteriores à edição destas, pelo que se deflui eu o comando jurisprudencial mantém-se válido.

Daí, a supracitada posição jurisprudencial-doutrinária, citada ao item "3", conflita com estas fontes do direito, o que será alvo de análise detalhada, a seguir.

##### **4.1. Das Incongruências.**

**4.1.1. Impossibilidade de se apurar os haveres com base na simulação de alienação das quotas sociais. Distinções entre valor patrimonial real e avaliação econômica.**

De início, há que se distinguir duas situações que não são sinônimas, mas que impactam a apuração de haveres: a alienação de quotas sociais e a dissolução total da sociedade.

Na alienação de quotas sociais, comprador e vendedor estimam, por diversas metodologias de avaliação de empresas, o potencial da sociedade de gerar lucros futuros, a fim de se chegar a um denominador comum sobre o valor satisfatório da transação.

Dito de outra forma, estimarão o potencial de lucros da atividade, e dali chegarão a um valor que satisfará o vendedor (o montante ultrapassará o patrimônio líquido contábil) e o comprador (que seja inferior ao potencial máximo de geração de lucro).

---

141 STF, RE. nº 89.464/SP. 2ª Turma. Rel. Min Décio Miranda. j. 12/12/1978.

142 vide voto da lavra do Ministro Moreira Alves.

Afinal, negociação nada mais é senão uma tratativa, donde há compartilhamento de alguns interesses em comum, mas também outros interesses opostos, em que todos cederão ao menos parte de sua vontade a fim de atingir a um censo comum<sup>143</sup>.

Invariavelmente, trata-se de uma avaliação econômica, pois encampa o potencial gerador de dividendos da sociedade empresária.

A estimativa da potencialidade da empresa é definida como “valor econômico”, definido pela doutrina como a *“avaliação de ativos empresariais (...) com o objetivo de mensurar o valor que seria racional alguém pagar para tornar-se titular (...) feita por modelos de múltiplos ou de fluxo de caixa descontado*<sup>144</sup>”.

Em essência, não é o que determina a Lei, tampouco o comando do Excelso Pretório.

A um porque o comando jurisprudencial deste trata da dissolução parcial, “como se total o fosse”; que, por óbvio, não abarca o potencial lucrativo da sociedade empresária no valor da quota, já que inexistirá a perpetuidade da atividade.

A dois porque valor de mercado e valor econômico não se equiparam, sendo o primeiro entendido pela doutrina especializada como uma derivação do valor patrimonial real, em que os bens do ativo e do passivo são contabilizados a valor de saída<sup>145</sup>, ao passo que o segundo, como dito, é derivado da avaliação do potencial de lucratividade da atividade empresária.

4.1.2. Impossibilidade de se apurar os haveres com base na simulação de alienação das quotas sociais. Enriquecimento sem causa e subjetivismo.

Adicionalmente, sequer há lógica na apuração de haveres de sócio retirante mediante simulação de alienação das quotas sociais.

Afinal, se por um lado a formação de sociedade ambiciona a partilha de lucros, por outro, ao desobrigar-se da atividade empreendedora, por óbvio abdica-se do seu potencial lucrativo (aviamento); do que se deflui, por conseguinte, que não há que se considerar a avaliação econômica das quotas sociais do sócio retirante (e desistente).

---

143 RÍOS, Aníbal Sierralta. *In: Negociação e Teoria dos Jogos*. 1ª Edição, 2018. Ed. RT, São Paulo. p. 42-43.

144 COELHO, Fabio Ulhoa. *In: O valor patrimonial das quotas da sociedade limitada*. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro nº 123.

145 *Ibidem*. p. 74-75.

Neste íterim, remunerar o sócio retirante por mera expectativa de direito (de produzir lucros futuros) traduzir-se-ia em enriquecimento sem causa.

Noutra vertente, igualmente não se pode tratar a retirada imotivada do sócio como se de alienação a terceiros fosse, por quatro motivos: ( a ) no momento da retirada da sociedade empresária, não há certeza de que esta possua compradores em potencial, o que beneficiaria o dissidente em detrimento aos demais; ( b ) há diversas metodologias de avaliações de empresa, com emprego de diversos critérios e premissas subjetivas, obstaculizando a autocomposição entre os sócios; ( c ) como já dito, o aviamento é meramente potencial, posto que existem os riscos de mercado e sistêmicos; e ( d ) acaso o direito de retirada encampasse o aviamento, estaria se consagrando um evento de liquidez da participação societária, como um substituto de um mecanismo não fornecido pelo mercado, numa espécie de “opção de venda do sócio contra a sociedade”<sup>146</sup>.

Assim, não há que se falar em apuração de haveres lastreada em avaliação econômica de quotas sociais.

4.1.3. Do Aviamento. Atributo do estabelecimento comercial. Impossibilidade de ser computado na apuração de haveres.

Noutro giro, a doutrina conceitua estabelecimento comercial “como o complexo de meios materiais e imateriais destinados à exploração da atividade empresarial<sup>147</sup>”, sendo o aviamento “o atributo do estabelecimento, traduzido na capacidade de gerar lucros, derivado da proficiência de sua organização na conjunção de diversos fatores que o integram”<sup>148</sup>.

---

146 MENDES, Rodrigo Octávio Broglia. Apuração de Haveres na Retirada do Sócio e Fundo de Comércio (Aviamento). *In*: Flávio Luiz Yarshell; Guilherme Setoguti J. Pereira. (Org.). Processo Societário. 1ª Ed. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 664.

147 MENDES, Rodrigo Octávio Broglia. Apuração de Haveres na Retirada do Sócio e Fundo de Comércio (Aviamento). *In*: Flávio Luiz Yarshell; Guilherme Setoguti J. Pereira. (Org.). Processo Societário. 1ª Ed. São Paulo: Quartier Latin, 2012, v. , p. 659.

148 Campinho, Sérgio. *In*: Curso de Direito Comercial – Direito de Empresa. 15ª Edição, 2018. Ed. Saraiva, São Paulo. p. 317.



Ao se afirmar que o aviamento é um atributo, significa dizer que ele, por si só, não pode ser considerado autonomamente, mas sim um resultado (valor) peculiar dos meios de exercício da atividade empresarial<sup>149-150</sup>.

Ou seja, ao diverso da marca, da patente, do *software*, do ponto comercial, dentre outros, ele não é um elemento intangível do estabelecimento comercial<sup>151</sup>, porquanto não pode ser alçado à apuração de haveres.

Destarte, sendo o aviamento um pressuposto para o auferimento de dividendos, não há que se falar em transferência de sua respectiva fração ideal ao sócio retirante.

Não à toa, como dantes dito, ser um potencial gerador de lucros significa que o aviamento é mera expectativa de direito, donde influem o riscos de mercado<sup>152</sup> e não sistemático<sup>153</sup>.

#### 4.1.4. Do Goodwill e do Fluxo de Caixa Descontado. Impossibilidade de Adoção na Sistemática do Direito Brasileiro.

Como se sabe, tanto a doutrina como a jurisprudência costumeiramente tratam aviamento e *goodwill*<sup>154</sup> como sinônimos, e assim, há de se esmiuçar o seu conceito à luz da disciplina da avaliação de empresas; que, por sua vez, conceitua *goodwill* como a capacidade de ganho (lucro) acima do normal de uma sociedade empresária, o qual, em regra, excederá todos os ativos avaliados individualmente<sup>155</sup>.

Da leitura da conceituação, por si só denota-se que o mesmo não teria, à luz dos argumentos já expostos, o porquê de se adentrar ao cômputo da apuração de haveres do sócio retirante de sociedade limitada, já que além de se tratar de uma expectativa futura,

---

149 MENDES, Rodrigo Octávio Broglia. Apuração de Haveres na Retirada do Sócio e Fundo de Comércio (Aviamento). In: Flávio Luiz Yarshell; Guilherme Setoguti J. Pereira. (Org.). Processo Societário. 1ª Ed. São Paulo: Quartier Latin, 2012, v. , p. 659.

150 Nas palavras de Oscar Barreto Filho “o aviamento objetivo é o acréscimo de valor”. In: Teoria do Estabelecimento Comercial. 1988. p. 176.

151 BONDOLI, Luis Guilherme Aidar. Breves notas sobre a ação de dissolução parcial de sociedade. Revista de Processo nº 302, 2020. p. 336).

152 risco derivado de incertezas sobre as condições econômicas gerais.

153 risco derivados da atuação da própria sociedade empresária, por exemplo, greve.

154 COELHO, Fabio Ulhoa. In: Curso de Direito Comercial – Direito de Empresa. 12ª Edição, 2008. Ed. Saraiva, São Paulo. p. 97-98.

155 ABOIM, Luiz Guilherme Tinoco; ABOIM, Luiz Rodolpho Tinoco; ALVIM, Marcelo Arantes. In: Valuation- Manual de Avaliação e Reestruturação de Empresas. 3ª Edição, 2021. Ed. Confiance, Rio de Janeiro. p. 192.

conceitualmente não encampa o valor patrimonial real da sociedade empresária; do contrário não se sobrelevaria ao valor dos ativos individualmente avaliados.

Não à toa, prossegue a econômica destacando que não é possível vender o *goodwill* em separado da empresa<sup>156</sup>, o que é, por definição, o oposto à simulação da dissolução total da sociedade.

Neste íterim, dentre as metodologias de avaliação de empresas, muitas das vezes utiliza-se o fluxo de caixa descontado que, em essência, avalia o fluxo de renda futura da sociedade empresária.

Efetivamente, este método busca alcançar o valor econômico da empresa, lastreada na sua equação geral, a qual estabelece que “o valor de qualquer ativo econômico em continuidade operacional é o valor presente dos fluxos de caixa futuros, descontados a uma taxa que reflita o valor do dinheiro no tempo e o risco associado a esses fluxos”<sup>157</sup>.

Ou seja, reputando-me a todos os fundamentos já expostos, a adoção da metodologia do fluxo de caixa descontado está em dissonância com o comando legal e a jurisprudência norteadora do Supremo Tribunal Federal, posto que ambas não abarcam os fluxos futuros financeiros, nem o subsequente potencial de lucratividade (aviamento).

Assim, eclode a incongruência entre a sistemática normativa brasileira - que elege o balanço de determinação para averiguar o valor patrimonial real da sociedade empresária - e as decisões jurisprudenciais em voga (algumas preocupantemente recentes), que determinam a adoção do aviamento no cômputo dos haveres, mediante a adoção do fluxo de caixa descontado, caracterizando, por conseguinte, a avaliação econômica da quota social do sócio dissidente, numa simulação de alienação das quotas sociais.

Por fim, mas não menos importante, a própria doutrina econômica, por via oblíqua, demonstra que tais jurisprudências não estão em congruência com a norma positiva, ao expor que “o patrimônio líquido contábil (...) reflete o passado da empresa e não o seu futuro”<sup>158</sup>; este último, o intento do legislador’.

4.1.5. Outras críticas à adoção da avaliação econômica via fluxo de caixa descontado na apuração de haveres do sócio retirante.

---

156 *Ibidem*. p. 194.

157 *Ibidem*. p. 215.

158 *Ibidem*. p. 220.

Ao derradeiro, mas não menos importante, outra razão que sustenta a adoção do critério da avaliação patrimonial real, em detrimento da econômica (que encampa o aviamento e o fluxo de caixa descontado), reside na possibilidade desta última apresentar resultado negativo; e quando assim ocorre, a jurisprudência parece convenientemente ignorar a metodologia, adotando o critério entabulado na Lei Civil<sup>159</sup>.

Ademais, a inclusão do aviamento desaguaria em desembolsos antecipados de expectativas futuras, contrariando outros postulados do direito societário, tais como o da proteção ao patrimônio para o exercício da atividade empresarial, do interesse dos credores, e ao próprio primado da preservação da empresa propriamente dito.

## **5. Alento Jurisprudencial.**

Em que pese grande divergência jurisprudencial em sentido contrário, recente posicionamento do Superior Tribunal de Justiça elencou que o critério legal do art. 1.031, do Código Civil, e do Art. 606, de sua Lei Adjetiva, denotam a imperatividade de se observar o critério patrimonial mediante elaboração de balanço de determinação, excluindo-se o fluxo de caixa descontado.

O votos-condutores sustentam, acertadamente, que o critério legal é a avaliação patrimonial mediante balanço de determinação, em consonância com o aqui exposto, concluindo que este método é mais afinado com o princípio da preservação da empresa, já que obsta o desembolso antecipado de uma expectativa de direito e estimula a permanência na sociedade empresária, desestimulando o direito de retirada<sup>160</sup>.

## **6. Conclusão.**

Em conclusão, o presente trabalho demonstrou que o critério adotado pelo legislador é o da avaliação patrimonial real, por balanço de determinação levantado à data-base da notificação do sócio retirante da sociedade, em detrimento de uma avaliação econômica da empresa, que incluiria o seu aviamento na análise e a utilização do fluxo de caixa descontado, cujas premissas são incertas e subjetivas.

Aliás, comprovou-se que o aviamento não é um elemento intangível do estabelecimento comercial, mas sim um atributo deste, motivo pelo qual o Código de Processo Civil não o engloba no cômputo dos haveres do sócio dissidente.

---

159 TJSP, Ap. Civl. nº 523.214.4/5-00. 4ª Câmara de Direito Privado. Rel. Res. Fabio Quadros. j. 03/09/2009.

160 STJ, REsp nº 1.877.331/SP. Des. Rel. Min. Nancy Andrighi. 3ª Turma. Julgado aos 13/04/2021.

E, por conta disso, não há que se falar na adoção do fluxo de caixa descontado, já que o mesmo trata da mensuração do aviamento em fluxos financeiros futuros. Não é por acaso esta metodologia é tida como um instrumento de gestão<sup>161</sup>.

Ponto finalizando, conquanto haja diversas jurisprudências em sentido contrário, o recente posicionamento do Superior Tribunal de Justiça parece finalmente abarcar as intenções do legislador, que, diga-se *en passant*, mais coadunam com a equidade nas relações sociais.

### REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

CAMPINHO, Sérgio, *in*: Curso de Direito Comercial – Sociedade Anônima. 2ª Edição, 2018. São Paulo, Ed. Saraiva.

ROSS, Stephen; Westerfield, Randolph, Jordan, Bradford; e Lamb, Roberto. *In*: Fundamentos da Administração Financeira. 9ª Edição, 2015. Ed. AMGH, Porto Alegre. p. 12-13.

Coelho, Fabio Ulhoa. *In*: O valor patrimonial das quotas da sociedade limitada. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro nº 123.

Brasil, Comitê dos Pronunciamentos Contábeis. Pronunciamento nº 46. Disponível em: <http://www.cpc.org.br/CPC/Documentos-Emitidos/Pronunciamentos/Pronunciamento?Id=78>. Acesso aos 12/07/2022.

HOOG, Wilson Alberto Zappa. *In*: Balanço Especial ou de Determinação para Apuração de Haveres e Reembolso de Ações - Nos termos do art. 606 do CPC/2015, do art. 45 da Lei 6.404/1976 e do art. 1.031 da Lei 10.406/2002, 7ª Edição, 2021. Ed. Juruá, Curitiba. Item 3.1.

BORBA, José Edwaldo Tavares. *In*: Direito Societário. 16ª Edição, 2017. Ed. Atlas, São Paulo.

NETO, Alfredo de Assis Gonçalves. *In*: Direito de empresa, Ed. RT, 2012, p. 291/292.

RÍOS, Aníbal Sierralta. *In*: Negociação e Teoria dos Jogos. 1ª Edição, 2018. Ed. RT, São Paulo. p. 42-43.

MENDES, Rodrigo Octávio Broglia. Apuração de Haveres na Retirada do Sócio e Fundo de Comércio (Aviamento). *In*: Flávio Luiz Yarshell; Guilherme Setoguti J. Pereira. (Org.). Processo Societário. 1ª Ed. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

BARRETO FILHO, Oscar. *In*: Teoria do Estabelecimento Comercial. 1988. p. 176.

---

161 HOOG, Wilson Alberto Zappa. Resolução de sociedade e avaliação do patrimônio na apuração de haveres. 4ª Edição, 2010. Ed. Juruá, Curitiba. p. 104-107.

BONDIOLI, Luis Guilherme Aidar. Breves notas sobre a ação de dissolução parcial de sociedade. Revista de Processo nº 302, 2020.

ABOIM, Luiz Guilherme Tinoco; ABOIM, Luiz Rodolpho Tinoco; ALVIM, Marcelo Arantes. *In: Valuation- Manual de Avaliação e Reestruturação de Empresas*. 3ª Edição, 2021. Ed. Confiance, Rio de Janeiro.

## **DUPPLICIDADES DE INVESTIGAÇÕES NAS OCORRÊNCIAS POR INTERVENÇÃO DE AGENTE PÚBLICO DE SEGURANÇA MILITAR.**

**BRUNO MÁRCIO DE AMORIM MAGALHÃES:**  
Delegado de Polícia - PCPE

**Resumo:** As investigações dos crimes contra a vida, praticados por agente de segurança pública militar em serviço, objeto do presente estudo, após a publicação e vigência da Lei nº 13.491/2017, trouxe ao ordenamento jurídico brasileiro várias alterações nos tipos penais militares e criou-se lacunas de interpretações jurídicas, sobre as mortes decorrentes da atividade de segurança pública, quando praticados por militares, principalmente na modalidade dos crimes tentados. O presente trabalho tem a intenção de abordar em seu primeiro capítulo, o atual quadro jurídico dos crimes militares, em especial na esfera dos crimes contra a vida, consumados e tentados. Em seguida, no capítulo 02, examinarei a problemática gerada pelas interpretações equivocadas, criando duplicidade de investigações em esferas investigativas distintas na Polícia Civil e Polícia Militar. No capítulo final faz-se uma discussão sobre as políticas públicas que podem agregar na solução destas duplicidades investigativas.

### **1. Contabilidade dos crimes de homicídios no Brasil**

Antes de aprofundarmos no assunto, é de conhecimento geral que no Brasil não existe um padrão no cômputo dos homicídios consumados e tentados. Cada Estado da federação é livre para adotar uma maneira, uma estatística própria, seguindo seus padrões de política pública de segurança.

No tocante as mortes em decorrência de intervenção de agente público de segurança, alguns Estados as computam, outros não. Alguns o fazem de forma apartada, separando-os em estatística própria, não misturando com os homicídios rotineiros, comuns.

### **2. Conceito de intervenção de agente público de segurança.**

Nesta oportunidade, é importante destacar e esclarecer o que seria uma intervenção? O que seria uma morte tida em decorrência por intervenção de agente público de segurança?

O significado do verbo intervir, como verbo transitivo direto e intransitivo, é: Fazer uma intervenção de modo a interferir no desenvolvimento de; Interceder; Utilizar a autoridade; Usar o poder como forma de controle: "o policial interveio durante o assalto".

Desta maneira, o agente de segurança pública deve agir e interceder contra uma ação criminosa, em decorrência de sua função, em decorrência do dever legal de agir e não se omitir diante de uma injusta agressão de um criminoso a uma vítima ou a um bem juridicamente tutelado.

Sendo assim, a intervenção do agente de segurança pública pode ocorrer mesmo que o agente esteja em seu dia e horário de folga. Ele é agente público 24h. Agora, logicamente, que só poderia reagir, se estiver armado e em condições de exercer tal prerrogativa. Não seria de bom senso, cobrar a um policial numa festa descontraído, com a família, por exemplo, a exercer esse dever de agir, ou a um policial em plena areia da praia desarmado, intervir em um assalto a mão armada. Cada caso tem a sua especificidade.

Cumprir destacar de que se o agente for vítima de uma agressão criminosa, exemplo, vítima de um roubo ou vítima de uma tentativa de homicídio, e há uma reação por sua parte, não há de se falar em intervenção. Mas na própria legítima defesa, vez que, o agente de segurança é vítima da agressão criminosa. Nestes casos, ele não age em legítima defesa de terceiros no exercício de sua prerrogativa funcional, mas do princípio legal de se defender de forma proporcional a uma agressão injusta e iminente.

### **3. Duplicidade nas investigações de intervenção de agente público de segurança.**

A realidade mostra que a maioria dos casos de mortes em decorrência de intervenção de agente público de segurança, ocorrem dentro dos institutos legais da legítima defesa de terceiros e do estrito cumprimento do dever legal.

Ocorre que, a análise jurídica e investigativa dessas excludentes é realizada inicialmente pela polícia judiciária. Estas investigações, em sede de inquérito policial, ao serem elucidadas e confirmadas no final da investigação, são remetidas ao Juízo Criminal da Vara do Tribunal do Júri.

Entretanto, existe o questionamento: E quando não há o evento morte? Teríamos uma tentativa de homicídio com a excludente de legítima defesa de terceiros e do estrito cumprimento do dever legal? Ou apenas lesão corporal com essas excludentes?

A particularidade do fato investigado ser uma tentativa de homicídio ou lesão corporal, praticado por agentes de segurança pública militar, repercute diretamente na competência investigativa do fato.

Após a vigência da Lei nº 13.491/2017, os procedimentos militares, entre eles os crimes militares, receberam uma nova roupagem, uma nova concepção jurídica totalmente distinta da ordem anterior.

As recentes alterações no Código Penal ampliaram o rol dos crimes militares que seriam objeto da Justiça Castrense.

Advém que, existe a problemática na concepção das tipificações de ocorrências das lesões corporais e das tentativas de homicídio por intervenção de agente público de segurança militar. Pois as tentativas de homicídios são da competência do tribunal do júri e da polícia civil. Enquanto que, as lesões corporais por intervenção de agente público de segurança militar, com o advento da lei nº 13.491/2017, serão investigadas pela Polícia Militar.

Essa particularidade só ocorre nas intervenções praticados pelos agentes militares, em decorrência justamente desta legislação. Os demais agentes, como os da Polícia Federal, Polícia Civil, Polícia Penal, não haveria qualquer distinção de competência militar ou comum. Todos seriam julgados pela justiça comum.

Por consequência, após o registro de uma tentativa de homicídio praticado na intervenção de agente público de segurança militar, a investigação será iniciada de pronto pela polícia civil.

Porém, em algumas situações, estamos presenciando que a Polícia Militar entendendo que o fato seria descrito como lesão corporal e não como tentativa de homicídio, inicia a investigação em inquérito policial militar, sem qualquer comunicação a Polícia Civil.

Encetando assim, duas investigações paralelas com duas operativas distintas acerca do mesmo fato. A Polícia Civil investigando o fato como tentativa de homicídio em legítima defesa, em inquérito policial civil e a polícia militar, por sua vez, investigando o mesmo fato, como lesão corporal em sede de inquérito policial militar.

Duas investigações acerca do mesmo fato. E detalhe, com relatos de testemunhas prestando depoimentos nas duas instituições, sobre a mesma ocorrência.

Conforme dicção do artigo 124 da Constituição Federal: "À Justiça Militar compete processar e julgar os crimes militares definidos em lei"



No tocante, aos militares estaduais o artigo 125, §4º, Constituição Federal, assevera: “Compete à Justiça Militar estadual processar e julgar os militares dos Estados, nos crimes militares definidos em lei e as ações judiciais contra atos disciplinares militares, ressalvada a competência do júri quando a vítima for civil, cabendo ao tribunal competente decidir sobre a perda do posto e da patente dos oficiais e da graduação das praças. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)”.

A recente Lei de número 13.491/2017 realizou alterações no Código Penal Militar (decreto-lei nº 1.001/69) ampliando o rol dos crimes militares que seriam objeto da Justiça Castrense. Assim, possuem natureza jurídica de crimes militares os delitos cometidos nas condições previstas no artigo 9º deste diploma legal:

#### Crimes militares em tempo de paz

Art. 9º Consideram-se crimes militares, em tempo de paz:

I - os crimes de que trata este Código, quando definidos de modo diverso na lei penal comum, ou nela não previstos, qualquer que seja o agente, salvo disposição especial;

II – os crimes previstos neste Código e os previstos na legislação penal, quando praticados: (Redação dada pela Lei nº 13.491, de 2017)

a) por militar em situação de atividade ou assemelhado, contra militar na mesma situação ou assemelhado;

b) por militar em situação de atividade ou assemelhado, em lugar sujeito à administração militar, contra militar da reserva, ou reformado, ou assemelhado, ou civil;

c) por militar em serviço ou atuando em razão da função, em comissão de natureza militar, ou em formatura, ainda que fora do lugar sujeito à administração militar contra militar da reserva, ou reformado, ou civil; (Redação dada pela Lei nº 9.299, de 8.8.1996)

d) por militar durante o período de manobras ou exercício, contra militar da reserva, ou reformado, ou assemelhado, ou civil;

e) por militar em situação de atividade, ou assemelhado, contra o patrimônio sob a administração militar, ou a ordem administrativa militar;

f) revogada. (Redação dada pela Lei nº 9.299, de 8.8.1996)

III - os crimes praticados por militar da reserva, ou reformado, ou por civil, contra as instituições militares, considerando-se como tais não só os compreendidos no inciso I, como os do inciso II, nos seguintes casos:

a) contra o patrimônio sob a administração militar, ou contra a ordem administrativa militar;

b) em lugar sujeito à administração militar contra militar em situação de atividade ou assemelhado, ou contra funcionário de Ministério militar ou da Justiça Militar, no exercício de função inerente ao seu cargo;

c) contra militar em formatura, ou durante o período de prontidão, vigilância, observação, exploração, exercício, acampamento, acantonamento ou manobras;

d) ainda que fora do lugar sujeito à administração militar, contra militar em função de natureza militar, ou no desempenho de serviço de vigilância, garantia e preservação da ordem pública, administrativa ou judiciária, quando legalmente requisitado para aquele fim, ou em obediência a determinação legal superior.

§ 1º Os crimes de que trata este artigo, quando dolosos contra a vida e cometidos por militares contra civil, serão da competência do Tribunal do Júri. (Redação dada pela Lei nº 13.491, de 2017)

Desta feita, a luz do critério *ratione legis*, em período de paz, a identificação da natureza jurídica militar do crime requer que o delito esteja tipificado na parte especial do Código Penal Militar ou em qualquer legislação extravagante, desde que, cumulativamente, se enquadre em uma das hipóteses relacionadas no referido artigo 9º, incisos II e III, do CPM, ou seja, inexistindo esse amoldamento normativo, por consequência, será de crime comum.

No que concerne aos crimes dolosos contra a vida praticados por militares contra civil, a própria norma constitucional estabelece em seu artigo 125, §4º que compete a Justiça Comum o processamento e julgamento por meio do Tribunal do Júri, tal exceção também se encontra no próprio artigo 9º, §1º do CPM. Sendo assim, constitucionalmente definida a competência jurisdicional para processamento e julgamento (Tribunal do Júri), resta a ser analisada a natureza jurídica do crime, bem como a atribuição para instauração e investigação.

A jurisprudência pacífica dos tribunais superiores, bem como a doutrina majoritária classifica o crime doloso contra a vida cometido por militar contra civil como crime comum, cabendo a polícia judiciária civil (federal ou estadual) a instauração e condução da investigação respectiva por meio de Inquérito Policial, e não inquérito militar. No julgamento do Recurso Extraordinário de nº 260.4048 – STF, interposto por policiais militares de acórdão que rejeitou a arguição de incompetência da Justiça comum para o julgamento de crime doloso contra a vida praticado contra civil, o Plenário do Tribunal concluiu, sobre a alteração promovida no Código Penal Militar, que, mais que modificar competências, o dispositivo excluiu do que poderia ser considerado crime militar o delito doloso contra a vida cometido por militar contra civil, em harmonia com a sistemática constitucional.

Nas palavras do Relator, Exmo. Sr. Ministro Moreira Alves

“No caso, o artigo 9º do Código Penal Militar que define quais são os crimes que, em tempo de paz, se consideram como militares, foi inserido pela Lei 9.299, de 7 de agosto de 1996, um parágrafo único que determina que 'os crimes de que trata este artigo, quando dolosos contra a vida e cometidos contra civil, serão da competência da justiça comum'. Ora, tendo sido inserido esse parágrafo único em artigo do Código Penal Militar que define os crimes militares em tempo de paz, e sendo preceito de exegese (assim, CARLOS MAXIMILIANO, 'Hermenêutica e Aplicação do Direito', 9ª ed., n 367, ps. 308/309, Forense, Rio de Janeiro, 1979, invocando o apoio de WILLOUGHBY) o de que 'sempre que for possível sem fazer demasiada violência às palavras, interprete-se a linguagem da lei com reservas tais que se torne constitucional a medida que ela institui, ou disciplina', não há demasia alguma em se interpretar, não obstante sua forma imperfeita, que ele, ao declarar, em caráter de exceção, que

todos os crimes de que trata o artigo 9º do Código Penal Militar, quando dolosos contra a vida praticados contra civil, são da competência da justiça comum, os teve, implicitamente, como excluídos do rol dos crimes considerados como militares por esse dispositivo penal, compatibilizando-se assim com o disposto no 'caput' do artigo 124 da Constituição Federal. Corroborando essa interpretação a circunstância de que, nessa mesma Lei 9.299/96, em seu artigo 2º, se modifica o 'caput' do artigo 82 do Código de Processo Penal Militar e se acrescenta a ele um § 2º, excetuando-se do foro militar, que é especial, as pessoas a ele sujeitas quando se tratar de crime doloso contra a vida em que a vítima seja civil, e estabelecendo-se que nesses crimes 'a Justiça Militar encaminhará os autos do inquérito policial militar à justiça comum'. Não é admissível que se tenha pretendido, na mesma lei, estabelecer a mesma competência em dispositivo de um Código – o Penal Militar – que não é o próprio para isso e noutro de outro Código – o de Processo Penal Militar – que para isso é o adequado”.

Entendimento pacífico também no âmbito de outras Polícias Judiciárias pelo país, por exemplo, a Polícia Judiciária Civil do Estado de Goiás que através do PARECER nº 2017030778 –PCGO (Processo nº 201700016002221), concluiu que:

"(...) Por todo o exposto, compreende-se que a atribuição para apuração dos crimes dolosos contra a vida cometidos por policiais militares em desfavor de civis, em respeito aos ditames do art. 144, §4º, da Constituição Federal, pertence à Polícia Civil, dês que, com o advento da Lei federal n.º 9.299, de 07 de agosto de 1996, os citados delitos foram excluídos do rol do art. 9º, do Código Penal Militar, e, assim, assumiram a natureza jurídica de crimes comuns. A análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, consoante o demonstrado e ao reverso do propalado pelo Comando de Correições e Disciplina da Polícia Militar, não autoriza outra conclusão, haja vista restar firmado, de maneira majoritária, o entendimento de que os crimes dolosos contra a vida perpetrados por militares contra civis são crimes comuns, que devem ser apurados por meio de inquérito policial, presidido por Delegado de Polícia. Irrefutável, pois, a adoção, no âmbito da Secretaria de Segurança Pública e Administração Penitenciária, da Nota Técnica n.º 02/2017,

expedida pelo Centro de Apoio Operacional Criminal e de Segurança Pública e pelo Grupo Especial de Controle Externo da Atividade Policial do Ministério Público do Estado de Goiás. É o parecer, sub censura. Encaminhem-se os autos ao Gabinete do Excelentíssimo Senhor Delegado-Geral para que o parecer aqui lançado seja apreciado e, se acolhido, sigam à Advocacia Setorial da Secretaria de Segurança Pública e Administração Penitenciária. ASSESSORIA TÉCNICO-POLICIAL DA POLÍCIA CIVIL DO ESTADO DE GOIÁS, em Goiânia, aos doze dias de maio do ano dois mil e dezessete. Fabiane Drews Alvim Delegada de Polícia Civil Titular.

#### 4. Conclusão

Ante o exposto, entendo evidente a natureza jurídica de CRIME COMUM nos casos de crimes dolosos (consumados e tentados) contra a vida praticados por militares contra civil, por expressa exceção constitucional, legal e infralegal nos diplomas retro mencionados. Constatada a natureza jurídica de crime comum, por consequência lógica, a atribuição para instauração e investigação dos inquéritos policiais relativos a estes crimes dolosos contra a vida praticados por militares contra civil incumbe, exclusivamente, às Polícias Judiciárias Civas (Estadual ou Federal) e não da Polícia Judiciária Militar.

Ressalto, que como a investigação originária foi aberta e instaurada pela polícia civil, não caberia a polícia militar, iniciar a investigação sem a transferência desta, pela polícia civil.

Realizando uma alusão: a Polícia Civil deveria “passar o bastão” para a Polícia Militar, de forma que haja uma continuidade lógica e um mínimo de organização investigativa dentro das forças policiais de cada estado.

#### REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei nº **13.491/2017**. Brasília: Senado, 2017.

BRASIL. PARECER nº **2017030778** – PCGO

## **AÇÕES AFIRMATIVAS E AS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA EM CONCURSOS PÚBLICOS**

**ANA CRISTINA MALTA DINIZ:**  
Advogada.

**RESUMO:** O presente artigo analisa as Ações Afirmativas como medidas compensatórias, as quais têm por objetivo combater as desigualdades resultantes de um passado social discriminatório, dotadas de caráter público, que visam garantir a igualdade de oportunidades. Sob esse aspecto, abordou-se a integração da pessoa com deficiência nos quadros da Administração Pública, ressaltando o respaldo jurídico que a discriminação positiva encontra em nosso ordenamento jurídico, seja através de medidas expressas em nossa Carta Magna, seja em nosso sistema principiológico. Constatou-se que a maior argumentação contrária à implementação dessas medidas compensatórias está justamente numa suposta ofensa ao princípio da igualdade. Todavia, observou-se que o posicionamento majoritário é no sentido de que as Ações Afirmativas não constituem afronta à isonomia, e sim uma forma de assegurar a esse grupo vulnerável o acesso ao mercado de trabalho. Considerando que a discussão sobre as Ações Afirmativas ganhou espaço nas discussões travadas no Judiciário, procedeu-se à análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça. Nessa parte da pesquisa, foi possível verificar que há um acolhimento da reserva de vagas em concursos públicos, conforme preceitua a nossa Constituição da República.

**PALAVRAS-CHAVES:** Ação afirmativa. Reserva de vaga. Concurso público. Pessoa com deficiência.

### **1. INTRODUÇÃO**

Ações afirmativas são medidas temporárias e especiais, tomadas ou determinadas pelo Estado, de forma compulsória ou espontânea, com o propósito específico de eliminar as desigualdades que foram acumuladas no decorrer da história da sociedade. 162

Os problemas sociais decorrentes das mais variadas formas de discriminação estimularam a implementação de Ações Afirmativas, as quais têm como objetivo a concretização de princípios constitucionais como o da dignidade da pessoa humana e da igualdade material.

---

162 VILAS-BOAS, Renata Malta. *Ações afirmativas e o princípio da igualdade*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003, p. 29.

As limitações sofridas pelas pessoas com deficiência não impedem a sua integração no mercado de trabalho. Por essa razão é que o ordenamento jurídico brasileiro estabeleceu a reserva de vagas para a submissão desse grupo vulnerável a concursos públicos com o propósito de provimento de cargos junto à Administração Pública.

Assim, é possível observar a importância das ações afirmativas como instrumento compensatório de concretização dos direitos fundamentais, bem como da realização da democracia, aumentando a diversidade e a representatividade das pessoas com deficiência no mercado de trabalho, a partir da reserva de vagas que lhes são destinadas no serviço público.

A vigente Constituição da República, ao proclamar e assegurar a reserva de vagas em concursos públicos para as pessoas com deficiência, consagrou a cláusula de proteção viabilizadora de ações afirmativas, o que veio a ser concretizado com a edição de atos legislativos como as Leis nº 7.853/89 e nº 8.112/90 (art. 5º, §2º), e com a celebração da Convenção Internacional das Nações Unidas sobre os direitos das pessoas com Deficiência (2007), já formalmente incorporada, com força, hierarquia e eficácia constitucionais (art. 5º, §3º, da CR), ao plano do ordenamento positivo interno do Estado brasileiro. 163

Para as pessoas com deficiência há regra constitucional especial estabelecendo que lei disciplinará reserva de vagas em cargos e empregos públicos e disciplinará os critérios de admissão (art. 37, VIII). É mais uma forma de dar concretude ao ideal de igualdade de acesso ao mercado de trabalho (no serviço público), consistindo em efetiva inclusão da pessoa com deficiência no âmbito do serviço público.<sup>164</sup>

Importante ressaltar que não há no art. 37, VIII, da Constituição da República, previsão que estabeleça o percentual mínimo de vagas destinadas às pessoas com deficiência, razão pela qual o legislador ordinário, por meio de leis infraconstitucionais, regulamentou o supracitado dispositivo constitucional.

De fato, a Lei nº 8.112/90 que disciplina o Regime Jurídico dos Servidores Públicos, estabelece em seu art. 5º, §2º, que "*às pessoas portadoras de deficiência é assegurado o direito de se inscrever em concurso público para provimento de cargo cujas atribuições*

---

163 STF, **RMS 32.732 AgR**, rel. min. Celso de Mello, j. 3-6-2014, 2ª T, DJE de 1º-8-2014.

164 ANDRADE, Adriano; MASSON, Cleber. *Interesses Difusos e Coletivos*, volume 2. 4ª edição. Rio de Janeiro: FORENSE; MÉTODO, 2021.

*sejam compatíveis com a deficiência de que são portadoras; para tais pessoas serão reservadas até 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas no concurso." 165*

Por outro lado, o Decreto nº 9.508/18, que disciplina especificamente sobre a reserva às pessoas com deficiência percentual de cargos e de empregos públicos ofertados em concursos públicos e em processos seletivos no âmbito da administração pública federal direta e indireta, assim dispõe<sup>166</sup>:

Art. 1º Fica assegurado à pessoa com deficiência o direito de se inscrever, no âmbito da administração pública federal direta e indireta e em igualdade de oportunidade com os demais candidatos, nas seguintes seleções:

I - em concurso público para o provimento de cargos efetivos e de empregos públicos; e

II - em processos seletivos para a contratação por tempo determinado para atender necessidade temporária de excepcional interesse público, de que trata a Lei nº 8.745, de 9 de dezembro de 1993.

§ 1º Ficam reservadas às pessoas com deficiência, **no mínimo, cinco por cento das vagas** oferecidas para o provimento de cargos efetivos e para a contratação por tempo determinado para atender necessidade temporária de excepcional interesse público, no âmbito da administração pública federal direta e indireta. (Grifo nosso)

§ 2º Ficam reservadas às pessoas com deficiência os percentuais de cargos de que trata o art. 93 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, às empresas públicas e às sociedades de economia mista.

§ 3º Na hipótese de o quantitativo a que se referem os § 1º e § 2º resultar em número fracionado, este será aumentado para o primeiro número inteiro subsequente.

---

165 BRASIL. *Lei* nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8112cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8112cons.htm)>. Acesso em: 03.09.2022.

166 BRASIL. Decreto nº 9.508, de 24 de setembro de 2018. Dispõe sobre a Reserva às pessoas com deficiência percentual de cargos e de empregos públicos ofertados em concursos públicos e em processos seletivos no âmbito da administração pública federal direta e indireta. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ato2015-2018/2018/decreto/d9508.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2018/decreto/d9508.htm)>. Acesso em: 03.09.2022.



Assim, ainda que haja previsão legal de um percentual mínimo para preenchimento das vagas destinadas aos portadores de deficiência, tal fator não os exime da obrigatoriedade de se submeterem a concurso público, devendo haver previsão no edital da reserva de vagas para as pessoas com deficiência.

A participação das pessoas com deficiência nos concursos públicos em igualdade de condições com os demais candidatos é, portanto, uma garantia constitucional que não afronta o princípio da igualdade, haja vista a posição de desvantagem que essas pessoas estão em relação aos demais trabalhadores.

Nesse sentido, tanto o Supremo Tribunal Federal, quanto o Superior Tribunal de Justiça já manifestaram favoravelmente à interpretação que maior força concede à regra constitucional de isonomia, conforme a seguir exposto.

## **2. POSICIONAMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Inicialmente, cabe ressaltar que a posição do Supremo Tribunal Federal é favorável às postulações pertinentes às ações afirmativas como instrumento reparatório ou compensatório dos fatores de desigualdades sociais.

Dentre as decisões pesquisadas, a maioria reconheceu o direito das pessoas com deficiência concorrerem aos cargos e empregos públicos em igualdade de condição com os demais candidatos.

Contudo, versando sobre uma situação concreta, o STF se pronunciou no sentido de que a reserva de vagas para as pessoas com deficiência deve-se restringir ao percentual imposto pelas leis infraconstitucionais. Desse modo, o Decreto nº 9.508/18 versou a porcentagem mínima de cinco por cento e a Lei nº 8.112/90 veio a estabelecer o máximo de vinte por cento das vagas reservadas aos candidatos portadores de deficiência.

Nesse sentido, destaca-se o entendimento da Corte Constitucional:

**CONCURSO PÚBLICO - CANDIDATOS - TRATAMENTO IGUALITÁRIO. A regra é a participação dos candidatos, no concurso público, em igualdade de condições. CONCURSO PÚBLICO - RESERVA DE VAGAS - PORTADOR DE DEFICIÊNCIA - DISCIPLINA E VIABILIDADE. Por encerrar exceção, a reserva de vagas para portadores de deficiência faz-se nos limites da lei e**

**na medida da viabilidade consideradas as existentes, afastada a possibilidade de, mediante arredondamento, majorarem-se as percentagens mínima e máxima previstas. (STF, MS nº 26.310-5/DF, Tribunal Pleno, Relator Ministro Marco Aurélio, Data da Publicação: 31.10.2007). (Grifou-se)**

Essa decisão ganha importância em virtude de precedentes contrários tanto do STF, quanto do STJ, os quais se manifestaram no sentido de que o percentual destinado à reserva de vagas para pessoas com deficiência, quando inferior a um, deve ser arredondado. Todavia, diante da peculiaridade do caso supracitado, tendo em vista a existência de apenas duas vagas, o Ministro Marco Aurélio, em voto que marca o seu posicionamento justifica:

Ora, considerado o total de vagas no caso – duas -, não se tem, aplicada a percentagem mínima de cinco ou a máxima de vinte por cento, como definir vaga reservada a teor do aludido inciso VIII. (...). Essa conclusão levaria os candidatos em geral a concorrerem a uma das vagas e os deficientes, à outra, majorando-se os percentuais mínimo, de cinco por cento, e máximo, de vinte por cento, para cinquenta por cento. O enfoque não é harmônico com o princípio da razoabilidade. (STF, MS nº 26.310-5/DF, Tribunal Pleno, Relator Ministro Marco Aurélio, Data da Publicação: 31.10.2007).

Em outra ação ajuizada em face da Câmara Municipal de Divinópolis, relatada pelo Ministro Ilmar Galvão, no Recurso Extraordinário n. 227.229-1, o STF, por unanimidade de votos, assegurou à pessoa com deficiência uma das oito vagas disputadas em concurso público para provimento do cargo de advogado da Câmara Municipal de Divinópolis.

Em seu voto, o relator invocou a aplicação do Decreto n. 3.298/99, que regulamenta a Lei n. 7.853/89, o qual impõe no art. 37, § 2º, que, no caso do percentual resultar em número fracionado, este deverá ser elevado até o primeiro número inteiro subsequente.

Nesse sentido, colaciona-se a seguinte ementa:

**ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. RESERVA DE VAGAS PARA PORTADORES DE DEFICIÊNCIA. ARTIGO 37, INCISO VIII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. A exigência constitucional de reserva de vagas para portadores de deficiência em concurso**

**público se impõe ainda que o percentual legalmente previsto seja inferior a um, hipótese em que a fração deve ser arredondada. Entendimento que garante a eficácia do artigo 37, inciso VIII, da Constituição Federal, que, caso contrário, restaria violado. Recurso extraordinário conhecido e provido. (STF, RE n. 227.299-1/MG, Primeira Turma, Relator Ministro Ilmar Galvão. Data da Publicação: 06.10.2000)**

Nesse mesmo sentido, também manifestou-se, posteriormente, o Ministro Dias Toffoli:

Não se mostra justo, ou, no mínimo, razoável, que o candidato portador de deficiência física, na maioria das vezes limitado pela sua deficiência, esteja em aparente desvantagem em relação aos demais candidatos, devendo a ele ser garantida a observância do princípio da isonomia/igualdade. O STF, buscando garantir razoabilidade à aplicação do disposto no Decreto 3.298/1999, entendeu que o referido diploma legal deve ser interpretado em conjunto com a Lei 8.112/1990. Assim, as frações mencionadas no art. 37, § 2º, do Decreto 3.298/1999 deverão ser arredondadas para o primeiro número subsequente, desde que respeitado o limite máximo de 20% das vagas oferecidas no certame.

[[RMS 27.710 AgR](#), rel. min. Dias Toffoli, j. 28-5-2015, P, *DJE* de 1º-7-2015.]

Merece destaque também a decisão proferida no Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 26.071-1/DF, a qual considerou que o candidato com visão monocular tem direito de concorrer, na condição de pessoa com deficiência, a uma das vagas de cargo de Técnico Judiciário no Tribunal Superior do Trabalho.

Registra-se que o acórdão reformado, proferido pelo Tribunal Superior do Trabalho, afirmou que o candidato com ambliopia tem plena capacidade visual no olho direito, razão pela qual deveria concorrer em pé de igualdade com os candidatos não portadores de deficiência. Assim, em sentido oposto considerou o Supremo Tribunal Federal:

**DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATO PORTADOR DE DEFICIÊNCIA VISUAL. AMBLIOPIA. RESERVA DE VAGA. INCISO VIII DO ART. 37 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. § 2º DO ART. 5º DA LEI Nº 8.112/90. LEI Nº 7.853/89. DECRETOS NºS 3.298/99 E 5.296/2004. 1. O candidato com visão monocular padece de deficiência que impede a comparação entre os dois olhos para saber-se qual deles é o "melhor". 2. A visão univalente -- comprometedora das noções de profundidade e distância -- implica limitação superior à deficiência parcial que afete os dois olhos. 3. A reparação ou compensação dos fatores de desigualdade factual com medidas de superioridade jurídica constitui política de ação afirmativa que se inscreve nos quadros da sociedade fraterna que se lê desde o preâmbulo da Constituição de 1988. 4. Recurso ordinário provido. (STF, RSM 26071/DF, Primeira Turma, Relator Ministro Carlos Britto, Data da Publicação: 01.02.2008)**

Ressalta-se, ainda, a decisão proferida pelo Ministro Celso de Mello no **RMS 32.732 AgR** analisando a necessidade de compatibilidade entre a deficiência do candidato e as atribuições do cargo disputado, sendo inadmissível uma exigência adicional de que haja uma dificuldade específica para o desempenho das funções do cargo.

Nessa oportunidade, o STF se pronunciou no sentido de que o termo "dificuldades para o desempenho de funções", contida no art. 4º, I, do Decreto 3.298/1999, diz respeito às funções orgânicas do indivíduo, não às funções do cargo:

Concurso público. Pessoa portadora de deficiência. Reserva percentual de cargos e empregos públicos (CF, art. 37, VIII). Ocorrência, na espécie, dos requisitos necessários ao reconhecimento do direito vindicado pela recorrente. **Atendimento, no caso, da exigência de compatibilidade entre o estado de deficiência e o conteúdo ocupacional ou funcional do cargo público disputado, independentemente de a deficiência produzir dificuldade para o exercício da atividade funcional. Inadmissibilidade da exigência adicional de a situação de deficiência também produzir "dificuldades para o desempenho das funções do cargo".** A vigente Constituição da República, ao

proclamar e assegurar a reserva de vagas em concursos públicos para os portadores de deficiência, consagrou cláusula de proteção viabilizadora de ações afirmativas em favor de tais pessoas, o que veio a ser concretizado com a edição de atos legislativos, como as Leis 7.853/1989 e 8.112/1990 (art. 5º, § 2º), e com a celebração da Convenção Internacional das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (2007), já formalmente incorporada, com força, hierarquia e eficácia constitucionais (CF, art. 5º, § 3º), ao plano do ordenamento positivo interno do Estado brasileiro. Essa Convenção das Nações Unidas, que atribui maior densidade normativa à cláusula fundada no inciso VIII do art. 37 da Constituição da República, legitima a instituição e a implementação, pelo poder público, de mecanismos compensatórios destinados a corrigir as profundas desvantagens sociais que afetam as pessoas vulneráveis, em ordem a propiciar-lhes maior grau de inclusão e a viabilizar a sua efetiva participação, em condições equânimes e mais justas, na vida econômica, social e cultural do País. [RMS 32.732 AgR, rel. min. Celso de Mello, j. 3-6-2014, 2ª T, DJE de 1º-8-2014.] (Grifou-se).

Feitas tais considerações, conclui-se que o entendimento da Corte Constitucional é no sentido de acolher as políticas de ações afirmativas visando dirimir as desigualdades sociais e, principalmente, incentivar a inserção das pessoas com deficiência no mercado de trabalho, por meio da reserva de vaga em concursos públicos, nos termos do art. 37, VIII, da Constituição da República.

### **3. POSICIONAMENTO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

No que concerne ao Superior Tribunal de Justiça, patente é a concessão do tratamento relativamente diferenciado que se atribui às pessoas com deficiência, haja vista a caracterização de medida compensatória que encontrou o legislador constituinte como forma de minorar o tratamento discriminatório de que são acometidos.

Merece destaque o grande número de decisões<sup>167</sup> proferidas envolvendo o direito das pessoas com visão monocular de concorrerem às vagas reservadas em

---

<sup>167</sup> Dentre os inúmeros julgados que tratavam sobre a matéria, colaciona-se os seguintes precedentes: MS 13.311/DF, AgRg no RMS 26.105/PE, RMS 22.489/DF, RMS 19.257/DF, RMS 19.291/PA.

concursos públicos. Sobre o tema, o Superior Tribunal de Justiça adotou idêntico posicionamento da Corte Constitucional, argumentando que a interpretação do Decreto nº 3.298/99 não exclui as pessoas com visão monocular do benefício da reserva de vagas para as pessoas com deficiência.

Visando consolidar esse entendimento, o Superior Tribunal de Justiça editou a súmula 377 com o seguinte teor: o portador de visão monocular tem direito de concorrer, em concurso público, às vagas reservadas aos deficientes.

Em relação à surdez unilateral, o candidato em concurso público que possui audição em apenas um dos ouvidos não tem direito a participar do certame na qualidade de pessoa com deficiência. Nesse sentido é o entendimento da súmula 552 do STJ:

Súmula 552 do STJ: o portador de surdez unilateral não se qualifica com pessoa com deficiência para o fim de disputar as vagas reservadas em concursos públicos.

A justificativa para tal disparidade consiste na previsão do art.4º do Decreto n.º 3.298/99 que assim define a deficiência auditiva:

Art. 4º É considerada pessoa portadora de deficiência a que se enquadra nas seguintes categorias:

II- deficiência auditiva – perda bilateral, parcial ou total, de quarenta e um decibéis (dB) ou mais, aferida por audiograma nas frequências de 500HZ, 1.000HZ, 2.000Hz e 3.000Hz; (Redação dada pelo Decreto nº 5.296/04)

Observa-se, assim, que, para o mencionado Decreto, a deficiência auditiva deve comprometer a perda bilateral da audição. No mesmo sentido há um precedente da 2ª Turma do STF no MS 29.910 AgR, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 21.06.2011.

No Informativo nº 483 o Tribunal da Cidadania discutiu em que momento o candidato deveria ser avaliado a respeito de sua capacidade em desenvolver as tarefas inerentes ao cargo público para o qual foi aprovado. A conclusão dessa análise foi proferida no REsp 1.179.987-PR, ressaltando o STJ que é no estágio probatório que o candidato poderá demonstrar a sua adaptação ao exercício do cargo.

No RMS 31.861-PE o Superior Tribunal de Justiça decidiu que os candidatos que tenham “pé torto congênito bilateral” têm direito a concorrer às vagas em concurso público

reservadas às pessoas com deficiência. De acordo com a decisão veiculada no informativo nº 522 do STJ, a mencionada deficiência física enquadra-se no disposto no art. 4º, I, do Dec. 3.298/99.

No que pertine à comprovação da condição de pessoa com deficiência, em recente decisão proferida no ano de 2022 no RMS n. 67.298/BA, o STJ destacou a necessidade de se conferir segurança jurídica a essa análise. Na oportunidade, ressaltou que “como bem pontuou o Ministério Público Federal em seu parecer, não se revela razoável, nem isonômico, que em um concurso público determinada necessidade especial seja considerada reconhecida à candidata e noutra certame tal condição seja ignorada. Assim, se em dois processos seletivos diferentes a recorrente foi considerada pessoa com deficiência, não se mostra sensato retirar-lhe essa condição em concurso público realizado pela mesma instituição e pela mesma Banca Examinadora”.<sup>168</sup>

Sendo assim, após detida análise da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, percebe-se que o entendimento majoritário é no sentido de que a reserva de vagas para as pessoas com deficiência respeita o sistema constitucional vigente, devendo ser adotada a ação afirmativa que visa conferir tratamento prioritário a esse grupo, trazendo para a Administração a responsabilidade de promover sua integração social.

#### **4. CONCLUSÃO**

Ante o exposto, restou demonstrado que as Ações Afirmativas confundem-se com o respeito ao princípio da igualdade material, haja vista a pretensão do Poder Público, através de medidas positivas, eliminar as barreiras discriminatórias em face da promoção da igualdade de oportunidades. Na verdade, o que se quer é a busca plena da igualdade de condições às pessoas com deficiência, inserindo-as e adaptando-as no mercado de trabalho, seja no setor público ou privado.

Desse modo, mostrou-se que o posicionamento dos tribunais é favorável às Ações Afirmativas e, conseqüentemente à reserva de vagas em concursos públicos, acolhendo

---

<sup>168</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RMS n. 67.298/BA, relator Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 14/6/2022, DJe de 27/6/2022. Disponível em: <www.stj.jus.br>.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. *Ação Afirmativa e o princípio constitucional da igualdade*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. 48 p.

tais políticas como forma de dirimir as desigualdades sociais e incentivar a inserção das pessoas com deficiência no mercado de trabalho, conforme preceitua a nossa Constituição da República.

Por fim, embora existam dispositivos legais capazes de possibilitar o ingresso dos portadores de deficiência no setor público e que confirmam o sistema de cotas para preenchimentos de vagas em concursos públicos, bem como a existência de programas sociais responsáveis pela integração dessas pessoas no mercado de trabalho, seja na esfera pública ou na esfera privada, o Estado deve estar atento à criação de novos mecanismos que possibilitem a eficácia da inclusão deste grupo, a fim de minimizar o fator da discriminação ainda presente nas relações sociais.

## 5. NOTAS E REFERÊNCIAS

VILAS-BOAS, Renata Malta. *Ações afirmativas e o princípio da igualdade*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003, p. 29.

STF, **RMS 32.732 AgR**, rel. min. Celso de Mello, j. 3-6-2014, 2ª T, *DJE* de 1º-8-2014.

ANDRADE, Adriano; MASSON, Cleber. *Interesses Difusos e Coletivos*, volume 2. 4ª edição. Rio de Janeiro: FORENSE; MÉTODO, 2021.

BRASIL. *Lei* nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8112cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8112cons.htm)>. Acesso em: 03.09.2022.

BRASIL. Decreto nº 9.508, de 24 de setembro de 2018. Dispõe sobre a Reserva às pessoas com deficiência percentual de cargos e de empregos públicos ofertados em concursos públicos e em processos seletivos no âmbito da administração pública federal direta e indireta. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ato2015-2018/2018/decreto/d9508.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2018/decreto/d9508.htm)>. Acesso em: 03.09.2022.

Dentre os inúmeros julgados que tratavam sobre a matéria, colaciona-se os seguintes precedentes: MS 13.311/DF, AgRg no RMS 26.105/PE, RMS 22.489/DF, RMS 19.257/DF, RMS 19.291/PA.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RMS n. 67.298/BA, relator Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 14/6/2022, DJe de 27/6/2022. Disponível em: <[www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br)>.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. *Ação Afirmativa e o princípio constitucional da igualdade*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. 48 p.



## **A REGULA(MENTA)ÇÃO DOS ESPAÇOS PÚBLICOS VIRTUAIS POR ENTES PRIVADOS NO BRASIL E A GARANTIA DOS DIREITOS CONSTITUCIONAIS DOS CIDADÃOS DIGITAIS**

**SIMONE SATURNINO BRAGA DE CAMPOS:**

graduada em Direito (2022) e Comunicação Social (2006) pela Universidade Estácio de Sá, e Pós Graduada em Direito Penal e Processual Penal pela mesma Instituição.

**Resumo:** No presente artigo abordou-se a transformação dos espaços de convivência social em decorrência da virtualização das sociedades, que flexibilizou os limites tradicionais delimitadores entre os espaços públicos e privados com o advento das novas tecnologias de socialização, passando a exigir avanços no campo da regulamentação sobre a construção e convivência nestes novos espaços sociais virtuais. Numa sociedade cada vez mais digital, abordou-se a existência e convivência social tradicional, baseada nos espaços físicos, daquelas estabelecidas por intermédio das plataformas sociais digitais, o que torna necessário e urgente uma regulação que garanta o exercício de todos os direitos constitucionais dos novos cidadãos digitais em sua existência e convivência no mundo virtual. Nesta reflexão, reafirmou-se as características dos novos espaços públicos criados com as redes sociais e trata-se do debate entre o limiar da regulação pública e privada de tais espaços, e sua relevância para a defesa do exercício das garantias fundamentais constitucionais dos cidadãos brasileiros.

**Palavras Chave:** Cidadania Digital. Espaços públicos virtuais. Garantias fundamentais. Regulação. Regulamentação.

**Resumen:** En este artículo se abordó la transformación de los espacios de convivencia social a raíz de la virtualización de las sociedades, que flexibilizó los límites tradicionales entre los espacios públicos y privados con el advenimiento de las nuevas tecnologías de socialización, exigiendo avances en el campo de la regulación sobre la construcción y convivencia en estos nuevos espacios sociales virtuales. En una sociedad cada vez más digital, se abordó la existencia y convivencia social tradicional, basada en espacios físicos, de los establecidos a través de las plataformas sociales digitales, lo que necesaria y urgente una regulación que garantice el ejercicio de todos los derechos constitucionales de los nuevos ciudadanos digitales en su existencia y convivencia en el mundo digital. En esta reflexión, se reafirmaron las características de los nuevos espacios públicos creados con las redes sociales y se trata del debate entre el umbral de regulación pública y privada de tales espacios, y su relevancia para la defensa del ejercicio de las garantías constitucionales fundamentales de los ciudadanos brasileños.

**Palabras Clave:** Ciudadania Digital. Espacios públicos virtuales. Garantias Fundamentales. Regulación. Regulamentación.

**Sumário:** 1. Introdução; 2. Desenvolvimento; 2.1 Os Espaços Públicos, Sua Evolução e Representação no Ambiente Virtual; 2.2 As Redes Sociais e a Existência dos Cidadãos nos Espaços Públicos Virtuais; 2.3 A Regula(menta)ção dos Ambientes Virtuais e a Garantia dos Direitos Fundamentais nos Espaços Públicos Virtuais; 3. Conclusão; Referências.

## 1. INTRODUÇÃO

O conceito de espaços públicos que se conhece tradicionalmente há muito dista do que se tem como conceito destes espaços após o advento da internet e, especialmente, após a consolidação, na vida social, do uso das plataformas de convivência nos espaços virtuais – as redes sociais.

A convivência social que antes se estabelecia em espaços físicos com conceitos claros como os de ‘Comunidade’ e ‘Sociedade’, muito bem definidos por autores como Zygmunt Bauman e Ferdinand Tönnies, atualmente se expande aos espaços virtuais advindos da criação da internet e demanda um novo delineamento de normas e limites – antes impostos e regulados unicamente pelo Estado –, que ultrapassam as barreiras físicas e esbarram na (falta de) regula(menta)ção por parte dos Entes Públicos, com a assunção de tal responsabilidade por Entes Privados, inovando nos problemas de existência e interação social no plano do *ciberespaço*.

Assim, diante da necessidade de contemplar a organização da vida social nestes espaços públicos virtuais, além de necessário que a evolução da legislação contemple a efetiva atuação do Estado para garantir a satisfação dos direitos fundamentais dos novos cidadãos digitais, se faz urgente, ainda, debater sobre os limites dos poderes de regula(menta)ção (regulação e regulamentação, conceitos distintos da necessidade de intervenção estatal) privada destes novos meios de interação e convivência, de modo que se garanta o direito de existência e fruição do novo ambiente em que se estabelece o espaço público, garantindo que princípios e valores Constitucionais, como a igualdade, a livre manifestação do pensamento, expressão de atividades intelectuais, e afins, independentemente de censura ou licença, o direito de reunião em locais públicos, o direito de ir e vir em todo território, entre outros, sejam assegurados a todos sem discriminação.

Diante desta problemática, entender a construção, exercício e gozo das garantias e direitos fundamentais dos cidadãos digitais nos espaços públicos virtuais concretizados pelas redes sociais é um importante instrumento de defesa e asseguramento da cidadania, pelo que urge em ser pacificado jurídica e socialmente.

Apesar da nem tão recente existência e consolidação do uso das redes sociais pelos cidadãos brasileiros, a doutrina e a Justiça tem tardado em dar uma resposta tempestiva aos conflitos gerados neste universo. Ramos do Direito Digital tem surgido timidamente e os casos concretos que chegam ao judiciário são tratados com divergências e falta de consenso.

Em que pese o surgimento de leis como o Marco Civil da Internet (lei 12.965/14), A Lei Geral de Proteção de Dados (lei 13.709/18), entre outras legislações que evidenciam a necessidade de garantir os direitos do cidadão na esfera virtual, nenhuma delas conseguiu abarcar, ainda, o amplo aspecto da garantia de 'existência' (em sentido amplo) do cidadão digital nos espaços públicos virtuais com todos os direitos que a Carta Magna garante.

Neste contexto, o objetivo do presente trabalho é analisar a atual situação da regula(menta)ção da existência e convivência dos cidadãos digitais no espaço público virtual e as consequências de tal controle para o exercício da cidadania.

A metodologia utilizada baseou-se em pesquisa bibliográfica e jurisprudencial para observar o objeto pesquisado, coletar dados e analisar a aplicação destes no problema desenvolvido, identificando os fatores que contribuíram para a conclusão atingida e as propostas elaboradas.

## **2. DESENVOLVIMENTO**

### **2.1 OS ESPAÇOS PÚBLICOS, SUA EVOLUÇÃO E REPRESENTAÇÃO NO AMBIENTE VIRTUAL**

Antes de qualquer coisa, necessário entender um pouco o conceito do que se define como 'espaço público', numa concepção mais moderna do que a origem do termo, que aparece pela primeira vez em 1977<sup>169</sup>, cunhado num documento administrativo municipal e agrupado em categoria similar a 'espaços verdes', praças, etc, significava *"aquele espaço que, dentro do território urbano tradicional, sendo de uso comum e posse coletiva, pertence ao poder público"*<sup>170</sup>.

Neste aspecto, espaço público é o espaço, por excelência, das cidades, nos quais a ocupação pela população se dá pelo uso autorizado e regulado pelo poder público, que define limites e regras de fruição e convivência nestes locais.

---

<sup>169</sup> ASCHER, François. *Métapolis: Acerca do futuro da cidade*. Trad. Álvaro Domingo. Celta Ed., Oeiras, 1998, p.37.

<sup>170</sup> ASCHER, *op. cit.*, p. 52.

Num contexto menos territorial e mais social do termo, Arendt<sup>171</sup> considera o espaço público como lugar de existência e ação política, de expressão e de subjetividade não identitária dos indivíduos que nele atuam, enquanto Habermas<sup>172</sup> o considera como “*lugar da comunicação e encontros multi-sociais, da democracia e do uso livre*”, o que demonstra a multiplicidade de entendimentos e, conseqüentemente, a complexidade da conceituação do referido termo nos mais diversos escritos sobre o tema.

Resumindo um conceito amplo de ‘espaço público’ segundo entendimento de Arendt, Silva e Xavier<sup>173</sup> definem:

*O espaço público tem, mormente, três aspectos. É constituído primeiramente pela aparência, pela visibilidade. É, outrossim, o mundo enquanto artefato ou produto humano. E, por fim, é o espaço da palavra e da ação, atividades condicionadas pela condição humana da pluralidade. Na confluência desses três elementos, o espaço público se constitui no espaço da liberdade (política). (...) A esfera pública é o espaço do comum, isto é, “de tudo o que pode ser visto e ouvido por todos”. Ser visto e ouvido por todos é condição da realidade pública e, segundo os seus intérpretes “a realidade política”. O conceito de espaço público contém a ideia de liberdade, reconhece que em qualquer lugar, todos estão livres para se manifestar.*

Assim, o que se percebe nas mais diversas tentativas de definição de um conceito para o termo ‘espaço público’ é, de forma geral, a ideia de que este espaço representa a principal fonte simbólica de constituição das representações pessoais, culturais, políticas, religiosas e sociais de uma sociedade, com papel preponderante de visibilizar as aparências e materializar a existência dos sujeitos que o habitam.

Estes sujeitos, em um espaço dotado de regras e limites e regulado pelo Poder Público, passam a se constituir cidadãos quando, neste espaço público, se tornam destinatários não apenas de deveres, mas de direitos, e recebem não apenas direitos pessoais e individuais, mas também o direito de ocupar o que é público, ainda que sob a condicionante de atender às exigências impostas pelo Estado para tal. Logo, são imprescindíveis ao exercício da cidadania.

---

171 ARENDT, Hannah. *Entre o passado e o futuro*. Trad. Mauro W. Barbosa. Ed. Perspectiva, SP, 2016.

172 HABERMAS, J. *Mudança estrutural da esfera pública*. Rio de Janeiro. Ed. Tempo Brasileiro, 1984, p. 34.

173 SILVA, Mauro; XAVIER, Denny. *Hannah Arendt e o conceito de espaço público*. Artigo publicado na Revista Profanações, Santa Catarina, Ano 2, nº 1, p. 216-236, Jan/Jun, 2015.

Nas sociedades modernas, com todas as transformações advindas pós revolução industrial e que levou à consolidação do 'mercado' como um novo poder, uma força irresistível que rege as relações privadas, a relação dos indivíduos e da sociedade com o espaço público também foi transformada.

Enquanto o que regula as relações entre Estado e indivíduos/sociedade na simbiótica convivência no espaço público são as leis, normas com abrangência igualitária sobre todos e consequências comuns, o que regula as relações entre indivíduos/sociedade e mercado são os contratos, que se estabelecem nos espaços privados que, de outra forma, reinterpretem o uso do espaço público para seu gozo e domínio.

Como consequência, o espaço público deixa de ser a arena onde se dão as relações entre iguais, como na pólis grega, em que representantes da própria sociedade regulam sua ocupação e fruição, e passa a ser o espaço onde ocorrem as relações entre desiguais, aqueles que podem reivindicar participação no uso do espaço público agora dominado pelas conexões privadas que se estabelecem em decorrência de relações contratuais.

Ora, se as relações privadas passam a dominar o espaço público para seu gozo de acordo com as relações desiguais que estabelecem entre os indivíduos, ocupando o espaço que antes era comum e igualitário de forma desigual e segregada, isso significa assumir que uns serão incluídos enquanto outros excluídos do proveito de tais espaços, desequilibrando o pêndulo da cidadania.

Sendo o espaço público o universo natural onde se estabelecem as relações políticas – no sentido existencial – de uma sociedade, resta claro que é onde, de fato, também se garante a materialização dos sistemas políticos – no sentido governamental – destas mesmas sociedades.

É neste cenário, no qual Marilena Chauí<sup>174</sup> constata a indissociabilidade entre democracia – sistema político vigente em grande parte das sociedades mundiais atuais – e espaço público e o quanto as políticas neoliberais e mercantilizadoras caracterizadas pela valorização do espaço privado o corroem, que surgem as sociedades virtuais, que ocuparam o espaço público na esfera virtual, excluindo muitos atores sociais de forma antidemocrática, mas em perfeita sintonia com o objetivo de capitalizar o espaço público de forma privada.

É na seara da internet que as sociedades digitais se estabelecem, que a virtualização dos espaços públicos acontece, e onde é ainda mais fácil capitalizar, para usufruto privado,

---

174 CHAUÍ, Marilena. *Ética e Violência*, em Teoria e Debate, ed. 39, Londrina, 1998. Disponível em <https://teoriaedebate.org.br/1998/10/01/etica-e-violencia/>. Consultado em 11/04/2022.

os espaços de materialização da existência e convivência. Agora, estes espaços conseguem agregar um número ainda maior de pessoas, diluindo aos poucos o conceito clássico de comunidade<sup>175</sup> e ampliando ainda mais o conceito de sociedade<sup>176</sup> naquela que se estabelece para além dos limites do físico, do local e dos comuns.

Na sociedade digital o mundo parece maior, os comuns não se identificam mais apenas por sua proximidade física, cultural ou social, mas se aglutinam por ideologias e interesses comuns. Os valores não se estabelecem mais por histórico social, mas por realidades subjetivas e atuais, que não estão necessariamente vinculadas ao espaço territorial e ao que está próximo. A sociedade digital passa a servir para reforçar grupos étnicos, ideológicos, políticos, religiosos, e afins, não apenas ligados por uma mesma cultura ou um mesmo território.

A Internet e os espaços públicos que lá se estabelecem dão a esses grupos a possibilidade de superar fronteiras geográficas, barreiras normativas e limites legais que, até agora, eram 'monopólio' de um Estado – do Estado.

Se antes, nas sociedades democráticas mundiais, quem determinava previamente as bases nas quais os usos do espaço público se legitimavam era a própria sociedade, através de seus representantes democraticamente eleitos, agora, com os espaços públicos virtualizados e inseridos num cenário onde o mercado define as relações entre os sujeitos digitais e se apropria de seus espaços de convivência, quem determina as regras? E mais: quem determina quem dita as regras?

Eis as questões relevantes trazida com a virtualização da sociedade e seus espaços, e para a qual se faz necessário uma resposta legislativa e jurídica, propostas às quais o presente estudo pretende contribuir.

## **2.2 AS REDES SOCIAIS E A EXISTÊNCIA DOS CIDADÃOS NOS ESPAÇOS PÚBLICOS VIRTUAIS**

Na era da internet as redes sociais surgiram em 1997, com o Six Degrees, e expandiram seu uso em 1998, com o IRC, basicamente mais como um novo meio de comunicação, como o telefone, o e-mail ou as cartas. Entretanto, rapidamente evoluíram para a característica que mantém até hoje, como redes de socialização virtual, com a

---

<sup>175</sup> e <sup>8</sup> *Gemeinschaft e Gesellschaft*, respectivamente comunidade e sociedade, são conceitos, que intitulam o livro de mesmo nome sem tradução para o português, cunhados por Ferdinand Tönnies para diferenciar o lugar físico, espaço geográfico local no qual se estabelecem relações próximas, criação de vínculos afetivos, culturais e sociais entre os indivíduos, e pelo qual estes tenham sentimento de pertencimento – a comunidade –, daquele espaço geográfico de maior abrangência, que abarca vários daqueles locais e congregam indivíduos de várias comunidades – a sociedade.

criação do mIRC e os *instant messengers* de diversas plataformas de internet discada, que tão rapidamente evoluíram para o ICQ, e tão logo o Orkut, até chegarmos às redes que se mantêm ativas até os dias atuais.<sup>177</sup>

Com sua rápida evolução, o que se viu foi a transformação de redes que, inicialmente, se prestavam a servir como um canal de comunicação à distância, mas foram se moldando aos desejos de seus usuários para que tais ferramentas representassem seu agrupamento por interesses em comum, criando salas temáticas de debates, grupos que replicavam as comunidades locais – como as escolas, igrejas, bairros, etc –, e até réplicas virtuais perfeitas dos espaços físicos tradicionais onde a socialização dos usuários se dava por intermédio de seus ‘avatars’<sup>178</sup>.

Neste contexto sociogeográfico de mudança de convívio entre os espaços públicos tradicionais e aqueles replicados para o ambiente virtual é que surgem estas redes sociais, espaços de existência e convivência dos cidadãos digitais que coabitam o universo virtual da internet, cuja regulamentação de acesso e uso fica a cargo das grandes empresas de tecnologia mundiais que detêm a propriedade das plataformas nas quais estas redes se materializam.

Apesar de estas redes se concretizarem através de plataformas privadas, são elas, atualmente, a materialidade de todo o espaço público disponível na camada acessível<sup>179</sup> da internet, dada sua essência de conectar pessoas, sendo espaço de convivência, visibilidade, relacionamento, interação e produção na internet.

Assim, tomando como base o conceito de espaço público dado por Arendth (2016), estas redes se enquadram em todos os aspectos que o definem, seja pela aglutinação de pessoas em um mesmo ‘espaço’, seja pela característica de proporcionar interação, comunicação e convivência social, pela condição de possibilitar produção cultural e intelectual, a livre manifestação de expressões, valores e ideias, ou mesmo por permitir a

---

177 GNIPPER, Patrícia. *A evolução das redes sociais e seu impacto na sociedade – Parte 1*. Artigo online publicado em Fev/2018, disponível em <https://canaltech.com.br/redes-sociais/a-evolucao-das-redes-sociais-e-seu-impacto-na-sociedade-parte-1-107830/>. Consultado em 05/04/2022.

178 O Second Life, rede social surgida no início dos anos 2000, simulava em ambiente virtual tridimensional aspectos da vida real de seus usuários, que ganhavam vida na rede através de personas cujas representações virtuais replicavam o aspecto humano – os avatares, assim como seus lugares de existência simulavam o cotidiano real de cidades e Instituições do mundo físico.

179 Exceto o ambiente da *deep web*, uma camada mais ‘profunda’ da internet, que somente é acessada por pessoas com maior capacitação tecnológica, sendo necessário conhecimento de linguagem específica para tal.

virtualização das relações territoriais<sup>180</sup>, atributos que conferem às redes sociais a qualidade de espaços públicos virtuais, os quais, assim como os espaços públicos tradicionais, impõem aos seus frequentadores limites e normas de convivência.

Na era da internet, o acesso a ela é praticamente uma condição *sine qua non* de existência dos sujeitos numa sociedade global virtual, sem o que os indivíduos estão impedidos de participar plenamente da vida pública, além de limitados em sua expressão individual, o que, por consequência, lhes retira o direito de exercerem sua cidadania, agora também digital.

Se na sociedade tradicional a ausência de um documento de identificação e um Cadastro Nacional de Pessoas Físicas – CPF fazem com que uma pessoa ‘não exista’ – no sentido material, e não formal, do termo –, impedindo-a de frequentar espaços públicos tradicionais (escolas, hospitais, etc) e exercer de forma plena seus direitos, na sociedade virtual é, na devida proporção, a ausência de uma conta em rede social que inflige tal invisibilidade.

Participação política, social, cultural, estabelecimento e manutenção de relações familiares, afetivas, profissionais, atividades intelectuais, visibilidade pessoal... uma rede social para cada propósito, mas todas possuem em comum a capacidade de proporcionar a efetivação de todos estes importantes vínculos de existência social no ciberespaço: Whatsapp, Facebook, Instagram, Tik Tok, Snapchat, Telegram, Tinder, LinkedIn, e tantas outras. Cada uma com suas regras específicas de acesso, participação e exclusão.

Assim como nos espaços públicos tradicionais a existência de regras, normas e limites para acesso, usufruto e participação não podem impedir<sup>181</sup> a entrada e a permanência dos indivíduos nestes locais, nos espaços públicos virtuais igualmente não se pode impedir ingresso e participação, nos mesmos moldes, sob pena de se estar violando direitos e garantias fundamentais dos indivíduos.

Neste aspecto, Estrela Serrano traduz a conclusão de Feintuck<sup>182</sup> sobre o acesso às mídias sociais no ambiente virtual da internet:

---

<sup>180</sup> Quando, por exemplo, o Facebook ou o Whatsapp permitem aos usuários a criação de comunidades virtuais que espelhem a realidade territorial, física e geográfica em que um indivíduo está inserido, como um grupo de bairro, um grupo da escola, um grupo de amigos

<sup>181</sup> Tal impedimento somente pode se dar como penalidade em decorrência do descumprimento das regras impostas, após o curso do devido processo legal e com a garantia de direitos fundamentais como o contraditório e a ampla defesa, nos termos da legislação constitucional vigente.

<sup>182</sup> FEINTUCK, Mike. *Regulating the Media Revolution: In Search of the Public Interest*. 1997. APUD SERRANO, Estrela. *O espaço público e o papel do Estado na sociedade global da informação*. 1998. Disponível em <http://bocc.ufp.pt/pag/serrano-estrela-espaco-publico-estado.pdf>



*Se efectivamente a cidadania implica participação na sociedade, pode dizer-se que, numa era em que a participação efectiva está, cada vez mais, relacionada com o acesso aos media como primeiro fórum para a comunicação política e cultural, então o acesso aos media tornou-se, ele próprio, um pré-requisito para a efectiva soberania.<sup>183</sup>*

Da mesma forma, o acesso aos meios de interação e participação social na internet, na sociedade atual, reflete um pré requisito para a própria soberania popular, à medida que um dos elementos para a autodeterminação dos povos – um dos elementos fundamentais da soberania – é a visibilidade de seus indivíduos e a defesa de sua própria existência na sociedade em que vivem e, numa sociedade global virtual, para Existir (visibilidade) é necessário participar dos espaços públicos virtuais – aqueles onde os sujeitos exprimem suas ideias, interagem com seus pares, reivindicam sua posição de ser político e cultural, e compartilham do mesmo espaço convivendo pacificamente com as diferenças e divergências.

É pelas mídias digitais que os atores do universo digital adquirem sua existência no mundo virtual, mas é através das redes sociais que estes indivíduos materializam esta existência no ciberespaço, logo, são necessárias para o exercício da vida na coletividade virtual. Já dizia Aristóteles<sup>184</sup> que o homem é um ser social, pois necessita pertencer a uma coletividade para viver, e não é diferente no mundo virtual. Se a coletividade é uma necessidade humana, existir nas redes sociais é um direito de cada indivíduo, que deve poder ser exercido de acordo com a vontade subjetiva de cada um.

Assumindo a necessidade de Existência neste universo social das redes virtuais para consolidação de uma sociedade digital fortalecida, não só os indivíduos precisam de visibilidade e participação, mas também as Instituições, motivo pelo qual se constata a forte presença das Instituições nacionais nas mais diversas redes sociais.

Assim, ao contrário dos indivíduos, que no âmbito da vida física podem escolher se isolar do convívio social e viverem alijados da vida pública, ou no âmbito virtual podem optar por não participar da coletividade e dos espaços públicos das redes, as Instituições

---

<sup>183</sup> Tradução: Se efetivamente a cidadania implica participação na sociedade, pode-se dizer que, numa era em que a participação efetiva está, cada vez mais, relacionada com o acesso às mídias sociais como primeiro fórum para a comunicação política e cultural, então, o acesso a estas mídias tornou-se, ele próprio, um pré-requisito para a efetiva soberania.

<sup>184</sup> ARENDTH, 2016.

não tem opção pela não existência na sociedade, vez que são elas um dos pressupostos de existência da própria sociedade em si.

Com perfis nas mais relevantes redes com participação no Brasil estão presentes o Poder Executivo, o Legislativo e o Judiciário, além de todas as Instituições da Sociedade Civil Organizada, e não apenas por mera presença formal neste ambiente, mas pelo reconhecimento que tais espaços são fundamentais na representação do poder que estas exercem no território físico e precisam continuar exercendo no território virtual, sem o que a constituição da sociedade ficaria fragilizada.

Deste modo, percebe-se que apesar de constituídas num ambiente virtual, a essência das redes sociais continua sendo as conexões que estas possibilitam num contexto social – as conexões humanas. Logo, independentemente do suporte tecnológico privado em que as redes sociais se estabelecem, são nas interações humanas e institucionais que estão a essência de sua existência, porquanto estas são a essência da coletividade.

Por este motivo, da mesma forma que indivíduos e Organizações privadas no espaço público tradicional devem submeter-se às regulações públicas de suas atividades, igualmente no espaço público virtual tal submissão deve ocorrer, e o Estado deve estar preparado e disposto para exercer seu papel de Órgão regulador das relações coletivas também no ciberespaço, garantindo que os direitos fundamentais dos cidadãos e entidades sejam exercidos nos moldes dos ditames legais e constitucionais.

Atualmente, as empresas de tecnologia possuem irrestrita liberdade para estipularem as políticas de acesso aos espaços públicos virtuais que administram em suas plataformas privadas, especialmente no que tange às regras de participação e exclusão por descumprimento de seus códigos de conduta. Contudo, tal regulamentação não pode ser estritamente privada e a fiscalização da regulação destes espaços deve passar pelo crivo do Estado, sob pena de privatização de atribuições de competência exclusiva do Poder Público, como o poder de polícia, por exemplo.

Para garantir a satisfação dos direitos digitais, especialmente o direito de existência – primazia da Dignidade da Pessoa Humana –, é necessário que se assegure aos cidadãos e entidades digitais a visibilidade, a liberdade de expressão e locomoção (aqui compreendido como o direito de transitar no espaço público), os direitos políticos, a livre associação, o direito de reunião, o contraditório, a ampla defesa, ou seja, direitos estes que, no ciberespaço, somente são amplamente assegurados com a participação nos espaços coletivos virtuais, nos quais se inserem as redes sociais.

Deve o Estado atuar para que as políticas destas plataformas se adequem ao direito dos cidadãos digitais de existirem e participarem dos espaços públicos virtuais, coibindo

as desconformidades entre as políticas privadas das administradoras das redes sociais e a legislação brasileira, impondo limites ao poder regulatório dos entes privados que detém a propriedade destes meios virtuais, bem como evitando a sub-rogação ilimitada da liberdade regulatória nestes ambientes a terceiros particulares, evitando uma assimetria de poder e direitos entre os usuários destas plataformas e entre os cidadãos e as administradoras dos serviços.

### **2.3 A REGULA(MENTA)ÇÃO DOS AMBIENTES VIRTUAIS E A GARANTIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NOS ESPAÇOS PÚBLICOS VIRTUAIS**

A legislação existente no Brasil sobre os direitos do cidadão no universo virtual ainda é tímida frente à importância da vida virtual para a sociedade digital em que vivemos, e está mais assentada na aplicação prática de valores e princípios, do que sobre normas objetivas de conduta.

Exceto a chamada Lei Carolina Dieckman (lei 12.737/2012) e a lei 13.718/18, que especializaram tipos penais já previstos no códex penal, adequando-os especificamente ao universo da internet, o pouco que se tem de regulamentação sobre a existência e convivência no ambiente virtual se assemelha mais a uma 'carta de valores' à luz dos princípios Constitucionais do que propriamente dito a normas ordinárias de ação, conduta e controle.

Neste sentido são o Marco Civil da Internet (lei 12.965/14), a Lei Geral de Proteção de Dados – LGPD (lei 13.709/18), que cuidam muito mais de espelhar para o ambiente virtual o escopo das garantias constitucionais já previstas na Carta Magna brasileira, atribuindo-lhes valores um pouco mais direcionados para a convivência virtual e reforçando o papel regulatório e fiscalizador do Estado nas relações estabelecidas na seara virtual, do que de tratar precisamente de ações, meios, métodos, ferramentas e controles a serem implementados junto aos agentes virtuais para a garantia dos direitos dos cidadãos digitais no ciberespaço.

Tal posição fica clara numa breve análise dos *caputs* e alguns dos incisos dos art. 2º, 3º e 4º do Marco Civil da Internet, com os grifos necessários, que são os balizadores de todo o referido texto legal:

*Art. 2º A disciplina do uso da internet no Brasil tem como fundamento o respeito à liberdade de expressão, bem como:*

*II - os direitos humanos, **o desenvolvimento da personalidade e o exercício da cidadania em meios digitais;***

*VI - **a finalidade social da rede.***

*Art. 3º A disciplina do uso da internet no Brasil tem os seguintes princípios:*

*IV - preservação e garantia da **neutralidade de rede;***

*VII - preservação da **natureza participativa da rede;***

*VIII - **liberdade dos modelos de negócios promovidos na internet, desde que não conflitem com os demais princípios estabelecidos nesta Lei.***

*Art. 4º A disciplina do uso da internet no Brasil tem por objetivo a promoção:*

*I - do **direito de acesso à internet a todos;***

Como se pode perceber na referida lei, o desenvolvimento da personalidade (existência) dos cidadãos virtuais, o caráter social do ambiente, a natureza participativa do espaço virtual, a neutralidade da rede, o direito de acesso e a necessária adequação dos modelos privados de negócio aos princípios nela estabelecidos são garantias dos usuários de todas as plataformas digitais.

Entretanto, apesar dos mais de 8 anos de vigência do referido Marco legislativo, ainda hoje a regulação prática pelo Estado dos espaços públicos virtuais é mínima. E isso é o que vemos diariamente pela forma como as empresas de tecnologia lidam livremente com a aplicação de suas regulamentações internas, muitas vezes de forma arbitrária, com decisões unilaterais que violam os direitos dos usuários, sem que o Poder Público venha atuando no sentido de coibir tais práticas.

Exemplos claros disso são verificados mais frequentemente nas plataformas do Twitter, Instagram e Facebook, redes sociais que atuam ativamente na dita 'moderação' dos conteúdos digitais postados pelos usuários e que, muitas vezes, não respeitam princípios constitucionais essenciais.

Nestas plataformas, conteúdos postados pelos usuários (que podem ser denunciados por outros usuários ou apenas identificados pelo algoritmo dos aplicativos) são analisados mais a fundo pela Inteligência Artificial das empresas, bem como por seus empregados (os chamados moderadores), e geram desde a invisibilidade e exclusão de

conteúdos postados, passando pelo bloqueio temporário das contas e chegando até mesmo ao banimento<sup>185</sup> dos usuários destas ferramentas.

Ocorre que tais penalidades são regulamentadas pelas próprias empresas administradoras de tais ferramentas e aplicadas de forma unilateral por elas mesmas, apenas conforme sua própria interpretação de seus próprios termos de serviço, que são impostos aos usuários como um contrato de adesão, sem que haja qualquer possibilidade de contraditório ou defesa (prévia ou não) por parte dos usuários, o que viola os direitos destes indivíduos nos espaços públicos virtuais.

No Twitter<sup>186</sup>, por exemplo, os conteúdos denunciados por outros usuários ou identificados pela IA da empresa que firmam as regras de conduta no aplicativo são sumariamente invisibilizados e a conta é temporariamente bloqueada até que o usuário exclua o conteúdo apontado como impróprio, sob a condição de confissão tácita (pela simples exclusão para a retomada da conta) da violação das regras da comunidade.

Caso confirme a exclusão do conteúdo – única forma célere de ter sua conta desbloqueada –, assumindo a suposta violação das normas, o usuário ganha uma ‘advertência’ automática em seu perfil, servindo como graduação para futuras sanções mais severas em caso de novas ocorrências. Se não confirmar a exclusão, tem sua conta permanentemente bloqueada até que um possível recurso (cujo campo para os argumentos de defesa do usuário é limitado a menos de 100 caracteres) seja unilateralmente apreciado e julgado pela própria plataforma, com base em seus próprios termos.

A análise do recurso não tem prazo estipulado para resposta, permanecendo a conta bloqueada até sua conclusão. Se acatada a contestação, a conta é desbloqueada. Se não, permanece inativa para uso, impedindo o usuário de exercer seu direito de existência, participação e expressão acessando novamente aquele ambiente virtual. Após uma quantidade estipulada de bloqueios e suspensões, o usuário pode ser definitivamente banido da plataforma.

---

<sup>185</sup> Um dos casos mundialmente mais emblemáticos de banimento de uma rede social ocorreu com o então Presidente dos Estados Unidos, Donald Trump, que, em 01/2021, teve sua conta no Twitter permanentemente banida do aplicativo sob a alegação de ‘risco de uma incitação maior de violência’, em razão do episódio da invasão do Capitólio, sede do poder legislativo do Estado Americano.

<sup>186</sup> Segundo os Termos de Serviço da plataforma, disponível em <https://twitter.com/pt/tos>.

No Instagram<sup>187</sup> e no Facebook<sup>188</sup>, em outro exemplo, além de uma escalada semelhante de penalidades, conteúdos analisados por Inteligência Artificial ou denunciados podem ser deliberadamente excluídos da conta do usuário pelas próprias empresas, sem qualquer prévia comunicação ou possibilidade de defesa, e isso inclui qualquer coisa que as próprias plataformas julguem impróprias, inclusive manifestações artísticas, expressões políticas, e até mesmo grupos temáticos e comunidades virtuais inteiras, com milhares de membros, entre outras penalidades.

Ora, se no Brasil a Constituição proíbe veementemente penas perpétuas ou de banimento, por exemplo, não há que se permitir que regulamentações privadas de espaços públicos virtuais contrariem direitos tão relevantes e expressos em nossa Constituição, impondo ônus indevido aos cidadãos pela violação de seus direitos de existência, de participação, de expressão, de reunião, de liberdade, de ampla defesa, de contraditório, do devido processo legal, entre outros.

Para evitar que tais violações ocorram, é necessária atuação constante e ativa do Estado na fiscalização dos modelos de negócio no ciberespaço estejam de acordo com o disposto no art. 3º, VIII, da lei 12.965/14.

É neste sentido que Habermas<sup>189</sup> defende que a regulamentação não deve ser restrita às normas para a criação de novas ferramentas de convívio social virtual, sendo importante a regulação de suas atividades:

*O que está em jogo é não apenas o surgimento de diversos espaços de manifestação da opinião pública, mas também, as formas de administrar o seu controle.*

Outra forma muito comum de assimetria de poder entre os cidadãos virtuais, é a sub-rogação da regulação dos espaços públicos virtuais nas redes sociais, por meio da concessão, pelas plataformas, de poder regulatório das comunidades virtuais por particulares.

Um claro exemplo disso é visto nos grupos do Facebook, nos quais os membros administradores estipulam suas regras de convivência e participação internas, mas detém o poder de impedir a entrada ou banir permanentemente membros independentemente

---

187 Segundo os termos de serviço da plataforma, disponível em <https://pt-br.facebook.com/help/instagram/581066165581870>.

188 Segundo os termos de serviço da plataforma, disponível em <https://pt-br.facebook.com/terms/>.

189 HABERMAS, 1984.

do cumprimento de requisitos para admissão ou do descumprimento de quaisquer das regras estabelecidas.

Como consequência, por exemplo, é possível que moradores de uma região sejam impedidos de participar dos grupos de seu próprio bairro, ou que estudantes sejam impedidos de ingressar em comunidades do colégio em que estudam, ou mesmo excluídos destas redes de forma arbitrária sem que tenham descumprido quaisquer das normas de convivência e participação, não havendo moderação e recursos nesse sentido.

Numa simples comparação, é como se um cidadão fosse impedido de entrar em uma praça pública em seu bairro (ou em qualquer bairro fora de sua região), ou retirado à força de um shopping sem que tivesse cometido nenhum ato atentatório às regras de convivência naquele espaço, ou mesmo que um particular pudesse proibir a entrada e permanência de outrem em uma escola, um cinema, uma praia...

Perceba-se: também de espaços físicos privados são compostos os espaços públicos tradicionais, entretanto, não é permitida a exclusão de indivíduos destes espaços de forma discriminatória e por deliberada vontade de seus administradores – como no caso dos shoppings centers ou das escolas privadas. Da mesma forma os espaços públicos virtuais, que, concretizados nas redes sociais, são administrados por plataformas privadas, mas igualmente não podem tratar seus frequentadores de forma desigual ou privá-los de participação por deliberada vontade ou julgamento unilateral.

Neste cenário, não se pode permitir que as redes sociais, enquanto espaços públicos virtuais, sejam utilizadas de modo a práticas ilegais e inconstitucionais, protegendo os direitos dos cidadãos de ingressar, existir, habitar, participar e socializar nestes ambientes de forma equânime com os demais.

Com esta falta de regulação Estatal é comum, por exemplo a prática de políticas atentatórias aos direitos dos cidadãos digitais, como a geodiscriminação – caso do *geoblocking* e do *geopricing*, que caracterizam o bloqueio de ofertas e conteúdos ou a diferenciação de preços em função da localização geográfica dos usuários –, o *ciberbullying* – casos de práticas de assédio, exclusão, perseguição, humilhação, agressão e assemelhados de forma sistemática –, entre outras formas de discriminação e práticas ilícitas online que violam efetivamente normas legais e princípios constitucionais e que é papel do Estado reprimir, mesmo na ausência de regras específicas.

Muito embora o Marco Civil da Internet garanta uma série de direitos acerca da neutralidade da rede, da existência e privacidade dos usuários, da liberdade de expressão, entre outras garantias legais e constitucionais, ainda é ineficaz para a proteção dos direitos fundamentais violados pelos administradores dos espaços públicos na internet,

especialmente por suas representações mundiais fora do território nacional, excluídos da incidência da legislação pátria, o que de forma alguma pode servir de fundamento para consubstanciar a falta de regulação destes espaços pelo Estado.

Não se pode permitir que os direitos dos cidadãos digitais e as obrigações efetivas das plataformas controladoras das redes sociais estejam reguladas e limitadas unicamente por um contrato de adesão firmado entre as partes, pois tal pacto de vontades é evidentemente assimétrico e baseado na desigualdade entre seus membros.

Em contraponto a essa permissibilidade está a ideia de Foucault<sup>190</sup> sobre as obrigações dos Governos, segundo a qual o ato de governar “é estruturar o eventual campo de ação dos outros”. Logo, pressuposto de existência dos Estados a necessidade de governar os objetivos das plataformas que hospedam espaços públicos virtuais, fundamentalmente quando seus objetivos distam em muito daqueles declarados na legislação brasileira para proteção dos direitos dos cidadãos.

Se nem os softwares, nem os algoritmos, tampouco os objetivos das empresas proprietárias das plataformas virtuais são neutros, necessário que o Governo haja para assegurar tal direito à neutralidade da rede como requisito para a garantia de todos os demais direitos dos usuários destas plataformas, conforme previsto na lei 12.965/14.

Isso significa dizer que, para garantir tais direitos, o Estado deve zelar minimamente, entre outras coisas, pela criação de medidas que restrinjam o poder deliberativo das plataformas no que tange ao ingresso e permanência de usuários nos espaços públicos virtuais, assim como pela implementação de mecanismos de transparência nas decisões tomadas pelas plataformas, especialmente sobre os termos de serviço (penalidades, participação, exclusão, etc), que não imponham uma assimetria de poder exacerbada sobre os usuários.

Outra necessidade, é a necessidade de zelar pela adoção de regras claras e dentro dos ditames legais e constitucionais para invisibilização e exclusão de conteúdos pelas plataformas, garantindo a liberdade e possibilidade de expressão artística, política, intelectual, científica, sociocultural, etc, além de garantir fiscalização das políticas que violem a existência dos cidadãos digitais, com atentados ao desenvolvimento de sua personalidade no ciberespaço, regulamentando normas para a suspensão e impedindo penalidades com o banimento de contas.

Além disso, também se faz urgente, por exemplo, a criação e controle da aplicação prática de critérios de sub-rogação de poderes pelas plataformas aos particulares para

---

<sup>190</sup> FOUCAULT, Michel. O sujeito e o Poder. In DREYFUS, H. L.; RABINOW, P. Michel Foucault – Uma trajetória filosófica: para além do estruturalismo e da hermenêutica. Rio de Janeiro. Ed. Forense Universitária, 1995. P. 251.



administração dos espaços públicos virtuais, de modo a garantir a igualdade entre seus membros, e a adoção de auditorias e fiscalização ativa constante nos algoritmos das plataformas, garantindo a neutralidade da rede e lisura dos administradores no trato com as informações pessoais dos cidadãos; entre outras.

Estas são apenas algumas medidas urgentes e necessárias para assegurar existência dos cidadãos digitais e preservar seus direitos, entretanto, o desafio na definição do interesse público para a governança e regulação dos espaços públicos virtuais no Brasil vai muito além de simplesmente garantir direitos constitucionais aos seus cidadãos digitais, atingindo interesses econômicos de grandes grupos de mídia e tecnologia que controlam a sociedade da informação.

Assim, tendo por base a divisão dialética proposta por FREITAS<sup>191</sup>, entre aqueles que defendem a autorregulação da internet em função de seu caráter transnacional e aqueles que defendem a governança combinada entre o direito, as normas sociais, os princípios de mercado e os próprios termos de serviço das plataformas, a falta de maturidade da normatização virtual brasileira ainda nos obriga a adotar uma postura *ciberpaternalista* e defender o papel regulador e fiscalizador do Estado frente às plataformas online, para assegurar uma sociedade virtual que garanta a preservação das garantias constitucionais de seus cidadãos digitais em seu direito de existência, convívio e participação nos espaços públicos virtuais representados pelas redes sociais.

### **3. CONCLUSÃO**

O que se conclui com o presente estudo é a premente e urgente necessidade de adoção de medidas de regulação dos espaços públicos virtuais pelo Estado, reduzindo a irrestrita cessão do domínio deste importante cenário de existência e convivência social à iniciativa privada, o que permitiu uma capitalização indevida de seu uso que excluiu, de forma antidemocrática, a possibilidade do exercício da cidadania plena pelos indivíduos digitais no ambiente virtual.

Sendo, na sociedade digital em que vivemos, o acesso internet e o direito de existência e participação do cidadão no ciberespaço direitos a serem garantidos amplamente a todos, conforme previsto no Marco Civil da Internet e na Constituição Federal, deve existir a atuação efetiva do Estado com a adoção de providências que preservem a satisfação de tais direitos de forma equitativa, não discriminatória e

---

<sup>191</sup> FREITAS, Marcio Luiz Coelho. *Entre tecnodeterminismo e interesse público: limites e possibilidades de regulação da internet*. Revista de Direito, Estado e Telecomunicações, Brasília, v. 10, n. 1, p. 125-146, maio 2018.

democrática, baseado em critérios igualitários e objetivos de participação social nos meios virtuais.

É importante que, mais que apenas a existência de uma regulamentação formal – que, por si só, demanda aplicação efetiva e atualização mais célere –, existam medidas práticas de controle que reforcem a dominância do Estado enquanto regulador do espaço público virtual, visando garantir que as normas aplicáveis a estes ambientes consigam traduzir a interpretação e aplicação efetiva das garantias Constitucionais aos cidadãos que habitam o ambiente digital, assegurando o acesso, a existência, a convivência social e a participação dos indivíduos digitais de forma plena.

Mesmo com o surgimento de alguma legislação sobre o tema, a falta de atuação mais específica dos poderes legislativo e executivo no sentido de regular e fiscalizar as atividades privadas dos ‘proprietários’ das plataformas onde se hospedam os meios de convivência social digital, que representam o espaço público virtual – as redes sociais –, tem dificultado a atuação do poder judiciário em casos que envolvam a garantia de direitos fundamentais na internet, gerando decisões controversas e insegurança jurídica, o que deve ser motivo de cobrança ostensiva pela sociedade na defesa de seus direitos.

Assim, é papel do Estado impedir que mecanismos de regulação privados determinem de forma subjetiva quem tem ou não direito de existir e participar dos espaços públicos virtuais e sob quais termos, garantindo que as normas de utilização e participação destes espaços estejam de acordo com as garantias legais e constitucionais vigentes, para que a atuação indevida dos entes privados não impeça o direito de existência dos sujeitos virtuais e, conseqüentemente, do pleno exercício de sua cidadania.

Pois, o que se vê é que, apesar de tamanha importância do tema, o poder público ainda não dispõe de ferramentas e legislação adequadas para fiscalizar e regular os espaços públicos virtuais, tampouco parece buscar caminhos céleres neste sentido, pelo que se faz necessária, cada vez mais, a participação social na cobrança sobre medidas que efetivamente garantam proteção de sua existência na sociedade global virtual.

## REFERÊNCIAS

ARENDTH, Hannah. *Entre o passado e o futuro*. Trad. Mauro W. Barbosa. Ed. Perspectiva, SP, 2016.

ASCHER, François. *Métapolis: Acerca do futuro da cidade*. Trad. Álvaro Domingo. Oeiras: Editora Celta, 1998, p.37.

BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

\_\_\_\_\_. *O mal-estar da pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.

\_\_\_\_\_. *Danos colaterais: desigualdades sociais numa era global*. Tradução Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2013.

CHAUÍ, Marilena. *Ética e Violência*, em Teoria e Debate, ed. 39, Londrina, 1998. Disponível em <https://teoriaedebate.org.br/1998/10/01/etica-e-violencia/>, consultado em 11/04/2022.

FEINTUCK, Mike. *Regulating the Media Revolution: In Search of the Public Interest*. 1997. APUD SERRANO, Estrela. *O espaço público e o papel do Estado na sociedade global da informação*. 1998. Disponível em <http://bocc.ufp.pt/pag/serrano-estrela-espaco-publico-estado.pdf>

FOUCAULT, Michel. *O sujeito e o Poder*. In DREYFUS, H. L.; RABINOW, P. *Michel Foucault – Uma trajetória filosófica: para além do estruturalismo e da hermenêutica*. Rio de Janeiro: Ed. Forense Universitária, 1995. P. 251.

FREITAS, Márcio Luiz Coelho. *Entre tecnodeterminismo e interesse público: limites e possibilidades de regulação da internet*. Brasília: Revista de Direito, Estado e Telecomunicações, v. 10, n. 1, p. 125-146, maio 2018.

GNIPPER, Patrícia. *A evolução das redes sociais e seu impacto na sociedade – Parte 1*. Artigo online publicado em Fev/2018, disponível em <https://canaltech.com.br/redes-sociais/a-evolucao-das-redes-sociais-e-seu-impacto-na-sociedade-parte-1-107830/>. Consultado em 05/04/2022.

GOIS JÚNIOR, José Caldas. *O direito na era das redes: a liberdade e o delito no ciberespaço*. Bauru: Ed. EDIPRO, 2001.

GUERRA, Sidney. *O direito à privacidade na internet: uma discussão da esfera privada no mundo globalizado*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2004.

HABERMAS, Jürgen. *Mudança estrutural da esfera pública*. Rio de Janeiro. Ed. Tempo Brasileiro, 1984, p. 34.

LÈVY, Pierre. *Cibercultura*. São Paulo, Editora 34, 1999.

\_\_\_\_\_. *O que é o Virtual?* São Paulo, Editora 34, 1997.

NARCISO, Carla Alexandra F. *Espaço público: ação política e práticas de apropriação. Conceito e Procedências*. Artigo científico apresentado no curso de Letras da Universidade de Lisboa, em 10/2008. Disponível em <http://www.revispsi.uerj.br/v9n2/artigos/html/v9n2a02.html#:~:text=O%20espa%C3%A7o>

%20p%C3%BAblico%20%C3%A9%20considerado,colectiva%2C%20pertence%20ao%20poder%20p%C3%BAblico. Consultado em 05/05/2022.

OLIVEIRA, Luciano. *Comunidade e Sociedade – notas sobre a atualidade do pensamento de Ferdinand Tönnies*. Artigo publicado no Caderno de Estudos Sociológicos, Recife, v. 4, nº 1, p. 105-118, 1998. Disponível em <https://periodicos.fundaj.gov.br/CAD/article/download/1039/759>.

SILVA, Mauro; XAVIER, Dennys. *Hannah Arendt e o conceito de espaço público*. Santa Catarina: Artigo publicado na Revista Profanações, Ano 2, nº 1, p. 216-236, jan/jun, 2015.

## **O DIREITO DO CONSUMIDOR: HIPOSSUFICIÊNCIA X VULNERABILIDADE**

**KATHLEN CAROLINE ALVES DE LIMA**

**Resumo:** O presente artigo visa trazer a diferença de hipossuficiência e vulnerabilidade presentes na relações consumeristas.

**Palavras-Chave:** direito do consumidor, boa-fé objetiva, código de defesa do consumidor, hipossuficiência, vulnerabilidade.

**Abstract:** This article aims to bring the difference of hyposufficiency and vulnerability present in consumerist relationships.

**Key-words:** laws, legislative, hyposufficiency, vulnerability.

**Sumário:** 1. Introdução. 2. Da vulnerabilidade do consumidor 3. Da hipossuficiência consumerista 4. Conclusão. 5. Referências

### **1.Introdução**

O Código de Defesa do Consumidor se apresenta como um microsistema jurídico. Isso porque ele regulamenta uma parte considerável da vida em sociedade que não necessariamente se encaixa nas tradicionais categorias de Direito Público e Direito Privado. Dessa forma, como um microsistema, o Código de Defesa do Consumidor, não existe de forma isolada e estanque do resto do ordenamento brasileiro, mas se apresenta estruturado e principiologicamente apoiado na Constituição Federal, de onde retira seu fundamento de validade.

Por isso, há de ressaltar a diferença entre os dois conceitos imprescindíveis a aplicação do direito os quais se dividem em : vulnerabilidade e hipossuficiência. Desta forma, é imperiosa que haja sua diferenciação como forma de aplicação e integração da norma jurídica em comento.

Primeiramente, impõe se esclarecer que a defesa do consumidor é um princípio da ordem econômica previsto na CF/88, e o Estado (Estado-juiz, Estado- legislativo e Estado-executivo) pode intervir na economia para assegurar a proteção dos consumidores.

### **2. A vulnerabilidade do consumidor**

A vulnerabilidade é um conceito de direito material, desta forma não se relaciona a critérios processuais. Isso significa que há uma realidade na relação de consumo. O

consumidor é a parte vulnerável na relação de consumo e não há nenhuma excludente que possa retirar tal característica.

Ainda no que tange a vulnerabilidade, a doutrina aponta três vertentes desse conceito:

- a) Vulnerabilidade técnica: É o desconhecimento, por parte do consumidor, das características do produto/serviço. Essa vulnerabilidade decorre da não participação do consumidor do processo de produção, distribuição ou comercialização do bem, participando apenas da última etapa do processo de fornecimento de um bem de consumo, que é o consumo propriamente dito. A vulnerabilidade informacional pode ser considerada como espécie de vulnerabilidade técnica, é considerada a falta de informação.
- b) Vulnerabilidade jurídica: É o desconhecimento, por parte do consumidor, dos direitos e deveres da relação jurídica de consumo. Para Claudia Lima Marques, essa espécie de vulnerabilidade, denominada jurídica ou científica, também inclui a ausência de conhecimentos de economia ou de contabilidade.
- c) Vulnerabilidade econômica ou fática: O consumidor é frágil diante do fornecedor, seja em razão do forte poder econômico do fornecedor, seja em razão do fornecedor deter o monopólio fático ou jurídico da relação, ou seja, em razão de esse fornecedor desenvolver uma atividade considerada essencial.

### **3. Da hipossuficiência consumerista**

A hipossuficiência é um conceito de direito processual e constantemente confundida com vulnerabilidade. Mas para que não seja feita a confusão dos conceitos, basta associar a hipossuficiência no tocante ao ônus da prova no direito consumerista. A inversão do ônus da prova é regra de instrução: a decisão que determina a inversão do ônus da prova deve ser proferida na fase de saneamento ou, pelo menos, assegurar à parte a quem não incumbia inicialmente o encargo a reabertura de oportunidade para manifestar-se nos autos.

Ainda no tocante a hipossuficiência outro critério adotado, é aquele previsto na lei de assistência judiciária

Desta forma, a lei deve ser interpretada de forma compatível com o ordenamento jurídico, mantendo, assim, a boa fé objetiva que representa um padrão de conduta que deve ser observado por todos os fornecedores no mercado de consumo, com base em valores éticos, de modo a respeitar as expectativas do consumidor naquela relação jurídica. Infere-se o princípio da boa-fé objetiva da previsão constitucional da dignidade da pessoa humana e do princípio da solidariedade.

Sendo assim, a hipossuficiência guarda relação com os deveres de confiança e boa-fé. Já que nem todo consumidor será hipossuficiente. Tal análise do critério hipossuficiente, consubstanciada no princípio da equivalência (ou do equilíbrio material das prestações), é uma verdadeira relativização do clássico postulado civil da força obrigatória dos contratos, em prestígio à boa-fé objetiva e à função social do contrato.

#### **4. Conclusão**

Numa interpretação logico-sistemática do Direito do Consumidor, é certo que todo consumidor é vulnerável mas nem todo consumidor é hipossuficiente. Desta forma, quanto a hipossuficiência há uma presunção relativa da mesma, isto é, admite-se prova em contrário. Porém no tocante a vulnerabilidade, há uma presunção absoluta.

Sendo assim, importante que os conceitos não sejam trocados até mesmo porque as diferenças entre os conceitos são substanciais.

Por isso, imprescindível a diferenciação entre os conceitos embora a princípio possam ser confundidos. Dessa forma, para aferir a legitimidade e legalidade ao microsistema consumerista impõe-se não confundir os conceitos supra citados.

#### **5. Referências**

MARQUES, Claudia Lima. Manual de direito do consumidor. Antonio Herman V. Benjamin, Claudia Lima Marques e Leonardo Roscoe Bessa. São Paulo: RT, 2007. P.91.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 1988.

BRASIL. Lei no 8.078 (1990). Código de Defesa do Consumidor.

MARQUES, Claudia Lima. 25 anos de Código de Defesa do Consumidor e as sugestões traçadas pela Revisão de 2015 das Diretrizes da ONU de proteção dos consumidores para a atualização. Revista de Direito do Consumidor. vol. 103. ano 25. p. 55-100. São Paulo: Ed. RT, jan.-fev. 2016.

NUNES; Luiz Antonio Rizzato. Curso de Direito do Consumidor / Rizzato Nunes. - 7. ed. rev. e atual. - São Paulo: Saraiva, 2012.

## PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS E ARBITRAGEM: A QUEM COMPETE O JULGAMENTO QUANDO INEXISTE URGÊNCIA?

**EDSON FRANCISCO ROCHA NETO:**

Advogado formado pela UFPR. Mestrando em Direito Processual Civil na UERJ. ACI Arb. Membro da DRBF.

**CARLO FRANCESCO MARINONI ABDO**<sup>192</sup>

(coautor)

### 1. Introdução

A Lei de Arbitragem (n.º 9.307/1996) não conceitua objetivamente o que é a arbitragem, de forma que tal tarefa foi deixada para a doutrina. Na definição de Carlos Alberto Carmona, a arbitragem “é uma técnica para a solução de controvérsias através da intervenção de uma ou mais pessoas que recebem seus poderes de uma convenção privada, decidindo com base nesta convenção e sem intervenção do Estado, sendo a decisão destinada a assumir a eficácia de sentença judicial”.<sup>193</sup>

A autonomia privada é elemento fundamental de sua definição. Não existe, no Brasil, nenhuma arbitragem genuinamente obrigatória.<sup>194</sup> Portanto, a arbitragem decorre da liberdade individual e possui proteção constitucional extraível do *caput* do art. 5º, da Constituição Federal. A autonomia privada se expressa na assinatura da *convenção arbitral*, gênero que comporta duas espécies. A *cláusula compromissória* é convenção realizada previamente ao surgimento de qualquer litígio. No caso de convenção após o surgimento de algum conflito, dá-se o nome de *compromisso arbitral*. A distinção, portanto, é temporal.<sup>195</sup>

---

<sup>192</sup> Advogado formado pela PUCPR.

<sup>193</sup> CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo*. 3ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2007. p. 15.

<sup>194</sup> FICHTBER, José Antônio; MANNHEIMER, Sergio Nelson; MONTEIRO, André Luís. *Teoria Geral da Arbitragem*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2019, p. 33.

<sup>195</sup> SANTOS JR., Clodoaldo Moreira dos; COSTA, Tiago Magalhães. *Convenção arbitral e sua importância na pandemia de covid-19*. Migalhas, 2020. Disponível em: <https://migalhas.uol.com.br/depeso/325873/convencao-arbitral-e-sua-importancia-na-pandemia-de-covid-19>. Acesso em 01.09.22.



Na hipótese de compromisso arbitral – ou seja, firmado após o surgimento de conflito entre as partes –, pouco interessa em matéria de antecipação probatória. O conflito já existiria e, no máximo, as partes poderiam requerer a produção imediata das provas em um tribunal arbitral constituído. A problemática pode surgir no caso de cláusulas compromissórias – firmadas, portanto, antes do surgimento de conflitos – que não prevejam a competência para as ações probatórias autônomas.

Marcos Bernardes de Mello conceitua que “negócio jurídico é o fato jurídico cujo elemento nuclear do suporte fático consiste em manifestação ou declaração consciente de vontade”.<sup>196</sup> Percebe-se que tal conceito engloba as convenções arbitrais.

Enquanto negócio jurídico por meio do qual há renúncia de direito (de acessar à jurisdição estatal), não devem ser amplamente permitidas interpretações extensivas da convenção de arbitragem.<sup>197</sup> Por sua vez, o art. 113, do Código Civil, prevê que “os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”. Assim, os ditames da boa-fé devem ser respeitados para a interpretação dos limites da convenção arbitral.

A partir desta perspectiva, Carolina Costa Meirelles sugere uma diretiva neste sentido para os casos de omissão nas convenções arbitrais quanto às ações probatórias: “é necessário (...) interpretar a convenção de arbitragem de acordo com os ditames da boa-fé, buscar a real intenção das partes e, ainda, respeitar os limites interpretativos dos negócios que implicam renúncia, de acordo com os arts. 112 a 114 do Código Civil”.<sup>198</sup>

Veremos que as soluções serão diferentes a depender de um requisito da antecipação probatória: a urgência. Havendo urgência, a doutrina já consolidou um entendimento. No entanto, se não houver urgência, ainda há discussões importantes.

## **2. Competência para a produção antecipada de provas havendo urgência**

---

<sup>196</sup> MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 225.

<sup>197</sup> MEIRELES, Carolina Costa. *Produção antecipada de provas e arbitragem: uma análise sobre competência*. São Paulo: Revista de Processo, vol. 303, p. 451-478, Maio/2020, p. 455.

<sup>198</sup> *Ibid.*

O conceito clássico da produção antecipada de provas é aquele em que ela assume papel de tutela cautelar. Sua concessão – até o Código de Processo Civil de 2015 – pressupunha urgência.<sup>199</sup>

A antecipação fundada em urgência ainda existe e está prevista no artigo 381, inciso I, do diploma atual. Vejamos:

Art. 381. A produção antecipada da prova será admitida nos casos em que:

I - haja fundado receio de que venha a tornar-se impossível ou muito difícil a verificação de certos fatos na pendência da ação;

De acordo com a doutrina, são exemplos comuns na prática arbitral: (i) a verificação da qualidade dos produtos antes de serem vendidos ou perecerem; (ii) a oitiva de testemunha importante em grave estado de saúde ou em estado terminal; (iii) a análise de resultados financeiros e levantamento de documentos contábeis que precisam ser preservados; e (iv) a verificação do estado de determinada obra ou construção.<sup>200</sup>

No caso de existência convenção arbitral referente ao potencial litígio, resta saber se houve especificação de competência para eventual produção antecipada de prova e se o tribunal arbitral já foi instaurado. Combinando estas duas informações, matematicamente, temos quatro hipóteses para resolver. Resta saber, portanto, o que ocorre se:

- i)** O tribunal está constituído e a cláusula prevê a competência arbitral para antecipação de provas;
- ii)** O tribunal está constituído e a cláusula não prevê a competência arbitral para antecipação de provas;
- iii)** O tribunal não está constituído e a cláusula prevê a competência arbitral para antecipação de provas;

---

199 AMARAL, Paulo Osternack. Produção antecipada de prova no novo CPC. Migalhas, 2015. Disponível em: <https://migalhas.uol.com.br/depeso/226528/producao-antecipada-de-prova-no-novo-cpc>. Acesso em 01.09.22.

200 CARRETEIRO, Mateus Aimoré. *Tutelas de urgência no processo arbitral*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 63

- iv)** O tribunal não está constituído e a cláusula não prevê a competência arbitral para antecipação de provas.

O artigo 19 da Lei de Arbitragem dita que “considera-se instituída a arbitragem quando aceita a nomeação pelo árbitro, se for único, ou por todos, se forem vários”.

Na *primeira hipótese*, não deve haver nenhuma controvérsia. Se a cláusula é expressa ao prever a competência arbitral para processamento de medidas probatórias autônomas e o tribunal está instaurado, não existe qualquer razão para assim não o fazerem. O art. 22-C, parágrafo único, da Lei de Arbitragem, prevê que estando “instituída a arbitragem, a medida cautelar ou de urgência será requerida diretamente aos árbitros”.

Tratando-se de urgência para a produção probatória com uma arbitragem instaurada, o procedimento pode ser modelado de acordo com o caso concreto. Não seria hipótese de medida probatória autônoma, mas sim de readaptação da ordem dos atos processuais. A plasticidade procedimental permite isto – afinal, a arbitragem é regida pelo princípio da informalidade<sup>201</sup>, que possibilita um processo mais célere e econômico. De qualquer maneira, esta alteração da ordem da produção probatória já é permitida, também, nos processos judiciais, nos termos do artigo 139, IV, do Código de Processo Civil.<sup>202</sup>

Na *segunda hipótese*, temos um falso problema. É irrelevante as partes terem ou não convencionado sobre a competência para a medida antecipatória de prova. Se o tribunal foi constituído, o árbitro é quem terá poder para as medidas acautelatórias. O procedimento será o mesmo da primeira hipótese – ou seja, não haverá propriamente uma ação de produção antecipada de provas, mas a ordem dos atos processuais será readequada.

Na *terceira hipótese*, podem existir dois desfechos. Em tese, o mais correto seria instaurar, então, o tribunal arbitral. Existe a figura do árbitro de emergência, que pode ser acionado.<sup>203</sup> Ocorre que, devido à urgência, a parte interessada poderia acabar ajuizando a ação de produção antecipada de provas na justiça estatal – o que deve ser impugnado

---

<sup>201</sup> CÂMARA, Alexandre Freitas. *Arbitragem. Lei 9.307/96*, 4ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005, p. 83.

<sup>202</sup> AMARAL, Paulo Osternack. *Provas: atipicidade, liberdade e instrumentalidade*. 2ª ed. rev. amp. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 168.

<sup>203</sup> MEIRELES, *op. cit.* p. 453.

pelo réu que quiser cumprir o pactuado na cláusula, nos termos do artigo 337, inciso X, do Código de Processo Civil. Pela inteligência do § 6º do referido artigo, no entanto, tem-se que “a ausência de alegação da existência de convenção de arbitragem, na forma prevista neste Capítulo, implica aceitação da jurisdição estatal e renúncia ao juízo arbitral”. Ambas as posturas, portanto, seriam legítimas.

Na *quarta hipótese*, por fim, o contexto de não previsão de competência específica e a urgência eminente para a produção antecipada da prova faz com que a ideia do acionamento da justiça estatal pareça mais adequada. O artigo 22-A, da Lei de Arbitragem, permite isto: “antes de instituída a arbitragem, as partes poderão recorrer ao Poder Judiciário para a concessão de medida cautelar ou de urgência”. Portanto, adotamos o entendimento de que compete ao judiciário processar tais medidas – seja pelos financeiros custos de constituir um tribunal arbitral apenas para produção de provas, seja pela eventual mora até a sua constituição. Neste caso específico, é possível que o acionamento do Poder Judiciário seja mais eficaz. Tal conclusão vai ao encontro da doutrina majoritária<sup>204</sup> e já era aceito jurisprudencialmente antes mesmo da alteração legislativa que incluiu o artigo 22-A da Lei de Arbitragem (STJ, 3ª Turma, REsp 1.297.974/R, Min. Rel. Nancy Andrighi, j. 12.06.12, DJe 19.06.12).

### **3.Competência para a produção antecipada de provas sem o requisito da urgência**

Outra situação, mais complexa, é aquela que envolva a necessidade de uma produção autônoma da prova, não urgente, em torno de um objeto cujo contrato contenha convenção arbitral, mas não especifique a competência para eventual produção antecipada.

#### **3.1 Posição doutrinária que nega a competência arbitral**

---

204 DIDIER JR. Fredie; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de; BRAGA, Paula Sarno. *Curso de direito processual civil*. v. 2. 15ª ed. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 177.

MEIRELES, *op. cit.*, p. 453.

ROSSONI, Igor Bimkowski. *Produção Antecipada de prova sem requisito da urgência no direito societário: breves considerações sobre a competência para sua produção*. Disponível em: [https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5329221/mod\\_resource/content/0/ROSSONI%2C%20Igor%20-%20Produ%C3%A7%C3%A3o%20antecipada%20de%20prova%20sem%20requisito%20da%20urg%C3%AAncia%20e%20ju%C3%ADzo%20arbitral.pdf](https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5329221/mod_resource/content/0/ROSSONI%2C%20Igor%20-%20Produ%C3%A7%C3%A3o%20antecipada%20de%20prova%20sem%20requisito%20da%20urg%C3%AAncia%20e%20ju%C3%ADzo%20arbitral.pdf). Acesso em 29.08.22.

TALAMINI, Eduardo. Produção antecipada de prova no Código de Processo Civil de 2015. *Revista de Processo*, v. 260/2016, pp. 75-101, out./2016, p. 79.

Parte da doutrina indica a falta de um caráter litigioso na produção antecipada de provas, defendendo a ausência de função de pacificação social da medida – o que descaracterizaria o seu papel jurisdicional.<sup>205</sup> Com isto, levaria à conclusão de que:

Não se tratando de ação que demande prestação jurisdicional, entendemos possível defender que a existência de cláusula compromissória não desloca para os árbitros a competência para decidir acerca de uma possível ação autônoma de produção de provas.<sup>206</sup>

Outro argumento que afastaria a competência arbitral para a produção antecipada de prova seria o de que o juiz não se pronuncia sobre as consequências jurídicas do objeto da prova.<sup>207</sup> Com esta premissa – de que não há resolução de controvérsias propriamente ditas – o processamento da ação de produção antecipada de provas no juízo estatal não feriria a competência do juízo arbitral.

Entretanto, os mesmos autores que assim defendem reconhecem que existem argumentos para o entendimento de que a ação autônoma de produção de provas requeira prestação jurisdicional.<sup>208</sup>

### **3.2 Jurisdicionalidade da produção probatória**

Em definição clássica da doutrina brasileira, Cândido Rangel Dinamarco, Ada Pellegrini Grinover e Antonio Carlos Cintra trazem uma tríplice conceituação para definir jurisdição. Para os autores, a jurisdição seria, ao mesmo tempo, poder, função e atividade:

Como *poder*, é manifestação do poder estatal, conceituado como capacidade de decidir imperativamente e impor decisões.

---

<sup>205</sup> ZAKIA, José Victor Palazzi; VISCONTI, Gabriel Caetano. *Produção antecipada de prova em arbitragem e jurisdição*. Revista de Arbitragem e Mediação, v. 59, p. 195-211, 2018, p. 202.

<sup>206</sup> *Ibid*, p. 203.

<sup>207</sup> MAZZOLA, Marcelo. *Temas contemporâneos na arbitragem: do clássico ao circuito alternativo e alguns "curtas-metragens"*. Revista de Processo, v. 291, p. 427-466, 2019, p. 431.

<sup>208</sup> ZAKIA, *op. cit.*, p. 203.

Como *função*, expressa o encargo que têm os órgãos estatais de promover a pacificação de conflitos interindividuais, mediante a realização do direito justo e através do processo.

E como *atividade* ela é o complexo de atos do juiz no processo, exercendo o poder e cumprindo a função que a lei lhe comete.<sup>209</sup>

Posteriormente, Ada Pellegrini Grinover passou a incluir a justiça arbitral e a justiça consensual no conceito de jurisdição. Para tanto, superou o conceito clássico e passou a defender que jurisdição não é mais poder, mas apenas função, atividade e garantia – sendo seu principal indicador a garantia de acesso à Justiça, seja ela estatal ou não.<sup>210</sup>

Independentemente disto, Marcelo Barbi Gonçalves defende que a jurisdição deve ser teorizada a partir das necessidades de tutela do indivíduo, pois o homem é a razão de existência do Estado.<sup>211</sup> Tendo isto em vista, torna-se difícil não compreender uma ação autônoma de prova como atividade jurisdicional.

Para os defensores da Teoria Eficacial, a formação da coisa julgada seria a principal característica da função jurisdicional.<sup>212</sup> No entanto, não parece equivocado o reconhecimento de jurisdicionalidade em atos instrumentais realizados no curso do processo (como a colheita de uma prova testemunhal).<sup>213</sup>

Soa inadequado vincular a jurisdição à coisa julgada, pois o exercício de função jurisdicional é verificado em diversas situações em que não se fala da intangibilidade da decisão que põe fim ao conflito de interesses (como, além da colheita de prova, nos casos de penhora e apreensão de bens).<sup>214</sup>

---

209 CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 26ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 149.

210 GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ensaio sobre a processualidade: fundamentos para uma nova teoria geral do processo*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 18-20

211 GONÇALVES, Marcelo Barbi. *Teoria Geral da Jurisdição*. Salvador: Editora Juspodivm, 2020. *passim*.

212 ALLORIO, Enrico. Saggio polemico sulla giurisdizione volontaria. In: *Problemi di Diritto*. Vol. 2. Milano: Giuffrè, 1957. *apud* GONÇALVES, *op. cit.*, p. 32.

213 GONÇALVES, *op. cit.*, p. 33.

214 *Ibid. passim*.

Na medida em que há pronunciamento sobre o direito ou não à produção da prova, requerido perante o poder jurisdicional, conclui-se que há provimento jurisdicional na produção antecipada da prova.<sup>215</sup>

### 3.3 Competência do juízo arbitral

O princípio *kompetenz-kompetenz* (competência-competência) dita que não cabe, num primeiro momento, ao juiz estatal avaliar a validade de uma cláusula arbitral.<sup>216</sup> Na existência dela, é o próprio árbitro quem julga sua própria competência.

Tal princípio decorre dos artigos 8º, da Lei de Arbitragem:

Art. 8º A cláusula compromissória é autônoma em relação ao contrato em que estiver inserta, de tal sorte que a nulidade deste não implica, necessariamente, a nulidade da cláusula compromissória.

Parágrafo único. Caberá ao árbitro decidir de ofício, ou por provocação das partes, as questões acerca da existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem e do contrato que contenha a cláusula compromissória.

Também é extraível do Código de Processo Civil:

Art. 485. O juiz não resolverá o mérito quando:

VII - acolher a alegação de existência de convenção de arbitragem ou quando o juízo arbitral reconhecer sua competência;

Constata-se, então, que toda a tutela jurisdicional pretendida se transfere ao juízo arbitral com a convenção de arbitragem. A produção antecipada da prova, certamente, se aproxima da decisão sobre competência, pois quando as partes firmam uma convenção de

---

<sup>215</sup> No mesmo sentido: YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 1151.

<sup>216</sup> TALAMINI, Eduardo. *Competência-competência e as medidas antiarbitrais pretendidas pela Administração Pública*. Revista de Arbitragem e Mediação, v. 50, p. 127-153, 2016, p. 132.

arbitragem, há expectativa de que tudo, em regra, seja processado perante o juízo arbitral.<sup>217</sup>

A Lei de Arbitragem, em seu artigo 18, equipara o árbitro ao juiz. Mesmo que não se compreendesse que a produção antecipada de provas constitui atividade jurisdicional, as atividades administrativas do julgador também têm sua competência deslocada para o árbitro – exceto quando existente impeditivo legal.

Considerando a autonomia das partes quando da assinatura da convenção arbitral, bem como a boa-fé e a justa expectativa de processamento por esta via, percebe-se que a competência arbitral deve ser respeitada para o processamento de produção autônoma da prova não urgente. Quem pode o mais, pode o menos. Inexistindo urgência que justifique a impossibilidade de se aguardar o início de uma arbitragem, a produção antecipada de prova deve ser feita em processo arbitral.

Isto não significa que não possam existir situações em que seria mais eficaz processar judicialmente, como no caso da oitiva de uma única testemunha ou quando já se sabe que haverá necessidade de adoção de medidas coercitivas que apenas podem ser determinadas pelo juiz estatal.<sup>218</sup>

Outra hipótese seria a da existência de terceiros interessados que não são abrangidos pela convenção. Neste caso, a competência será do Poder Judiciário, pois o elemento essencial da arbitragem é o consentimento.<sup>219</sup>

A regra, portanto, é o respeito ao pactuado de livre e espontânea vontade pelas partes – característica essencial dos meios adequados de solução de litígios.

#### **4.CONCLUSÃO**

A produção antecipada de provas passou por grande evolução nas últimas décadas. A legislação acompanhou as sugestões doutrinárias e hoje temos um instrumento útil não apenas para a preservação de provas com risco de perecimento, mas também para a resolução consensual ou prevenção de litígios.

---

<sup>217</sup> MEIRELES, *op. cit.*, p. 459.

<sup>218</sup> TALAMINI, *op. cit.*, p. 79.

<sup>219</sup> MEIRELES, *op. cit.*, p. 504.



A arbitragem é instituto aliado da adequada resolução de conflitos e a sua competência para o processamento de medidas probatórias autônomas depende da situação em que está inserida. A convenção arbitral deve ser interpretada de acordo com os ditames da boa-fé – e a autonomia privada deve ser, ao máximo, preservada.

Conclui-se, em linhas gerais – e sem pretensão de esgotar o tema da antecipação probatória –, que a competência para a produção antecipada de provas na arbitragem, quando inexistente a urgência, tende a ser do tribunal arbitral. Isto porque cabe ao próprio árbitro o primeiro julgamento de sua competência (por decorrência do princípio *kompetenz-kompetenz*). Se o árbitro é competente para julgamento de mérito, inclusive conduzindo a produção de provas no curso do processo arbitral, não existe razão para declará-lo incompetente para o processamento antecipado. Podemos, com isto, ter uma boa diretriz para a solução do problema proposto. Como toda regra, possui exceções. Estas, entretanto, serão avaliadas no caso concreto.

## REFERÊNCIAS

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Arbitragem*. Lei 9.307/96, 4ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005.

ALLORIO, Enrico. Saggio polemico sulla giurisdizione volontaria. In: *Problemi di Diritto*. Vol. 2. Milano: Giuffrè, 1957.

AMARAL, Paulo Osternack. *Produção antecipada de prova no novo CPC*. Migalhas, 2015. Disponível em: <https://migalhas.uol.com.br/depeso/226528/producao-antecipada-de-prova-no-novo-cpc>. Acesso em 01.03.22.

AMARAL, Paulo Osternack. *Provas: atipicidade, liberdade e instrumentalidade*. 2ª ed. rev. amp. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo*. 3ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2007.

CARRETEIRO, Mateus Aimoré. *Tutelas de urgência no processo arbitral*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 26ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

DIDIER JR. Fredie; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de; BRAGA, Paula Sarno. *Curso de direito processual civil*. v. 2. 15ª ed. Salvador: Juspodivm, 2020.

FICHTBER, José Antônio; MANNHEIMER, Sergio Nelson; MONTEIRO, André Luís. *Teoria Geral da Arbitragem*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2019.

GONÇALVES, Marcelo Barbi. *Teoria Geral da Jurisdição*. Salvador: Editora Juspodivm, 2020.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ensaio sobre a processualidade: fundamentos para uma nova teoria geral do processo*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.

MAZZOLA, Marcelo. Temas contemporâneos na arbitragem: do clássico ao circuito alternativo e alguns "curtas-metragens". *Revista de Processo*, v. 291, p. 427-466, 2019.

MEIRELES, Carolina Costa. Produção antecipada de provas e arbitragem: uma análise sobre competência. São Paulo: *Revista de Processo*, vol. 303, p. 451-478, Maio/2020.

MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

ROSSONI, Igor Bimkowski. *Produção Antecipada de prova sem requisito da urgência no direito societário: breves considerações sobre a competência para sua produção*. Disponível em: [https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5329221/mod\\_resource/content/0/ROSSONI%20Igor%20-%20Produ%C3%A7%C3%A3o%20antecipada%20de%20prova%20sem%20requisito%20da%20urg%C3%Aancia%20e%20ju%C3%ADzo%20arbitral.pdf](https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5329221/mod_resource/content/0/ROSSONI%20Igor%20-%20Produ%C3%A7%C3%A3o%20antecipada%20de%20prova%20sem%20requisito%20da%20urg%C3%Aancia%20e%20ju%C3%ADzo%20arbitral.pdf). Acesso em 29.08.22.

SANTOS JR., Clodoaldo Moreira dos; COSTA, Tiago Magalhães. *Convenção arbitral e sua importância na pandemia de covid-19*. Migalhas, 2020. Disponível em: <https://migalhas.uol.com.br/depeso/325873/convencao-arbitral-e-sua-importancia-na-pandemia-de-covid-19>. Acesso em 01.09.22.

TALAMINI, Eduardo. Competência-competência e as medidas antiarbitrais pretendidas pela Administração Pública. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 50, p. 127-153, 2016.

TALAMINI, Eduardo. Produção antecipada de prova no Código de Processo Civil de 2015. *Revista de Processo*, v. 260/2016, pp. 75-101, out./2016.

YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009.

ZAKIA, José Victor Palazzi; VISCONTI, Gabriel Caetano. Produção antecipada de prova em arbitragem e jurisdição. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 59, p. 195-211, 2018.

## **SEPARAÇÃO DOS PODERES E O FUNDO DO IDOSO: UMA ABORDAGEM SOBRE *POLICY-MAKING* E DELIMITAÇÃO DO MÉRITO ADMINISTRATIVO.**

**RICARDO ADRIANO HAACKE:**

Procurador Municipal, tendo obtido aprovação em diversas Procuradorias, em nível Municipal e Estadual. Atualmente é Mestrando em Administração Pública pelo Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP), possuindo especialização em Direito Administrativo, Direito Constitucional, Direito Processual Civil e Direito Tributário.

**RESUMO:** O presente artigo visa realizar uma análise da atuação do Poder Judiciário de Mato Grosso em relação às questões de políticas públicas e a interpretação pública judicial da norma infraconstitucional, mormente em relação ao denominado Fundo do Idoso e seu Conselho Fiscalizador em pequenas unidades da Federação, sem contextualizar o programa aos aspectos socioeconômicos locais.

**Palavras-chave:** Fundo do Idoso. Direito Prestacional. Mérito Administrativo.

**ABSTRACT:** This article aims to carry out an analysis of the performance of the Judiciary of Mato Grosso in relation to public policy issues and the judicial public interpretation of the infraconstitutional norm, especially in relation to the so-called Elderly Fund and its Supervisory Board in small units of the Federation, without contextualize the program to the local socioeconomic aspects.

**Keywords:** Elderly Fund. Provisional Law. Administrative Merit.

### **1. INTRODUÇÃO**

A Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003, instituiu, no Brasil, o reconhecido Estatuto do Idoso, destinado a regular os direitos assegurados às pessoas com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos em todo território nacional; externando uma série de programas sociais e políticas públicas que fitam, em última análise, proteger esta parcela vulnerável da população.

Segundo Laura Machado, representante da Associação Internacional de Gerontologia e Geriatria na ONU e membro do conselho do *HelpAge* Internacional, no texto "*Em 15 anos, Estatuto do Idoso deu visibilidade ao envelhecimento*", em entrevista concedida para a Agência Brasil em 2018, o Estatuto:

Foi a primeira legislação que de fato passa a regular os direitos humanos das pessoas idosas. Eu trabalho na área de envelhecimento há quase 40 anos e, na época, nós éramos um dos países que não tínhamos uma legislação que permitisse penas e sanções administrativas para aqueles que praticassem maus-tratos e violência.

A implementação do Estatuto do Idoso, fruto de mobilização social, veio ao socorro da população idosa brasileira, que necessitava de maior reconhecimento de suas garantias, bem como o engenho de novas políticas públicas para o seu atendimento, melhorando as condições de vida da terceira idade.

Assim, a legislação, de caráter prestacional, torna efetiva a redação do art. 230, da Constituição da República, quando enfatiza que "*a família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida.*"

Nesta esteira, é nítido que a proteção da dignidade e bem-estar das pessoas idosas é tarefa imposta ao Estado solidariamente, devendo este priorizar o atendimento dos necessitados, assegurando o mínimo essencial para uma sadia qualidade de vida.

Não obstante, também é certo que toda política pública demanda artifícios técnicos e financeiros, o que nem sempre é possível ou alcançável, pois como sabemos *os recursos são escassos e as necessidades infinitas.*

Dessarte, exsurge-se daí a necessidade de um postulado de mitigação destas garantias, ou melhor, um sistema de balanceamento de prioridades.

Respondendo a este desafio, exsurge-se a Reserva do Possível, que teve origem na Alemanha, quando o Tribunal Constitucional alemão enfrentou o apelo de estudantes que pleiteavam o acesso a escolas de medicina públicas em Hamburgo e Munique, fundamentando sua pretensão no artigo 12, da Constituição daquele país, decisão que ficou conhecida como *numerus clausus Entscheidung*.

Nesse sentido, Mendes, ao dissertar sobre normas fundamentais enquanto direitos a prestações positivas, traça os seguintes apontamentos:

Observe-se que, embora tais decisões estejam vinculadas juridicamente, é certo que a sua efetivação está submetida, dentre outras condicionantes, à reserva do financeiramente possível (*'Vorbehalt des finanziell Möglichen'*). Nesse sentido, reconheceu a Corte Constitucional alemã, na famosa decisão sobre *'numerus clausus'* de vagas nas Universidades (*'numerus-clausus Entscheidung'*), que pretensões destinadas a criar os pressupostos fáticos necessários para o exercício de determinado direito estão submetidas à 'reserva do possível' (*'Vorbehalt des Möglichen'*).

Percebe-se, assim, que o comando busca garantir a efetividade dos direitos e garantias fundamentais, diga-se: conformar os interesses da população diretamente interessada na política pública (notadamente a população idosa). Podemos concluir que a intenção do legislador não era criar mecanismo vinculado de incrementação do atendimento, mas, apenas, sinalizar determinada atividade que deve ser cumprida para alcançar o bem jurídico protegido.

## 2. ANÁLISE DO TEMA

Ingressando no âmago da discussão, dispõe o artigo 84, do Estatuto do Idoso que:

Os valores das multas previstas nesta Lei reverterão ao Fundo do Idoso, **onde houver**, ou na falta deste, ao Fundo Municipal de Assistência Social, ficando vinculados ao atendimento ao idoso. (grifamos)

Pela literalidade do dispositivo supra é viável perceber que o legislador pretendia franquear ao gestor a gênese do sobredito Fundo do Idoso, numa atuação discricionária e não vinculante, eis que estabelece, expressamente, a possibilidade de utilizar o Fundo Municipal de Assistência Social para cumprir o mesmo papel. Dessarte, o art. 84, do Estatuto do Idoso, ao prescrever que as sanções pecuniárias previstas em seus dispositivos serão revertidas ao Fundo do Idoso, onde houver, ou, na sua falta, ao Fundo de Assistência Social, apenas facultou aos Municípios a criação do Fundo, de modo que a sua exigência incontinenti viola os princípios da Separação dos Poderes e da Discricionariedade da Administração Pública.

Na contramão da literalidade do dispositivo, visando dar efetividade a uma deduzida política social, amarrando o raciocínio no preconizado no art. 230, da Constituição Federal do Brasil, que garante aos Idosos o direito à inclusão social, os Tribunais Nacionais, principalmente o Tribunal de Justiça de Justiça Mato-grossense está provendo Ações Cíveis Públicas manejadas pelo Ministério Público Estadual, atribuindo eficácia cogente à norma. Argumenta-se, sob o escudo da proteção às garantias prestacionais, que a instituição de um fundo específico é **imprescindível** para satisfazer a política pública, determinando-se, por consequência, a efetiva preparação e gestão do mencionado fundo, sem, contudo, realizar uma pesquisa específica sobre o custo operacional imposto, principalmente em Municípios de pequeno porte (*ad exemplum*. Apelação nº 1001012-50.2018.8.11.0024. TJ-MT).

Procedendo dessa forma, aliás, os Tribunais de Justiça assentam no imperativo categórico, próprio do pensamento kantiano; sob o pretexto de abalar o sistema de freios e contrapesos, pilar da estrutura de separação de poderes.

Os Tribunais Superiores pátrios assentaram que, conquanto seja admissível a excepcional intervenção do Poder Judiciário na aplicação de políticas públicas objetivando garantir o pleno atendimento aos direitos fundamentais, não lhes cabe substituir o Administrador para escolher a forma em que elas serão desempenhadas, sob pena de violação aos princípios da Discricionariedade e da Separação dos Poderes. *In verbis*:

**" Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.**

*[Omissis...]*

*Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:*

*[Omissis...]*

*§4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:*

*I - a forma federativa de Estado;*

*II - o voto direto, secreto, universal e periódico;*

**III - a separação dos Poderes;**

*IV - os direitos e garantias individuais." (grifamos)*

Neste pensar, é praticável até mesmo questionar uma possível crise de representação, aqui entendida como sinônimo de legitimidade, eis que os membros do Poder Judiciário não foram eleitos para escolha de prioridades públicas, além de não possuírem, em sua maioria, a expertise imprescindível para os meandros administrativos sentido lato.

Hipótese que não se trata de omissão estatal na concretização de um preceito fundamental, mas sim de direito de postulação programática, a desautorizar a ingerência do Poder Judiciário na execução das opções políticas do Administrador.

Considerando a perspectiva do Tribunal da Cidadania alhures citada, alguns Tribunais de Justiça (como o de Mato Grosso) apontam a interpretação Jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça como a base filosófica de sua decisão, porém a traduzem conforme seu próprio arbítrio para estabelecer que a abertura do fundo, como um direito social de prestação, é providência vinculada do Prefeito, não realizando o esperado *distinguishing* do precedente.

Sobre o ponto é certo que o Município deve demonstra que está adotando as providências necessárias para a implantação gradativa e adequada do Conselho do Idoso e respectivo Fundo, mas, contudo, não estará afastada a escolha política das opções a serem satisfeitas de acordo com as prioridades essenciais à própria sobrevivência do indivíduo, considerando-se a inquestionável escassez de recursos e, principalmente, a faculdade exposta na própria norma (leia-se: Fundo Próprio ou Fundo de Assistência Social).

A atuação forense, na espécie, importa em conformação ilegítima da opção reservada a outro Poder instituído, imiscuindo, de forma indevida, o juízo de conveniência e oportunidade do Administrador Público na efetivação dos direitos de segunda geração, os quais, sem dúvidas, dependem de disponibilidade financeira para sua efetivação.

Nos permitimos ponderar que esta intervenção em matéria de políticas públicas, deve estar relegada àquelas matérias mais sensíveis ao público do sistema. Noutras palavras, é preciso delimitar acertadamente e estritamente o espectro de proteção dos direitos sociais, sob pena de invadir o *policy making* da máquina pública governamental, inclusive tornando a função judicante que lhe é própria carecedora de credibilidade social, pois, malgrado a determinação para a composição de um fundo possa parecer singelo, é

exemplo marcante de uma tendência do Poder Judiciário, que por diversas razões mostra-se preocupante.

Para explicar o fenômeno, o professor Fernando Facury Scaff, Doutor em direito pela USP, traz a definição de “sentença aditiva”, bastante utilizada por juristas italianos, que assim apregoam:

Entende-se por “sentença aditiva” aquela que implica em aumento de custos para o Erário, obrigando-o ao reconhecimento de um direito social não previsto originalmente no orçamento do poder público demandado.

Ainda:

Situação semelhante acontece quando a sentença determina a implementação de direitos sociais, sejam aqueles reconhecidos por leis e que não foram executados, sejam aqueles que decorrem de uma aplicação direta da Constituição — hipóteses mais comuns no Brasil atual.

É preciso, portanto, ponderar sobre a definição de Direitos Prestacionais, que são aqueles que conferem ao Estado uma obrigação que deve ser cumprida para que seja atingida a finalidade pública.

Sobre a possibilidade de tal exigência, Luis Roberto Barroso citado em artigo de Otegildo Carlos Siqueira, faz críticas à excessiva judicialização da implementação de direitos prestacionais:

apontando o caráter programático da norma de direito à saúde que, conforme expresso na Constituição Federal, será oferecido através de políticas sociais e econômicas e não por decisões judiciais. Por conseguinte, é o Executivo que tem a melhor visão não só dos recursos, mas também das necessidades para otimizar os gastos com a saúde pública. Ademais, se a própria Carta Maior assegurou aos eleitos pelo voto popular (legitimidade democrática) a prerrogativa de gerir os recursos públicos seria impropriedade proceder-se de forma diversa. Suscita, ainda, a mais comum das críticas, a financeira, revestida da já referida reserva do possível. Dentre outras questões aponta também que decisões judiciais que impliquem em



fornecimento de medicamento provocam a desorganização da Administração Pública e, por fim, se o Judiciário assume tal postura termina por privilegiar tão somente aqueles que têm acesso qualificado à Justiça em detrimento dos demais.

Ora bem, se há um tema que necessita ocupar lugar especial na discussão sobre a eficácia dos direitos fundamentais, este é, sem dúvidas, a possibilidade de reconhecer-se diretamente, com base na norma constitucional definidora, um direito fundamental social subjetivo a uma prestação concreta por parte do Estado, isto é, na visão Ingo Wolfgang Sarlet:

se há como compelir judicialmente os órgãos estatais, na qualidade de destinatários de determinado direito fundamental, à prestação que constitui seu objeto. Em suma, cuida-se de averiguar até que ponto os direitos sociais prestacionais efetivamente carecem de uma plena justicialidade, razão pela qual, segundo alguns, são merecedores do qualificativo *leges imperfectae*, devendo, de acordo com outros, ser considerados como direitos relativos, porquanto geram direito subjetivo apenas com base e nos termos da legislação concretizadora.

Na mesma linha de ideias, parafraseando o Professor João Trindade, no contexto de uma lei básica analítica como a promulgada no Brasil em 1.988, constantemente “reformulada” pelas mais de 120 emendas editadas atualmente (julho de 2022), e, mais ainda, uma norma voltada à efetivação de direitos sociais, torna-se impossível falar de políticas públicas sem recorrer à Lei Maior.

Nas palavras do professor:

difícilmente haverá em nosso sistema constitucional uma política pública que não tangencie - para dizer o mínimo - direitos constitucionalmente assegurados, deveres estatais constitucionalmente impostos ou objetivos traçados para a atuação do poder público. Neste sentido, pode-se assumir como verdadeira a afirmação de que a Constituição Federal (CF) de 1988 é uma verdadeira matriz para as políticas públicas no ordenamento brasileiro, isso no sentido de que toda e qualquer política

governamental que vise a efetivar direitos sociais terá que ser constitucionalmente embasada e lida à luz dos preceitos constitucionais.

Evidencia-se a dificultosa missão de compreender a dimensão dos direitos sociais imposta ao Estado no sistema constitucional vigente. Dessarte, como diferenciar direitos sociais previstos em normas de eficácia limitada em contraposição de normas programáticas que estabelecem objetivos sem assegurar direitos?

Percebe-se aqui, que é necessária parcimônia nesta análise, eis que existe um viés premente em se fazer “justiça social”, principalmente por aqueles que não conhecem os trâmites do Poder Executivo e as dificuldades enfrentadas na realização de seu mister.

O professor Scaff alerta que:

Implementar políticas públicas requer um planejamento mais acurado e uma análise financeira detalhada sobre a receita disponível. Em especial sobre os gastos públicos a serem realizados – inclusive indicando o grupo socioeconômico das pessoas que devem ser beneficiadas por elas. Isto é de suma importância sob pena de existirem erros graves na implementação dessas políticas, seja por (a) obter recursos de quem tem capacidade contributiva reduzida, e não deve ser alvo de maior tributação; seja por (b) destinar estes recursos a quem deles pode prescindir, acarretando uma verdadeira “captura” dos benefícios sociais por uma camada da sociedade que deles pode prescindir, e deixando de lado os verdadeiros destinatários daquelas políticas.

Assim, a despeito de as intenções serem boas, algumas exigências impostas pelos Ministérios Públicos Estaduais e confirmadas pelos Tribunais de Justiça, como o mencionado Fundo do Idoso, mostram-se superficiais do ponto de vista pragmático do Executivo, beirando o ativismo judicial, eis que, conforme notado, o próprio preceito legal autoriza que eventual recurso seja depositado no Fundo Municipal de Assistência Social, não reclamando, pois, a materialização de fundo específico e o dispêndio de pecúlios para seu aperfeiçoamento. Recursos, aliás, que poderiam ser melhor aproveitados pela camada social interessada (diga-se: Idosos).

Outrossim, é sabido que com a promulgação da Carta Constitucional de 1.988 foi criado um sofisticado Sistema Orçamentário, ampliando-se os mecanismo de fiscalização

que existiam anteriormente, o que acabou se evidenciando com a Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000 – Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF), que deve ser estudada como uma ferramenta para organizar a vida financeira do país, sancionada, à época, pelo então presidente Fernando Henrique Cardoso, em um período de grande instabilidade econômica, trazendo à nossa realidade aparelhos de *accountability*.

Portanto, no âmbito da receita, a Carta Política elencou os fatos tributáveis (arts. 157 a 159, da Constituição da República), bem como a competência de cada ente federativo para instituir e arrecadar o que for devido. Quanto à despesa, o sistema orçamentário nacional, determina o que deve ser utilizado por cada ente federativo para planejar os gastos governamentais, inclusive os que decorrem de decisões judiciais.

Este procedimento muitas vezes possui complicações e demanda a especialização de profissionais habilitados a montar as peças orçamentárias, que nem sempre estão presentes nos quadros dos entes federativos de menor envergadura, tornando o cumprimento das obrigações impostas pelo Judiciário ainda mais dispendiosas, eis que se faz necessária a contratação de consultorias especializadas, onerando ainda mais o cofre já enxuto daquele Município com baixa arrecadação.

Daí entendermos temerosa a postura do Tribunal de Justiça Mato-Grossense, eis que a determinação de que uma política pública seja efetivada, seguindo uma modelagem única apontada pelo Ministério Público Estadual, sem um indivíduo imediatamente lesado pela omissão, especificamente em relação aos Fundos do Idoso, com a máxima vênia, invade o mérito administrativo, retirando do gestor uma opção tão básica quanto a concepção de um Fundo do Idoso ou o recebimento, dos exatos mesmos dotes, caso apresentados, no Fundo de Assistência Social.

No mesmo giro, se é certo que a formação do fundo exige conhecimento técnico e deslocamento de servidores (homem-hora), não deveria o Judiciário ao impor uma atuação específica apontar as fontes de custeio?

No Tribunal Constitucional italiano esta discussão foi cenário de um intenso debate, pois preceitua a Magna Carta daquele país, em especial o 4º parágrafo do artigo 81 que: "*Ogni altra legge che importi nuove o maggiori spese deve indicare i mezzi per farvi fronte*", isto é, qualquer outra lei que imponha despesas novas ou maiores deve indicar os meios para satisfazê-las (lei aqui compreendida em seu sentido mais amplo).

Existe comando semelhante na Constituição brasileira. Vejamos:

“Art. 167. São vedados:

**I - o início de programas ou projetos não incluídos na lei orçamentária anual;**

IX - a instituição de fundos de qualquer natureza, sem prévia autorização legislativa.

XIV - a criação de fundo público, quando seus objetivos puderem ser alcançados mediante a vinculação de receitas orçamentárias específicas ou mediante a execução direta por programação orçamentária e financeira de órgão ou entidade da administração pública.”

Na Itália a discussão chegou ao fim, afastando-se a aplicação do disposto no art. 81, §4º, da Lei Maior Italiana, em relação às decisões Judiciais. Da mesma maneira, no Brasil, não se aplica o art. 167, I, da CF/88 ao debate sobre sentenças que geram custos.

Segundo Scaff (2008):

no Brasil as “sentenças que custam” com efeitos imediatos decorrem muito mais da implementação direta da Constituição pelo Poder Judiciário, a margem de norma legal ou regulamentar, e a margem de todo sistema orçamentário estabelecido pela própria Constituição. Daí que surge a questão sobre “quem ordena o pagamento da conta”.

Débora Maciel e Andrei Koerner explicam que a judicialização da política *“requer que operadores da lei prefiram participar da policy-making a deixá-la ao critério de políticos e administradores e, em sua dinâmica, ela própria implicaria um papel político mais positivo da decisão judicial do que aquele envolvido em uma não decisão”*.

Inobstante, sobre o tema, nossas cortes comumente repetem o mesmo entendimento:

A judicialidade das políticas públicas somente se encontra justificada com a intervenção do Poder Judiciário para a garantia da integridade e intangibilidade do núcleo consubstanciador do mínimo existencial, centro essencial dos direitos fundamentais, desde que respeitada a reserva do possível, que se constitui a capacidade financeira do

Estado para sua imediata implementação. (TJPB - ACÓRDÃO/DECISÃO do Processo Nº 00005922320108150221 , 4ª Câmara Especializada Cível, Relator DES. ROMERO MARCELO DA FONSECA OLIVEIRA , j. em 07-03-2017)

O problema é que este raciocínio, apesar de restritivo, na prática está ganhando assento comum no Judiciário brasileiro, principalmente considerando que muitas destas demandas sequer possuem um idoso vitimado, baseando-se em mera conjectura, por parte de atores alheios ao Poder Executivo, atestando que se o mencionado fundo não for criado a população idosa estaria sendo de alguma forma ofendida, sem conhecer os anseios e dificuldades experimentadas na alta Administração daquele ente, bem como desprezando o comando discricionário do artigo 84, do Estatuto do Idoso.

Aliás, sem este estudo casuístico, a decisão judiciária a respeito do fundo deixa de prestigiar os interesses dos idosos e passa a ser apenas um a fazer imposto para o Estado, sem efeitos reais na vida da população interessada, prestigiando não mais que uma sensação de dever social cumprido das autoridades que requerem a execução do fundo, *policy-making* corporativo, e *defiance* do que nos parece preconizado pelas Cortes Superiores.

### **3. CONCLUSÃO**

Mais do que indicadores, que poderiam, com facilidade, ser trocados por algum algoritmo, ou, no pior dos casos, pensadores corporativistas, que apanham mais desalentos do que soluções ao Estado; o pensamento jurídico das primeiras linhas de socorro jurisdicionais deveria afastar-se do imperativo categórico (elemento do pensamento kantiano), aprendendo que o interprete da norma não está alheio à moral, mas deve concebê-la objetivamente.

A provocação investigada está na formação de profissionais que consigam racionalizar a amarração entre o texto e o processo de construção e desenvolvimento do entorno institucional, sem fletir paradigmas basilares da ciência jurídica, com fito social ou organizacional, que frequentemente o intérprete não está colocado, levando sempre em crédito que a norma pende a refinar o acesso aos bens e interesses compartilhados, sendo que Estado é naturalmente ramificado para harmonizar com melhor técnica o anseio social tutelado, reverenciando, outrossim, o cânon democrático.

É necessário que seja prestigiada a resolução do gestor público, que foi eleito como representante do povo e está realmente inserto na praxe administrativa, mormente em um sistema presidencialista de coalizão (*coalition theories*); sem distender a "justiça social apriorística", por não experienciar as concretas sequelas daquilo que foi julgado.

Sem embargo de que estas decisões sejam recorríveis, o acúmulo de demandas do Poder Executivo torna pequenas distorções aceitáveis, e, em nossa ótica, o veredito dos Tribunais não deve ser assumido como um prêmio Judicial a ser puído, acenando, todavia, para a carência de cooperação entre os poderes estabelecidos e uma amostra do porque precisamos aproximar nossa magistratura da vida administrativa.

## REFERÊNCIAS

IDOSO, Estatuto (2003). **Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2003/l10.741.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.741.htm)>. Acesso em: 13 de jul. de 2022.

(BRITO, Débora. **Em 15 anos, Estatuto do Idoso deu visibilidade ao envelhecimento**. Agência Brasil, 2018. Disponível em: <<https://agenciabrasil.ebc.com.br/direitos-humanos/noticia/2018-09/em-15-anos-estatuto-do-idoso-deu-visibilidade-ao-envelhecimento>>. Acesso em: 13, jul. de 2022.

BRASIL, **Constituição da República de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 13 de jul. de 2022.

BverfGE: **Coletânea das decisões do Tribunal Constitucional Federal**, n.º 33, S. 333.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional**. Revista Jurídica Virtual, no 14, Julho/2000 *apud* REIS, Wanderlei José dos. **O princípio da reserva do possível e a efetividade dos direitos sociais no Brasil**. Univag. Disponível em: <<https://www.univag.com.br/storage/post/13/06.pdf>>. Acesso em: 13 de jul. de 2022.

CAVALCANTE FILHO. João Trindade. **A Constituição de 1988 como matriz de políticas públicas: direitos, deveres e objetivos no campo dos direitos sociais**. Políticas Públicas no Brasil: uma abordagem institucional. Organizadores Gilmar Mendes e Paulo Paiva. Saraiva, 2017.

KUNZLER, Caroline de Morais. **A teoria dos sistemas de Niklas Luhmann.** Disponível em: <<https://periodicos.fclar.unesp.br/estudos/article/download/146/144/424>>. Acesso em: 13 de jul. de 2022.

SCAFF, Fernando Facury. **Sentenças aditivas, direitos sociais e reserva do possível. Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível.** Direitos Humanos Desafios Humanitários Contemporâneos: 10 anos do Estatuto dos Refugiados, págs. 444 a 476, DelRey, 2008 .

ITÁLIA, **Constituição da República de 1947.** Disponível em: <[https://www.senato.it/sites/default/files/media-documents/COST\\_PORTOGHESE.pdf](https://www.senato.it/sites/default/files/media-documents/COST_PORTOGHESE.pdf)>. Acesso em: 13 de jul. de 2022.

MACIEL, Débora Alves; KOERNER, Andrei. **Sentidos da Judicialização da Política: duas análises.** Lua Nova, n. 57, 2002.

ROBBINS, L. (1932). **Naturaleza y significación de la ciencia económica.** México: Fondo de Cultura Económico, 1944.

SIQUEIRA, Otegildo Carlos. **Direitos prestacionais: reserva do possível, mínimo existencial e ponderação jurisdicional.** Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 14 , n. 2307, 25 out. 2009 . Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/13735>. Acesso em: 14 jul. 2022 apud BARROSO, Luis Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva:** direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamento e parâmetros para atuação judicial. Revista Interesse Público, Belo Horizonte, n. 46, nov./dez. 2007, p. 49-54.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais.** 7ª ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2007. p. 325.

## O PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO AO RETROCESSO SOCIAL COMO GARANTIA À SEGURANÇA JURÍDICA E EFICÁCIA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS

**LEONARDO BORSA.** Pós-graduado em Direito Público pela ESMAFE, pós-graduado em Direito Previdenciário pela PUC/PR e pós-graduado em Direito Público pela Faculdade Escola Paulista de Direito. Graduado em Direito pela PUC/PR. Procurador da Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares junto ao Complexo do Hospital de Clínicas da UFPR. Natural de Curitiba/PR.

**RESUMO:** O princípio da vedação ao retrocesso social, resultante da conjugação dos objetivos fundamentais delineados na Constituição Federal de 1988, consolida-se como uma das ferramentas vitais para a proteção dos direitos fundamentais, sobretudo os direitos sociais, contra a sua supressão pelos poderes constituídos. Inspirado no direito estrangeiro, os Tribunais vêm reconhecendo cada vez mais a sua presença no ordenamento jurídico nacional de modo a propiciar uma segurança jurídica aos direitos do cidadão e garantir uma máxima eficácia das normas constitucionais. A sua extensão prática bem como seu âmbito de proteção constitui objetivos a ser demonstrados através do presente trabalho.

**Palavras-chave:** Princípio. Vedação ao retrocesso social. Segurança jurídica. Progressividade.

**SUMÁRIO:** 1 INTRODUÇÃO. 2 DO PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO AO RETROCESSO: CONSIDERAÇÕES INICIAIS. 2.1 A CRISE DO ESTADO DEMOCRÁTICO BRASILEIRO. 2.2 DA SUPREMACIA CONSTITUCIONAL: REGRAS E PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. 2.3 DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS E SUAS CARACTERÍSTICAS GERAIS. 2.4. A FORÇA DA CONSTITUIÇÃO E A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS. 3. DO PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO AO RETROCESSO SOCIAL: RECONHECIMENTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO. 3.1 O PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO AO RETROCESSO SOCIAL COMO GARANTIA À SEGURANÇA JURÍDICA E DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. 3.2 O PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO AO RETROCESSO SOCIAL NO ÂMBITO DO DIREITO ESTRANGEIRO. 3.3 O (NÃO) RECONHECIMENTO DO PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO AO RETROCESSO SOCIAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO. 4 O PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO AO RETROCESSO SOCIAL NA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA. 4.1 PRECEDENTES



DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF) SOBRE O PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO AO RETROCESSO SOCIAL. 4.2 PRECEDENTES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ) SOBRE O PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO AO RETROCESSO SOCIAL. 4.3 PRECEDENTES DOS TRIBUNAIS REGIONAIS FEDERAIS (TRFs) SOBRE O PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO AO RETROCESSO SOCIAL. 5 CONCLUSÃO. 6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

## 1. INTRODUÇÃO

Nada obstante a Constituição Federal de 1988 tenha constituído a República Federativa Brasileira em Estado Social e Democrático de Direito, assegurando ao homem direitos e garantias fundamentais, sobretudo no que tange à igualdade, liberdade e dignidade humana, percebe-se, no plano fático, a imensa dificuldade de manutenção desses direitos na efetiva proteção dos cidadãos.

Esse desafio fica ainda mais evidente ao considerar que a Carta Magna elevou os direitos sociais a um nível categórico fundamental, tanto do ponto de vista formal, por constarem do título referente aos direitos e garantias fundamentais, quanto do ponto de vista material, por serem direitos decorrentes da dignidade da pessoa humana e postulados da justiça social.

No que pertine aos direitos sociais, vislumbra-se que apesar da proteção salvaguardada no texto constitucional em face da existência de cláusulas pétreas, muitos desses direitos foram efetivados pelo legislador infraconstitucional, o que permitiria facilmente um posterior esvaziamento de sua eficácia, maculando o comando normativo constitucional.

Desta feita, com o objetivo de assegurar uma proteção maior aos direitos sociais e, considerando a existência de princípios implícitos na Carta Magna, passou-se a defender, diante da presença em outros países, a existência de uma cláusula ou de um princípio de proibição do retrocesso social no direito brasileiro.

Tal cláusula seria oriunda dos princípios consolidados na Carta Magna e teria por objetivo assegurar uma máxima eficácia e efetividade das normas definidoras de direitos fundamentais, reduzindo as desigualdades sociais e permitindo a construção de uma sociedade efetivamente marcada pela solidariedade e justiça social.

Nesse sentido, o princípio ou cláusula da proibição de retrocesso social significa que, uma vez atingido determinado nível concretizador pelo legislador de uma norma

constitucional definidora de direito social, seja ela comissiva ou omissiva, proíbe-se, ao mesmo tempo, a sua supressão ou redução sem a criação de mecanismo equivalente ou substitutivo, por ferir diretamente os objetivos assentados no texto constitucional.

No entanto, a aplicação prática e o reconhecimento da eficácia do princípio da vedação ao retrocesso social no ordenamento jurídico nacional constituem uma questão bastante controvertida, principalmente ao recordarmos que a sociedade brasileira é marcada pela exclusão social e pela mitigação de recursos orçamentários.

Levando-se em consideração tais fatores, objetiva-se ao longo do presente artigo desenvolver as feições do princípio da vedação ao retrocesso social tomando-se por base seu desenvolvimento no direito estrangeiro bem como as bases do Estado Democrático de Direito, para então delimitar sua extensão e eficácia no Estado brasileiro assim como o posicionamento dos Tribunais acerca do tema.

## **2 DO PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO AO RETROCESSO: CONSIDERAÇÕES INICIAIS**

Antes de adentrar-se propriamente na análise do princípio da vedação ao retrocesso social, faz-se necessária uma pré-compreensão, em nível axiológico e normativo, das bases democráticas em que se funda o direito brasileiro, sobretudo na delimitação de um extenso rol de direitos e garantias fundamentais ao cidadão.

Tomando por base esse prisma, realizar-se-á uma análise das normas constitucionais juntamente com sua eficácia e efetividade para, após, compreender as bases do princípio bem como sua aplicação pelos Tribunais Superiores.

### **2.1 A CRISE DO ESTADO DEMOCRÁTICO BRASILEIRO**

A Constituição Federal de 1988, desde logo, em seu artigo 1º. enuncia que “a República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito.”<sup>220</sup>

A breve leitura desse dispositivo constitucional é suficiente para verificar que, em nosso país, adota-se a Federação, como forma de Estado, e a República como forma de governo.

---

<sup>220</sup> Artigo 1º, *caput* da Constituição Federal de 1988. BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 03 de julho de 2022.

Isso significa dizer que o Estado Federal seria um “Estado soberano, formado por uma pluralidade de Estados, no qual o poder do Estado emana dos Estados-membros, ligados numa unidade estatal”.<sup>221</sup>

Por outro lado, a República compreende em sua essência a democracia e a aristocracia. Enquanto que a democracia, pautada em virtudes consolidadas no amor da pátria, na igualdade e na compreensão dos deveres cívicos, tem como consequência fazer com que a soberania resida nas mãos do povo, a aristocracia atribui essa mesma soberania a alguns, adotando como princípio a moderação dos governantes.<sup>222</sup>

Esse Estado democrático consolidado na Carta Constitucional de 1988, cujos objetivos remontam à soberania, cidadania, dignidade da pessoa humana, valores sociais do trabalho, livre iniciativa e pluralismo político, não correspondeu, no entanto, à sua primeira manifestação, sendo decorrência de um processo evolutivo constante na seara social.

O Estado Democrático de Direito trata-se, em verdade, de uma figura tendente a realizar a “síntese do processo do contraditório do mundo contemporâneo, superando o Estado capitalista para configurar um Estado promotor da justiça social que o personalismo e o monismo político das democracias populares sob o influxo do socialismo real não foram capazes de construir”.<sup>223</sup>

É um Estado que inegavelmente espelha a reconquista dos direitos fundamentais, notadamente os da cidadania e os individuais, simbolizando os anseios de participação em uma apoteose cívica marcada, todavia, por interesses e paixões.<sup>224</sup>

Vislumbra-se, então, que o Estado Democrático procura destacar a vontade da maioria atribuindo um sistema protetivo que alcance a todos os cidadãos, assegurando-lhes, para tanto, um extenso rol de direitos e garantias fundamentais.

---

221 BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. 12. Ed. São Paulo: Malheiros. p. 193

222 Ibidem, p. 211.

223 SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 120.

224 BARROSO, Luís Roberto. **O Direito constitucional e a efetividade de suas normas**. 5ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 42.

Todavia, a realidade de sua aplicação e os ideais assim constituídos nem sempre conseguem circundar livremente no mundo fático.

Tal fato geralmente decorre porque, na tentativa de se construir um Estado forte e arraigado nos anseios populares, acabam-se erigindo preceitos tão vagos, genéricos, fluidos e dependentes que, na prática, acabam-se tornando menos eficazes ou inoperantes.<sup>225</sup>

Isso subsiste porque não houve ainda, no plano hermenêutico, o devido entrelaçamento entre uma sociedade carente de realização de direitos e, de outro, uma Constituição Federal que garante estes direitos da forma mais ampla possível.<sup>226</sup>

Mas, tal resultado ocorre menos porque os preceitos em causa sejam juridicamente, inoperantes de direito, e muito mais por uma inadequada compreensão da força jurídica que lhes é própria.

Nesse sentido, faz-se necessário recordar o pensamento do jurista alemão Konrad HESSE ao enunciar que:

A pretensão de eficácia de uma norma constitucional não se confunde as condições de sua realização; a pretensão de eficácia associa-se a essas condições como elemento autônomo. A Constituição não configura, portanto, apenas expressão de um ser, mas também de um dever ser; ela significa mais do que o simples reflexo das condições fáticas de sua vigência, particularmente as forças sociais e políticas. Graças à pretensão de eficácia, **a Constituição procura imprimir ordem e conformação à realidade política e social.**<sup>227</sup> (Grifou-se)

Deveras, a Constituição Federal de 1988, ao estatuir o Estado Democrático Brasileiro na República Federativa do Brasil, não pode ser analisada sob o prisma de um mero documento jurídico ou uma carta de anseios, aspirações e propósitos.

---

225 MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais**. São Paulo: Malheiros. 2009. p. 10.

226 STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2000. p. 38.

227 HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição (Die normative Kraft der Verfassung)**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre. 1991. p. 15.

É muito mais que isso. “É a transformação de um ideário, é a conversão de anseios e aspirações em regras impositivas. Em comandos. Em preceitos obrigatórios para todos: órgãos do Poder e cidadãos”.<sup>228</sup>

Em síntese, tomando-se por base os ensinamentos de Lênio Luiz STRECK, pode-se afirmar que “a Constituição é, assim, a materialização da ordem jurídica do contrato social, apontando para a realização da ordem política e social de uma comunidade, colocando à disposição os mecanismos para a concretização do conjunto de objetivos traçados no seu texto normativo deontológico”.<sup>229</sup>

Diante desses fatores, com o intuito de compreender o panorama jurídico-social e os entraves que estão ocorrendo, é mister a análise das normas constitucionais para então compreender sua força jurídica vinculante assim como sua eficácia e efetividade.

## **2.2 DA SUPREMACIA CONSTITUCIONAL: REGRAS E PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS**

De forma geral, a Constituição de um Estado, nas palavras de José Afonso da SILVA, pode ser definida como sendo “um sistema de normas jurídicas, escritas ou costumeiras, que regula a forma do Estado, a forma de seu governo, o modo de aquisição e o exercício do poder, o estabelecimento de seus órgãos, os limites de sua ação, os direitos fundamentais do homem e as respectivas garantias”.<sup>230</sup>

Em síntese, a Constituição é o conjunto de normas que organiza os elementos constitutivos do Estado.<sup>231</sup>

Por ser considerado um documento de tamanha relevância, costuma-se dizer que a Constituição é uma norma jurídica pura ou uma norma de pura coação<sup>232</sup>, servindo de paradigma para as demais normas jurídicas.

---

<sup>228</sup> MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Op. Cit., p. 11.

<sup>229</sup> STRECK, Lenio Luiz. Op. Cit. p. 225. Grifos do autor.

<sup>230</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso...**, p. 38

<sup>231</sup> Os elementos constitutivos do Estado, segundo Paulo BONAVIDES (Op. Cit. p. 70), podem ser de ordem formal ou material. Enquanto que os elementos de ordem formal representam o poder político da Sociedade, a partir do domínio dos mais fortes sobre os mais fracos, os elementos de ordem material incluem o elemento humano, qualificando-se como população, povo e nação e o elemento território.

<sup>232</sup> REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva. 2002. p. 48.

Isso se dá porque a Constituição “tem de ser pressuposta, visto que não pode ser posta por uma autoridade, cuja competência teria de se fundar numa norma ainda mais elevada”<sup>233</sup>. Tal norma, pressuposta como a mais elevada, é designada como norma fundamental.

Nesse mesmo diapasão, a própria Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789, esclarecia que “toda sociedade na qual a garantia dos direitos não é assegurada, nem a separação dos poderes determinada, não possui Constituição.”<sup>234</sup>

Denota-se, pois, que ao organizar o Estado, a Constituição, por ser sua lei Fundamental, deve assim fazê-lo de modo a estruturar e definir os limites do poder político, assegurando, em contrapartida, direitos fundamentais ao cidadão, de forma a consolidar uma ordem jurídica plena.

Assim sendo, todos deverão prestá-la obediência: o Legislativo, o Judiciário e o Executivo. Diz-se que “sujeito algum, ocupe a posição que ocupar, pode praticar ato – geral ou individual, abstrato ou concreto – em descompasso com a Constituição sem que tal ato seja nulo, e da mais grave nulidade, por implicar ofensa ao regramento de escalão máximo”.<sup>235</sup>

Por isso, afirma-se, muitas vezes, que a Constituição ocupa uma posição de supremacia jurídica, eis que uma vez posicionada no vértice do sistema jurídico do país, somente através dela haverá legitimidade aos demais Poderes do Estado.<sup>236</sup>

No entanto, para que isso ocorra, a Constituição deve estatuir um conjunto de normas que servirão de base para toda a ordenação jurídica nacional.

Quanto a esse ponto, é imprescindível considerar a distinção normativa havida entre regras e princípios, pois, como se sabe, “não há norma constitucional destituída de eficácia. Todas elas irradiam efeitos jurídicos, importando sempre numa inovação da ordem

---

233 KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 6 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 216-217.

234 **Déclaration des droits de l’Homme et du citoyen de 1789: Article XVI** - Toute Société dans laquelle la garantie des Droits n’est pas assurée, ni la séparation des Pouvoirs déterminée, n’a point de Constitution. Disponível em: <<http://www.assemblee-nationale.fr/histoire/dudh/1789.asp>>. Acesso em: 03 de julho de 2022.

235 MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Op. Cit., p. 12.

236 SILVA, José Afonso da. **Curso...** p. 45.

jurídica preexistente a entrada em vigor da Constituição a que aderem e a ordenação instaurada”.<sup>237</sup>

Os princípios constituem “o mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para exata compreensão e inteligência delas, exatamente porque confere a lógica e a racionalidade do sistema normativo”.<sup>238</sup>

As regras correspondem à disciplina de uma determinada situação em específico, sendo que uma vez subsistindo conflito entre as mesmas haverá a necessidade de subsistir apenas uma delas, aplicando-se, no caso, os métodos clássicos de interpretação da lei<sup>239</sup>.

Diversamente das regras, os princípios por serem normas basilares do sistema jurídico não podem ser meramente excluídos em situações conflitantes.

Isso ocorre porque, segundo Lênio Luiz STECK, “os princípios se medem normativamente, e a importância vital que assumem para os ordenamentos jurídicos se torna cada vez mais evidente, sobretudo se lhes examinarmos a função e presença no corpo das Constituições contemporâneas, onde aparecem como os pontos axiológicos de mais alto destaque e prestígio”.<sup>240</sup>

Aplica-se, em sendo o caso de conflito entre princípios, a regra da ponderação.

Acerca de tal tema, merece destaque a decisão do Supremo Tribunal Federal através do trecho do voto proferido pelo Min. Gilmar Mendes no HC nº. 82.424/RS, julgado em 17/09/2003, ao tratar do princípio da proporcionalidade como postulado da regra da ponderação:

A par dessa vinculação aos direitos fundamentais, o princípio da proporcionalidade alcança as denominadas colisões de bens, valores ou princípios constitucionais. Nesse contexto, as exigências do

---

<sup>237</sup> SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 7. Ed., 2. tir., São Paulo: Malheiros. 2008. p. 81.

<sup>238</sup> MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Op. Cit., p. 33.

<sup>239</sup> Cite-se, à título exemplificativo, o artigo 2º, § 1º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, ao dispor que — A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior.

<sup>240</sup> STRECK, Lenio Luiz. Op. Cit. p. 227.

princípio da proporcionalidade representam um método geral para a solução de conflitos entre princípios, isto é, um conflito entre normas que, ao contrário do conflito entre regras, é resolvido não pela revogação ou redução teleológica de uma das normas conflitantes nem pela explicitação de distinto campo de aplicação entre as normas, mas antes e tão-somente pela ponderação do peso relativo de cada uma das normas em tese aplicáveis e aptas a fundamentar decisões em sentidos opostos. Nessa última hipótese, aplica-se o princípio da proporcionalidade para estabelecer ponderações entre distintos bens constitucionais.<sup>241</sup> (Grifou-se)

Denota-se, pois, que os princípios jamais têm sua incidência afastada por constarem conteúdos contrastantes, mas sim devem ser aplicados ao caso concreto, conforme melhor atendam os objetivos para os quais foram instituídos.

Pois bem, dentre os princípios constitucionais, merece especial destaque aqueles constituintes de direitos e garantias fundamentais, como a seguir melhor se delimitará.

### **2.3 DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS E SUAS CARACTERÍSTICAS GERAIS**

Os direitos fundamentais são aqueles que melhor definem o condicionamento de validade substancial das normas produzidas no âmbito do Estado, ao mesmo tempo em que norteiam o moderno Estado constitucional de Direito.

Concretizados, em nossa Carta Magna, essencialmente sob o princípio da dignidade da pessoa humana, assim como dos valores da igualdade liberdade e justiça, os direitos e garantias fundamentais ressaltam uma condição de existência e medida de legitimidade para um verdadeiro Estado Democrático e Social de Direito.<sup>242</sup>

Sobre o tema, faz-se mister destacar as palavras de Ingo Sarlet WOLFGANG, ao dispor que:

---

<sup>241</sup> **Habeas Corpus nº. 82.424/RS – Rio Grande do Sul.** Relator: Min. MOREIRA ALVES. Julgamento: 17/09/2003. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79052>>. Acesso em: 20 jul. 2011. p. 657.

<sup>242</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional.** 10. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2011. p. 62.



Os direitos fundamentais, como resultado da personalização e posituação constitucional de determinados valores básicos (daí seu conteúdo axiológico), integram, ao lado dos princípios estruturais e organizacionais (a assim denominada parte orgânica ou organizatória da Constituição), a substância propriamente dita, o núcleo substancial, formado pelas decisões fundamentais, da ordem normativa, revelando que mesmo num Estado constitucional democrático se tornam necessárias (necessidade que se fez sentir da forma mais contundente no período que sucedeu à Segunda Grande Guerra) certas vinculações de cunho material para fazer frente aos espectros da ditadura e do totalitarismo.<sup>243</sup> (Grifou-se)

Nota-se, pois, que são direitos que, por assim dizer, buscam salvaguardar e proteger o cidadão de suas necessidades vitais, regulando “situações jurídicas objetivas e subjetivas, definidas no direito positivo, em prol da dignidade, igualdade e liberdade da pessoa humana”.<sup>244</sup>

Dada a sua magnitude, pode-se dizer que constituem ainda verdadeiros direitos humanos reconhecidos e positivados na esfera constitucional de determinado Estado.<sup>245</sup>

Assim sendo, a doutrina brasileira procura atribuir, genericamente, sete características principais a tais direitos, sejam elas: historicidade, relatividade, irrenunciabilidade, universalidade, indivisibilidade, imprescritibilidade e vinculação.

A historicidade ou generatividade dos direitos fundamentais parte do princípio de que os direitos fundamentais representam conquistas históricas hauridas pelos seres humanos nas lutas travadas pela sua própria emancipação.

---

<sup>243</sup> Ibidem. p. 61

<sup>244</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso...** p. 179.

<sup>245</sup> Ingo Sarlet WOLFGANG (**A eficácia...** p. 29) procura diferenciar os direitos humanos dos direitos fundamentais, na medida em que os primeiros guardam uma estreita relação com o direito internacional, por se referirem às posições jurídicas reconhecidas aos seres humanos independente de vinculação a determinada ordem constitucional, enquanto que os direitos fundamentais são direitos humanos aceitos e inseridos na ordem constitucional vigente de cada Estado.

Utiliza-se, nessa quadra, a expressão geração ou dimensão<sup>246</sup> para se referir ao reconhecimento progressivo dos direitos fundamentais.

Quanto a geração de direitos fundamentais, o Supremo Tribunal Federal através do Ministro Celso de Mello, ao proferir voto no Mandado de Segurança nº. 22.164/SP, publicado no Diário de Justiça em 17/11/1995, aduziu que:

“Enquanto os direitos de primeira geração (direitos civis e políticos) — que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais — realçam o princípio da liberdade e os direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais) — que se identifica com as liberdades positivas, reais ou concretas — acentuam o princípio da igualdade, os direitos de terceira geração, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados, enquanto valores fundamentais indisponíveis, nota de uma essencial inexauribilidade.”<sup>247</sup>

Portanto, os direitos de primeira geração realçam os direitos de liberdade, os de segunda geração realçam os direitos de igualdade e os de terceira geração os direitos de solidariedade ou fraternidade.

Costuma-se ainda, sobretudo por influência de Paulo BONAVIDES, estender ainda mais esse rol de gerações dos direitos para a inclusão dos direitos à democracia e à informação, assim como pelo direito ao pluralismo, em uma quarta geração dos direitos fundamentais.<sup>248</sup>

---

<sup>246</sup> A doutrina brasileira é bastante crítica quanto ao uso da expressão geração ou dimensão por traduzir a errônea impressão de que os direitos fundamentais são substituídos ao longo do tempo, quanto na verdade encontram-se em processo de expansão, cumulação e fortalecimento (WOLFGANG, Ingo Sarlet, Op. Cit. p. 45).

<sup>247</sup> **Mandado de Segurança nº. 22164/SP – São Paulo**, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 30/10/1995, DJ 17-11-1995. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=85691>. Acesso em: 13 set. 2011. p. 1177

<sup>248</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 7. Ed., São Paulo: Malheiros. 1997. p. 524

A relatividade dos direitos fundamentais evidencia que os direitos fundamentais não são absolutos. Significa dizer que em uma eventual colisão entre os mesmos, por tratarem-se de verdadeiros princípios constitucionais, aplica-se a regra da ponderação, conforme anteriormente mencionada, sempre buscando os interesses da coletividade.

A irrenunciabilidade, indisponibilidade ou inalienabilidade dos direitos fundamentais traduz-se na idéia de que a preterição de um direito fundamental não estará sempre justificada pelo mero fato de o titular do direito nela consentir.

Isso se dá porque os direitos fundamentais são “direitos intransferíveis, inegociáveis, porque não são de conteúdo econômico-patrimonial. Se a ordem constitucional os confere a todos, deles não se pode desfazer, porque são indisponíveis.”<sup>249</sup>

A universalidade dos direitos fundamentais decorre do fato de que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.”<sup>250</sup>

Tem por atribuição, assim, que “todas as pessoas, pelo fato de serem pessoas são titulares de direitos e deveres fundamentais, o que, por sua vez, não significa que não possa haver diferenças a serem consideradas, inclusive em alguns casos, por força do próprio princípio da igualdade”.<sup>251</sup>

A indivisibilidade dos direitos fundamentais, por sua vez, remonta a impossibilidade de se segregar o conteúdo de cada direito eis que a “Constituição assumiu a doutrina segundo a qual há de verificar-se a integração harmônica entre todas as categorias de direitos fundamentais do homem sob o influxo precisamente dos direitos sociais.”<sup>252</sup>

A imprescritibilidade resulta na noção de permanência e continuidade dos direitos fundamentais, acarretando a sua não extinção pelo mero decurso do tempo.

---

249 SILVA, José Afonso da. **Curso...** p. 181.

250 Artigo 5º, *caput* da Constituição Federal de 1988. Op. Cit. Acesso em: 14 set. 2011.

251 WOLFGANG, Ingo Sarlet. **A eficácia...** p. 210

252 SILVA, José Afonso da. **Curso...** p. 185

Finalmente, a vinculação dos direitos fundamentais significa que tais direitos não significam apenas uma garantia contra os poderes públicos.

Exprime que os direitos fundamentais, além de uma clássica eficácia vertical, que obriga o respeito pelo Poder Público, delinham ainda uma eficácia horizontal ou privada (erga omnes), que cobra cumprimento dos direitos fundamentais também nas relações entre particulares.<sup>253</sup>

A partir de então, passa-se a desenvolver uma perspectiva multifuncional dos direitos fundamentais bipartindo-os em: direitos fundamentais na condição de direitos de defesa ou direitos negativos e direitos fundamentais na condição de prestações ou direitos positivos.<sup>254</sup>

Basicamente, os direitos de defesa reclamam de seus destinatários uma abstenção, na medida em que exigem uma não ingerência na esfera de autonomia pessoal ou no âmbito de proteção do direito fundamental. São direitos que, por assim dizer, geralmente independem de uma concretização legislativa por desencadearem uma conduta negativa, em que pese ser possível sua fruição como direito subjetivo quando há o rompimento da abstenção exigida.<sup>255</sup>

Em outro vértice, os direitos positivos realçam a tarefa do Estado de colocar à disposição dos cidadãos meios materiais bem como condições fáticas que possibilitem o efetivo exercício das liberdades fundamentais, partindo da premissa de que o indivíduo, para a manutenção de sua liberdade, depende de uma postura ativa dos poderes públicos.<sup>256</sup>

O rol de direitos fundamentais é bastante extenso, incluindo os direitos à nacionalidade (art. 12 da Constituição Federal), os direitos políticos (artigos 14 a 17 da Constituição Federal), os direitos sociais (art. 6º e 193 e seguintes da Constituição Federal), direitos individuais e coletivos (próprios do artigo 5º da Constituição Federal), direitos solidários (artigos 3º e 225 da Constituição Federal), além de demais direitos e garantias

---

253 MARETTI, Luis Marcello Bessa. **A eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares.** Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2624, 7 set. 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/17348>>. Acesso em: 13 set. 2011.

254 SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 30, p. 97-124, abr. 1999.

255 Ibidem. p. 116

256 Ibidem. p. 102

implícitas decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Constituição Federal bem como dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.<sup>257</sup>

O princípio da vedação ao retrocesso social, embora não exclusivamente, encontra-se mais vinculado em relação aos direitos fundamentais sociais, o que justifica a necessidade de compreensão da eficácia dessas normas para então se contornar os limites de aplicação e reconhecimento do princípio no ordenamento jurídico pátrio.

#### **2.4. A FORÇADA CONSTITUIÇÃO E A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS**

É incontroverso no ordenamento jurídico que as normas jurídicas são dotadas do conteúdo da imperatividade. Tal característica traduz-se na idéia de que o Direito deve utilizar do atributo da coação para que subsista o efetivo cumprimento de suas regras.

Nas palavras de Miguel REALE, ao tratar do vocábulo coação:

O Direito, como já dissemos várias vezes, é de tal natureza que implica uma organização do poder, a fim de que sejam cumpridos os seus preceitos. Como as normas jurídicas visam a preservar o que há de essencial na convivência humana, elas não podem ficar à mercê da simples boa vontade, da adesão espontânea dos obrigados. É necessário prever-se a possibilidade de seu cumprimento obrigatório. Quando a força de organiza em defesa do cumprimento do Direito mesmo é que nós temos a segunda acepção da palavra coação.<sup>258</sup> (Grifou-se)

Nesse sentido, consoante o grau de imperatividade em relação à liberdade dos destinatários seja mais ou menos evidente, as normas jurídicas são caracterizadas como sendo, ora como normas cogentes quando obrigam ou vedam determinada conduta, ora como normas dispositivas quando possibilitam certa margem de liberdade na sua realização.<sup>259</sup>

---

<sup>257</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso...** p. 184.

<sup>258</sup> REALE, Miguel. Op. Cit. p. 71.

<sup>259</sup> Segundo Luís Roberto BARROSO, Op. Cit., p. 77, as normas cogentes são preceptivas, quando obrigam a determinada conduta, proibitivas quando a vedam. Não há nesse caso margem à vontade individual para

As normas constitucionais, adotando essa mesma esteira, possuem o atributo da imperatividade como qualquer outra norma jurídica.

No entanto, como afirma Lênio STRECK, “sua inobservância deflagra um mecanismo próprio de coação, de cumprimento forçado, apto a garantir-lhe a imperatividade, inclusive pelo estabelecimento de conseqüências da insubmissão ao seu comando”.<sup>260</sup>

Assim, por ocuparem uma posição de supremacia, tanto no âmbito formal quanto no âmbito material, as normas constitucionais necessitam de medidas para assegurar a concretude de suas disposições.<sup>261</sup>

Nesse sentido, Luis Roberto BARROSO aponta, de forma geral, a existência de três ordens para a garantia do Direito.<sup>262</sup>

Primeiramente, existem as garantias sociais que se consubstanciam na capacidade de o Estado prover adequadas condições materiais a seus habitantes, tanto em uma dimensão individual quanto em uma dimensão coletiva. Isso se encontra associado à capacidade de geração de riquezas no âmbito da sociedade além da forma de distribuição de riquezas pelos indivíduos que a integram.<sup>263</sup>

Em seguida, têm-se as garantias políticas ligadas essencialmente ao modo de exercício do poder no Estado. Portanto, erige-se uma intersecção entre os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, de modo a estabelecer um controle recíproco por meio de um sistema de freios e contrapesos.<sup>264</sup>

---

convencionar distintamente. Ao revés, as normas dispositivas são aquelas que deixam aos destinatários a liberdade de disporem de maneira diversa acerca da situação tipificada na norma.

<sup>260</sup> STRECK, Lênio Luiz. Op. Cit. p. 78.

<sup>261</sup> À título explicativo, tem-se que um dispositivo constitucional é dotado de supremacia material quando o seu conteúdo é substancialmente constitucional, vale dizer, quando ele cuida de um dos elementos relevantes do Estado. De outro lado, um dispositivo constitucional é dotado de supremacia formal pelo simples fato de constar do texto escrito de uma Constituição, solenemente elaborada, por um processo especial, mais dificultoso do que aquele de elaboração das demais leis.

<sup>262</sup> BARROSO, Luis Roberto. Op. Cit. p.123.

<sup>263</sup> Idem.

<sup>264</sup> Ibidem. p. 125

Finalmente, as garantias jurídicas correspondem aos meios processuais dedutíveis para a proteção dos direitos dedutíveis perante o Poder Judiciário, eis que é a função jurisdicional a responsável por buscar a restauração da ordem jurídica violada.<sup>265</sup>

Levando-se em consideração tais garantias, observa-se que a norma constitucional será concretizada à medida que atenda os anseios no âmbito social, político e jurídico. Ou seja, pode-se dizer que a norma constitucional será tão efetiva ou tão eficaz conforme esteja em consonância com as necessidades vitais de um Estado.

Konrad HESSE já havia enunciado que a Constituição transforma-se em força ativa e efetiva se existir a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida, ou, melhor dizendo, quando se fizerem presentes, na consciência geral, não só a vontade de poder, mas também a vontade de Constituição.<sup>266</sup>

Nessa quadra, levando-se em consideração a importância da imperatividade das normas constitucionais, revela-se essencial a diferenciação entre a efetividade da eficácia de seu conteúdo.

José Afonso da SILVA já ensinava que todas as normas possuem eficácia constitucional, podendo ser esta de eficácia plena e aplicabilidade imediata, eficácia contida e aplicabilidade imediata, porém passível de restrição e eficácia limitada, compreendendo as normas de princípio institutivo e de princípio programático, para designar aquelas que dependem de regulamentação infraconstitucional.<sup>267</sup>

Nota-se, pois, que a eficácia corresponde a noção de potencialidade da norma de gerar efeitos jurídicos.

Todavia, subsiste uma distinção entre o que se pode chamar de eficácia social, que corresponde a real obediência e aplicação da norma aos fatos, e a eficácia jurídica, que designa a qualidade de produzir, em maior ou menor grau, efeitos jurídicos ao regular, desde logo, as situações, relações e comportamentos nela indicados.<sup>268</sup>

---

<sup>265</sup> Idem.

<sup>266</sup> HESSE, Konrad. Op. Cit. p. 01.

<sup>267</sup> SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade...** Título II, Capítulos II, III e IV.

<sup>268</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Os direitos...** p. 111.

A eficácia social é o que comumente chama-se de efetividade.<sup>269</sup>

Segundo Luís Roberto BARROSO, a efetividade significa a realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social. Ela representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever-ser normativo e o ser da realidade social.<sup>270</sup>

Assim, percebe-se que a efetividade da norma jurídica encontra-se subjugada à aceitação popular em que a norma existe para ser cumprida e, fora os casos individualizados, o desrespeito generalizado ao seu conteúdo revela um sentido contrário às tendências populares, tornando como rumos possíveis ou o seu desuso ou a sua imposição por meio da coação.<sup>271</sup>

Em síntese, a eficácia jurídica e a eficácia social ou efetividade distinguem-se quanto ao plano em que atuam, eis que esta age no plano do ser enquanto aquela no plano do dever ser.

No entanto, é a eficácia jurídica das normas constitucionais, sobretudo dos direitos fundamentais sociais que merece especial destaque ao considerar o objeto de estudo do presente trabalho, haja vista que o princípio da vedação ao retrocesso social sobrepõe-se, conforme anteriormente relatado, com maior relevância nesses direitos.

Os direitos fundamentais sociais são direitos contemplados, em suma, mas não exclusivamente, nos artigos 6º, 7º, 170 e 193 da Constituição Federal de 1988.

São direitos que servem como pressuposto do “gozo dos direitos individuais na medida em que criam condições materiais mais propícias ao auferimento da igualdade real, o que, por sua vez, proporciona condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade”.<sup>272</sup>

---

<sup>269</sup> Idem.

<sup>270</sup> BARROSO, Luís Roberto. Op. Cit. p. 85.

<sup>271</sup> Idem.

<sup>272</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso...** p. 287.



Por estarem enquadrados na categoria de direitos fundamentais, os direitos sociais, assim como dispostos na Constituição Federal, definem normas e garantias de aplicação imediata.<sup>273</sup>

Segundo a exegese de José Joaquim Gomes CANOTILHO, pode-se afirmar que “os direitos, liberdade e garantias são regras e princípios jurídicos, imediatamente eficazes e actuais, por via directa da Constituição e não através de *auctorias interpositio* do legislador. Não são simples *norma normarum* mas *norma normata*, isto é, não são meras normas para a produção de outras normas, mas sim normas directamente reguladoras de relações jurídico-materiais”.<sup>274</sup>

Diz-se, assim, que os direitos fundamentais não podem simplesmente ser equiparados às demais normas constitucionais ao passo que, ao dispor sobre tais direitos, a Constituição estabeleceu um verdadeiro mandado de otimização, para reconhecer, à luz do caso concreto, a maior eficácia possível a todas as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais.<sup>275</sup>

Isso significa dizer que tanto sobre um viés defensivo quanto sob um viés prestacional, os direitos fundamentais sociais consolidam-se como autênticos e verdadeiros direitos, não podendo ser vistos como mera caridade, generosidade ou compaixão.

Nas palavras de Celso Antônio Bandeira de MELLO, ao referir-se as normas pertinentes à Justiça Social:

Todas as normas constitucionais atinentes à Justiça Social – tenham a estrutura tipológica que tiverem – surtem, de imediato, o efeito de compelir os órgãos estatais, quando da análise de atos ou relações jurídicas, a interpretá-los na mesma linha e direção estimativa adotadas pelos preceitos relativos à Justiça Social. Assim, tanto o Executivo, ao aplicar a lei, quanto o Judiciário, ao decidir situações

---

<sup>273</sup> Artigo 5º, §1º da Constituição Federal de 1988. Op. Cit. Acesso em: 20 set. 2011.

<sup>274</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7ª Ed. Coimbra/Portugal: Almedina. 2003. p. 438.

<sup>275</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Os direitos...** p. 114.

contenciosas estão cingidos a proceder em sintonia com os princípios e normas concernentes à Justiça Social.<sup>276</sup>

O Direito deve ser entendido como um bloco uno e interdependente. Desta feita, sem a efetividade dos direitos sociais econômicos e culturais, os direitos civis e políticos se reduzem a meras categorias formais, enquanto que, sem a realização dos direitos civis e políticos, os direitos econômicos, sociais e culturais carecem de verdadeira significação.<sup>277</sup>

Não há mais como se planificar a liberdade divorciada da justiça social, nem na justiça social rompida da liberdade.<sup>278</sup>

Igualmente, o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, da qual o Brasil fez parte através do Decreto nº. 591 de 06 de julho de 1992, dispôs em seu artigo 2º que:

Cada Estado Parte do presente Pacto compromete-se a adotar medidas, tanto por esforço próprio como pela assistência e cooperação internacionais, principalmente nos planos econômico e técnico, até o máximo de seus recursos disponíveis, que visem a assegurar, progressivamente, por todos os meios apropriados, o pleno exercício dos direitos reconhecidos no presente Pacto, incluindo, em particular, a adoção de medidas legislativas.<sup>279</sup> (Grifou-se)

À luz de tais fatores, é que se pode afirmar que os direitos sociais compõem o acervo histórico, jurídico, ético e cultural do povo brasileiro, servindo como base para compor o conceito de patrimônio público e, pois, sendo indispensável para a garantia de uma proteção efetiva ao seu destinatário final, ou seja, o cidadão.

Isso se dá porque, conforme elucidado previamente a Constituição não constitui apenas uma carta de programas com metas a serem cumpridas, mas sim um documento

---

<sup>276</sup> MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Op. Cit. p. 56

<sup>277</sup> PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o direito internacional**. 7ª Ed. São Paulo: Saraiva. 2006. p. 136

<sup>278</sup> Idem

<sup>279</sup> **Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais**. Art. 2º, § 1º. Decreto nº. 591 de 06/06/1992. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/D0591.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0591.htm)>. Acesso em: 20. Set. 2011.

jurídico com uma densidade normativa suficiente a trazer à tona efeitos práticos, sobretudo no tocante aos direitos fundamentais.

No entanto, tais direitos sociais não foram contemplados integralmente pelo constituinte originário, cabendo-lhe tão somente delinear o seu núcleo essencial.

Acaba restando ao legislador ordinário a tarefa de conceder tais direitos sem denegrir os contornos traçados na Carta Magna.

Em que pese a existência de fortes correntes doutrinárias defendendo a obrigatoriedade de fruição imediata dos direitos fundamentais, fato é que o reconhecimento efetivo de um direito subjetivo decorrente de um direito fundamental social acaba muitas vezes encontrando barreiras para a sua concreta fruição no princípio da reserva do possível.

Abstraindo-se de maiores detalhes acerca de tal princípio, eis que não constitui objeto central da abordagem do presente trabalho, a reserva do possível corresponde a uma limitação à livre disposição dos direitos sociais, principalmente os de caráter prestacional, haja vista os limites orçamentários e a capacidade de deles dispor.<sup>280</sup>

Mais uma vez, a solução para o problema dependerá do caso concreto que está a se enfrentar, devendo, para tanto, ser utilizada a técnica da ponderação entre os princípios da reserva do possível e do mínimo existencial para o cidadão, não se podendo olvidar, que a baliza para tanto será sempre a dignidade da pessoa humana.<sup>281</sup>

Em virtude desses fatores e até mesmo diante da necessidade de salvaguardar as populações de seus direitos, evitando práticas governamentais que impliquem um amesquinamento dos mesmos, passa-se a desenvolver uma eficácia constitucional protetiva aos direitos fundamentais sociais através da identificação do princípio da vedação ao retrocesso social.

### **3. DO PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO AO RETROCESSO SOCIAL: RECONHECIMENTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

---

<sup>280</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Os direitos...** p. 119.

<sup>281</sup> Idem

O princípio da vedação ou proibição do retrocesso social não se encontra expressamente previsto no texto da Carta Constitucional de 1988.

A sua afirmação e reconhecimento, no entanto, decorrem da conjugação dos valores e objetivos contrastados na Carta Democrática em prol da manutenção dos direitos fundamentais sociais, protegendo-os contra refluxos políticos e econômicos.

Conforme explicitado previamente, o princípio da vedação ao retrocesso social não se circunscreve exclusivamente aos direitos sociais. No entanto, tendo em vista que é nessa seara jurídica que o princípio tem alcançado maior repercussão, o foco do presente trabalho tenderá a focar essa parcela de direitos.

### **3.1 O PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO AO RETROCESSO SOCIAL COMO GARANTIA À SEGURANÇA JURÍDICA E DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA**

O ponto de partida para o reconhecimento do princípio da vedação ao retrocesso social remonta justamente a noção de segurança jurídica.

A segurança sempre foi buscada em qualquer ordem jurídica, pois é justamente através dela que se constitui uma certeza das relações jurídicas firmadas sob o império da norma, devendo seus efeitos subsistirem mesmo quando houver a revogação ou substituição do dispositivo normativo.

Nesse sentido, o clamor das pessoas pela estabilidade das relações jurídicas é tão elevado que o direito à segurança é definido, inclusive, como valor fundamental de todo e qualquer Estado que tenha a pretensão de merecer o título de Estado de Direito.<sup>282</sup>

Isso é tão evidente que, desde a Declaração dos Direitos Humanos de 1948, a menção à segurança jurídica passou a constar dos principais documentos constitucionais modernos.

A Carta Democrática de 1988 não constitui exceção a essa regra. Além da menção expressa a um direito geral à segurança em seu artigo 5º, caput, há ainda disposições protetivas nos incisos do mesmo artigo ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e a coisa julgada.<sup>283</sup>

---

<sup>282</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Proibição de retrocesso, dignidade da pessoa humana e direitos sociais: manifestação de um constitucionalismo dirigente possível**. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 15, set./ out./ nov. 2008. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>>. Acesso em: 20 ago. 2011. p. 02.

<sup>283</sup> Art. 5º, inciso XXXVI da Constituição Federal de 1988. Op. Cit.. Acesso em: 05 out. 2011.

Ademais, a Constituição Federal elenca certas matérias como de tamanha relevância para a ordem pública e sobrevivência do Estado Democrático que proíbe qualquer proposta tendente a abolir a sua sistemática.

São as chamadas cláusulas pétreas, considerando-se com tais: a forma federativa de Estado, o voto direto, secreto universal e periódico, a separação dos Poderes e os direitos e garantias individuais.<sup>284</sup>

Vê-se, portanto, que a característica principal da segurança, não se tomando por exclusivo o seu âmbito jurídico, é evitar qualquer forma de retrocesso.

É o direito à segurança garantido enfaticamente no Texto Constitucional que mantém incólume os direitos e as garantias conquistadas pela humanidade ao longo dos tempos.

Nessa quadra, o princípio de vedação ao retrocesso social passa a se amoldar como uma ideia de proteção da pessoa e da própria ordem jurídica contra medidas de cunho retrocessivo, ou seja, atos que tenham por escopo a redução ou supressão de posições jurídicas já implementadas.<sup>285</sup>

No entanto, retrocesso não pode ser entendido apenas como medidas que retiram posições jurídicas já consolidadas para desconstituir relações anteriores.

O retrocesso também incide em medidas com efeitos prospectivos, sendo justamente na seara dos direitos sociais em que pairam os maiores problemas.

Isso se dá porque, conforme elucidado previamente, o constituinte originário apenas teceu o núcleo central dos direitos sociais, incumbindo ao legislador ordinário a árdua tarefa de concretizar o seu conteúdo e sua proteção.

É, pois, nesse campo que o princípio do retrocesso social serviria para verificar até que ponto o legislador infraconstitucional poderia exercer o seu ofício, seja implementando ou desconstituindo relações jurídicas, seja partindo de efeitos retroativos ou prospectivos.

---

<sup>284</sup> Art. 60, § 4º da Constituição Federal de 1988. Op. Cit. Acesso em: 05 out. 2011.

<sup>285</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Proibição de retrocesso...** p. 02.

Outrossim, levando-se em consideração que a segurança jurídica está diretamente relacionada com a proteção da ordem jurídica, revela-se notável a sua estreita relação com a noção de dignidade da pessoa humana.

Sem buscar um conceito fechado, a dignidade humana, conforme recorda Ingo Sarlet WOLFGANG, traduz-se na:

“qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos”.<sup>286</sup>

Vislumbra-se que a dignidade humana é o fundamento central da Carta Democrática de 1988, de modo que, todos os direitos fundamentais constituem, em maior ou menor grau, dimensões de sua manifestação.

Nas palavras de Ana Paula de BARCELLOS, “as normas-princípios sobre a dignidade da pessoa humana são, por todas as razões, as de maior grau de fundamentalidade na ordem jurídica como um todo. A elas devem corresponder as modalidades de eficácia jurídica mais consistentes.”<sup>287</sup>

É indissociável a ideia de que a Constituição foi criada para propiciar cidadãos dignos, garantindo-lhes a mínima proteção para que lhes seja assegurada uma vida boa, uma vida feliz.<sup>288</sup>

---

<sup>286</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 3ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 60.

<sup>287</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais – o princípio da dignidade da pessoa humana**. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 202-203.

<sup>288</sup> ALMEIDA, Dayse Coelho. A fundamentalidade dos direitos sociais e o princípio da proibição de retrocesso. **Inclusão Social**, Brasília, v. 02, n. 01, p. 118-124, out. 2006/ mar. 2007.

Nesse campo teórico, a própria proteção dos direitos sociais, materializada na ideia de segurança, é manifestação da dignidade da pessoa humana, eis que toda ordem jurídica necessita de estabilidade e certeza de continuidade de suas relações.

É, tomando por base a exegese proposta, que se defende a existência do princípio da vedação ao retrocesso social, pois como afirma Luís Roberto BARROSO, “por este princípio, que não é expresso, mas decorre do sistema jurídico-constitucional, entende-se que se uma lei, ao regulamentar um mandamento constitucional, instituir determinado direito, ele se incorpora ao patrimônio jurídico da cidadania e não pode ser arbitrariamente suprimido.”<sup>289</sup>

Isso ocorre porque, consoante detalhado preteritamente, a Constituição não tem somente a tarefa de apontar para o futuro. Tem igualmente a relevante função de proteger os direitos já conquistados.<sup>290</sup>

Desta feita, a vedação ao retrocesso planifica a ideia de proibição de contrarrevolução social ou de evolução reacionária em que uma vez obtido determinado grau de realização, passa-se a formalizar uma garantia constitucional e um direito subjetivo, limitando a reversibilidade dos direitos adquiridos e garantindo o núcleo essencial da existência mínima inerente ao respeito pela dignidade da pessoa humana.<sup>291</sup>

Por assim dizer, segundo José Joaquim Gomes CANOTILHO, “a violação do núcleo essencial efetivado justificará a sanção de inconstitucionalidade relativamente a normas manifestamente aniquiladoras da chamada justiça social.”<sup>292</sup>

Em síntese, o direito à segurança e a dignidade da pessoa humana corroboram uma ideia de democracia social, por meio do princípio da vedação ao retrocesso social, em que surge o dever constitucional do legislador ordinário de transformar, conformar e modernizar as estruturas sociais, constituídas em um núcleo essencial na Carta Democrática, nas vestes de uma efetiva justiça social.<sup>293</sup>

---

<sup>289</sup> BARROSO, Luís Roberto. Op. Cit., p. 158.

<sup>290</sup> STRECK, Lênio Luiz. Op. Cit. p. 233.

<sup>291</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Op. Cit. p. 339

<sup>292</sup> Idem

<sup>293</sup> Idem.

Entretanto, as discussões acerca da proteção do Estado Democrático de Direito através do referido princípio não se limitam ao âmbito do ordenamento jurídico interno, tendo ainda uma abrangência de proporções mundiais que merecem ser analisadas para que se compreendam os desafios enfrentados acerca da temática proposta.

### 3.2 O PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO AO RETROCESSO SOCIAL NO ÂMBITO DO DIREITO ESTRANGEIRO

A jurisprudência nacional, como melhor se detalhará posteriormente, ainda tem se posicionado de maneira bastante amistosa em relação à aplicação prática do princípio da vedação ao retrocesso social.

No entanto, as bases para a aplicação no direito interno decorrem essencialmente das decisões tomadas no âmbito do direito internacional, sendo essencial a análise do princípio da vedação ao retrocesso social no ordenamento jurídico estrangeiro.

Na França, o princípio da vedação ao retrocesso relembra o efeito —cliquet para designar que os direitos humanos não podem retroagir, mas apenas avançar nas proteções dos indivíduos.

Nas palavras de Ravênia Márcia de Oliveira LEITE, tem-se que:

A expressão —efeito cliquet é utilizada pelos alpinistas e define um movimento que só permite o alpinista ir para cima, ou seja, subir. A origem da nomenclatura, em âmbito jurídico, é francesa, onde a jurisprudência do Conselho Constitucional reconhece que o princípio da vedação de retrocesso (chamado de "effet cliquet") se aplica inclusive em relação aos direitos de liberdade, no sentido de que não é possível a revogação total de uma lei que protege as liberdades fundamentais sem a substituir por outra que ofereça garantias com eficácia equivalente.<sup>294</sup>

Em síntese, pode-se afirmar que a ideia por detrás do princípio da proibição de retrocesso é fazer com que o Estado sempre atue no sentido de melhorar progressivamente as condições de vida da população.

---

<sup>294</sup> LEITE, Ravênia Márcia de Oliveira. Do efeito *cliquet* ou princípio da vedação de retrocesso, **Revista Jus Vigilantibus**, publicado em 13 de maio de 2009. Disponível em: <<http://jusvi.com/artigos/39752>>. Acesso em: 06, out. 2011.



Portanto, qualquer ato estatal que objetive suprimir garantias essenciais direcionadas à realização da dignidade humana deve ser visto com desconfiança e somente pode ser aceito se outros mecanismos igualmente eficazes sejam substituídos em seu lugar.

Paralelamente a tal concepção, em Portugal, é oportuno considerar a decisão havida no Tribunal Constitucional de Portugal, tomada no Acórdão nº. 39 de 1984 que veio por declarar a inconstitucionalidade de uma Lei que havia revogado parcela da Lei do Serviço Nacional de Saúde sob o argumento de que, naquela ocasião, o legislador estava atentando contra o direito fundamental à saúde. São palavras do relator Cons.º Vital Moreira naquela decisão:

Quer isto dizer que a partir do momento em que o Estado cumpre (total ou parcialmente) as tarefas constitucionalmente impostas para realizar um direito social, o respeito constitucional deste deixa de consistir (ou deixa de consistir apenas) numa obrigação positiva, para se transformar (ou passar também a ser) numa obrigação negativa. O Estado, que estava obrigado a actuar para dar satisfação ao direito social, passa a estar obrigado a abster-se de atentar contra a realização dada ao direito social.<sup>295</sup>

[...]

Impõe-se a conclusão: após ter emanado uma lei requerida pela Consumição para realizar um direito fundamental, é interdito ao legislador revogar essa lei, repondo o estado de coisas anterior. A instituição, serviço ou instituto jurídico por ela criados passam a ter a sua existência constitucionalmente garantida. Uma nova lei pode vir alterá-los ou reformá-los nos limites constitucionalmente admitidos; mas não pode vir extingui-los ou revogá-los. (Grifou-se)

Ainda, em outro caso, tratado no Acórdão nº. 509/02, o mesmo Tribunal reconheceu a inconstitucionalidade da lei que excluiu um benefício mínimo de inserção em

---

<sup>295</sup> **Processo nº. 06/83 – Acórdão nº. 39/84.** Tribunal Constitucional de Portugal. Rel: Conselheiro Vital Moreira. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19840039.html>>. Acesso: 06 out. 2011.

relação às pessoas com idade compreendida entre 18 e 25 anos. Na ocasião, o relator Cons<sup>o</sup>. Luís Nunes de Almeida afirmou que:

Ora, assim sendo, a apreciação da questão da proibição do retrocesso perderá interesse no caso de se concluir que o direito a um mínimo de existência condigna se encontra constitucionalmente garantido e que, quanto a esses cidadãos, não existem outros instrumentos que o possam assegurar, com um mínimo de eficácia jurídica. É que, então, sempre existirá uma inconstitucionalidade por violação desse direito, independentemente do conteúdo da legislação anteriormente vigente.<sup>296</sup>

Analisando conjuntamente as decisões adotadas pela Corte Portuguesa, denota-se que o princípio da vedação ao retrocesso tem como objetivo salvaguardar os direitos do cidadão em relação às ingerências do Estado atentatórias contra o mínimo de existência condigna.

Nesse campo ideológico, uma vez concretizado determinado direito social, seja através da produção normativa ou por intermédio de programas sociais, cabe ao Estado respeitar as garantias criadas, abstendo-se de revogá-las sem que se retirem as garantias já conquistadas.

A Alemanha, por sua vez, igualmente possui um elevado grau de consenso para o reconhecimento da proibição de retrocesso na esfera dos direitos sociais, haja vista que, apesar de uma ausência de previsão expressa do princípio na sua legislação, o Tribunal Constitucional Federal sempre chancelou a proteção, ainda que de forma não ilimitada, dos direitos adquiridos como das próprias expectativas de direitos.<sup>297</sup>

Vislumbra-se, de forma geral, conforme elucida Pablo Castro MIOZZO que a “cláusula da vedação do retrocesso pressupõe um Estado Social já realizado. Ou seja, parte da idéia de que o dever positivo de concretizar os direitos fundamentais, imposto pela

---

<sup>296</sup> **Processo nº. 768/02 – Acórdão nº. 508/02.** Tribunal Constitucional de Portugal. Rel: Conselheiro Luís Nunes de Almeida. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20020509.html>>. Acesso: 06 out. 2011.

<sup>297</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Proibição de retrocesso...** p. 17.

Constituição já tenha sido cumprido, exurgindo daí uma garantia de preservação das conquistas atingidas”.<sup>298</sup>

É compreensível que o princípio da vedação ao retrocesso possua essa feição na imensa maioria dos países europeus eis que o Estado Social é, há muito tempo, uma realidade constante naqueles países.

Por outro lado, a realidade brasileira muitas tende a questionar a presença do princípio da vedação ao retrocesso social, sobretudo naqueles direitos sociais de cunho prestacional, seja porque são acessíveis a uma camada diminuta da sociedade ou porque o Estado não cumpriu com firmeza o dever positivo de concretização dos direitos fundamentais sociais.<sup>299</sup>

### **3.3 O (NÃO) RECONHECIMENTO DO PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO AO RETROCESSO SOCIAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

Conforme esboçado previamente, a realidade brasileira, muitas vezes desconexa com a Carta Magna, acaba por distanciar-se das normas e princípios nela delineadas, não chegando, em última análise, a compor um Estado Social e Democrático de Direito.<sup>300</sup>

Nesse sentido, chega a se afirmar que para que se fale em retrocesso social, é necessário que primeiramente tenha ocorrido um progresso.

É por isso que doutrinadores, tais como, Roger Stiefelman LEAL, chegam a concordar com a possibilidade de se conceder uma ampla liberdade ao legislador ordinário, atribuindo a capacidade de revogar totalmente a política concretizadora dos direitos sociais:

“Há de se ressaltar, contudo, que, ao se tratar de efetivação de direitos sociais, fala-se sempre na concretização dentro de uma reserva do possível a fim de recordar que tal efetivação depende de determinados fatores como a existência de recursos. Desse modo,

---

<sup>298</sup> MIOZZO, Pablo Castro. **O princípio da proibição do retrocesso social e sua previsão constitucional: uma mudança de paradigma no tocante ao dever estatal de concretização dos direitos fundamentais no Brasil**. Porto Alegre, 2005. Disponível em: <<http://www.ajuris.org.br/dhumanos/mhonrosa1.doc>>. Acesso em: 01 out. 2011.

<sup>299</sup> Idem.

<sup>300</sup> Idem.

deve-se ter presente que, se não for possível custear o serviço público da maneira exigida pela norma concretizadora de um direito social, faz-se imperativo a redução do grau de concretização adquirido ou até a sua total desconcretização.<sup>301</sup> (Grifou-se)

Apesar tal posicionamento, a total falta de vinculação do legislador ordinário em matéria de direitos sociais consistiria em uma em uma ofensa à Constituição Federal, na qual pouco importariam os objetivos e fundamentos lá traçados.

Assim sendo, Narbal Antônio Mendonça FILETI, afirma que a “a aceitação dessa concepção outorgaria ao legislador o poder de disposição do conteúdo essencial dos direitos fundamentais sociais, ocasionando fraude à Constituição por violação à própria dignidade humana”.<sup>302</sup>

Isso se dá porque as normas constitucionais, por constarem no ápice normativo da legislação pátria, devem servir como paradigma ao legislador tanto na construção quanto na modificação dos direitos sociais.

Igualmente, os princípios lá esboçados não podem ser considerados sob o mero prisma individual eis que demandam uma aplicação sistemática de modo a atingir, com máxima eficácia, os objetivos e fundamentos constituintes da República Federativa do Brasil.

Prosseguindo com tal raciocínio, pode-se sintetizar que o princípio da vedação ao retrocesso social é obtido, no ordenamento jurídico brasileiro, a partir da conjugação de uma série de preceitos oriundos da Constituição Federal de 1988.

É o princípio do Estado democrático e social de Direito que impõe de maneira geral um dever mínimo de segurança jurídica, por consolidar um “governo do povo, para o povo e pelo povo”.<sup>303</sup>

---

301 LEAL, Roger Stiefelman. **Direitos Sociais e a vulgarização da noção de direitos fundamentais**. Rio Grande do Sul. Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Disponível em: <<http://www6.ufrgs.br/ppgd/doutrina/leal2.htm>>. Acesso em: 09 out. 2011.

302 FILETI, Narbal Antônio Mendonça. O princípio da proibição de retrocesso social: breves considerações. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 13, nº. 2059, publicado em 19 fev. 2009. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12359>>. Acesso em 03 de julho de 2022.

303 BONAVIDES, Paulo. **Ciência....** p. 288.

É a ordem democrática que assegura uma continuidade da ordem jurídica, prolatando, como consequência, uma vedação contra medidas de ordem retrocessiva.

O princípio da dignidade da pessoa humana, da mesma forma, incorporado nas “exigências de justiça e dos valores éticos, conferindo suporte axiológico a todo o sistema jurídico brasileiro”,<sup>304</sup> possibilita a satisfação dos direitos sociais por meio de prestações positivas, garantindo uma existência condigna para todos.

Ainda, o princípio da máxima eficácia e efetividade das normas definidoras dos direitos fundamentais tem como objetivo a otimização das normas constitucionais fundamentais, dentre as quais destacam-se os direitos sociais, atribuindo-os uma característica de imperatividade, cuja inobservância enseja aplicação coativa.

Gilmar Ferreira MENDES ainda elucida que o princípio “veicula um apelo aos realizadores da Constituição para que em toda situação hermenêutica, sobretudo em sede de direitos fundamentais, procurem densificar os seus preceitos, sabidamente abertos e predispostos a interpretações expansivas.”<sup>305</sup>

Nesse sentido, observa-se que ao mesmo tempo em que as normas buscam atingir o seu padrão máximo de eficácia e efetividade, exige-se que seja assegurada uma proteção isenta de lacunas e que não retire as garantias já conquistadas.

Outrossim, o princípio da proteção da confiança, decorrente do Estado de Direito, impõe ao “poder público – inclusive (mas não exclusivamente) como exigência da boa-fé nas relações com os particulares – o respeito pela confiança depositada pelos indivíduos em relação a uma certa estabilidade e continuidade da ordem jurídica como um todo e das relações jurídicas especificamente consideradas.”<sup>306</sup>

Nessa quadra, significa afirmar que os órgãos estatais não apenas devem obediência aos comandos previstos na Constituição Federal, como também se exige uma autovinculação em relação aos seus atos anteriores, sem afetar o núcleo essencial normativamente assegurado.

---

<sup>304</sup> PIOVESAN, Flávia. Op. Cit. p. 33

<sup>305</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 111.

<sup>306</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Proteção...** p. 23.

Da análise conjugada desses princípios expressos ou implícitos da Carta Magna, vislumbra-se que a proibição de retrocesso social é dotada de um elemento essencialmente finalístico, conformado na concretização dos direitos fundamentais, sobretudo os direitos sociais, além do permanente desenvolvimento dessa concretização.<sup>307</sup>

É por isso que se chega a afirmar que o princípio admite um viés tanto positivo quanto negativo.

Por um lado, surge o dever positivo de o legislador manter-se no propósito de ampliar, progressivamente e de acordo com as condições fáticas e jurídicas, o grau concretizador dos direitos fundamentais sociais não apenas através da manutenção do status quo, mas através de uma obrigação avanço social.<sup>308</sup>

De outro, o conteúdo negativo enfatiza a imposição ao legislador de, ao elaborar os atos normativos, respeitar a não-supressão ou a não redução do grau de densidade normativa que os direitos fundamentais sociais tenham alcançado por meio da legislação infraconstitucional.<sup>309</sup>

Esse bivetorialidade, como elucida Pablo MIOZZO, corresponde a uma metafundamentalidade formal do princípio que serve como guia para a operacionalização dos —três poderes do Estado e de todas as —dimensões dos direitos fundamentais.<sup>310</sup>

Não bastassem tais dispositivos constitucionais, a adesão do Brasil ao Pacto Internacional dos Direitos Econômicos Sociais e Culturais, conforme mencionado previamente, assegura uma aplicação progressiva dos direitos fundamentais sociais até o limite dos recursos disponíveis.

Flávia PIOVESAN, ao tratar do aludido Pacto, aduz que:

Contudo, reitera-se, o Pacto dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais estabelece a obrigação dos Estados de reconhecer e progressivamente implementar os direitos nele enunciados. Como afirma o Comitê sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais: “Se

---

307 FILETI, Narbal Antônio Mendonça. Op. Cit.

308 Idem.

309 Idem.

310 MIOZZO, Pablo. Op. Cit. p. 17-18.

a plena realização de relevantes direitos pode ser alcançada progressivamente, medidas nesta direção devem ser adotadas em um razoavelmente curto período de tempo, após o Pacto entrar em vigor em relação a determinado Estado. Estas medidas devem ser deliberadas e concretamente alcançáveis, da forma mais clara possível, no sentido de conferir cumprimento às obrigações reconhecidas no Pacto. Da obrigação da progressividade na implementação dos direitos econômicos, sociais e culturais decorre a chamada cláusula de proibição do retrocesso social, na medida em que é vedado aos Estados retroceder no campo da implementação desses direitos. Vale dizer, a progressividade dos direitos econômicos, sociais e culturais proíbe o retrocesso ou a redução de políticas voltadas à garantia de tais direitos.<sup>311</sup> (Grifou-se)

Vislumbra-se, assim, que a aceitação do Brasil ao Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais acarreta a proibição de políticas, medidas e orientações que visam a piorar o patamar jurídico de tais direitos.

Trata-se de um verdadeiro dever de irreversibilidade em que os tratados e convenções internacionais e os Textos Constitucionais impõem à (des)regulamentação dos direitos sociais, econômicos e culturais, vedando a quem pode tratar da normatização desses direitos a sua derrogação ou redução.<sup>312</sup>

Diante de todos esses fundamentos, não parece razoável sustentar que o reconhecimento do princípio do retrocesso social equivaleria em uma aniquilação da liberdade de conformação do legislador, que nunca poderia ser ilimitada em um Estado constitucional de Direito por violar a própria noção de dignidade da pessoa humana.<sup>313</sup>

Nada obstante, ainda que o princípio adquira uma importante feição na proteção dos direitos fundamentais sociais, não se pode concedê-lo um caráter absoluto.

---

311 PIOVESAN, Flávia. Op. Cit. p. 172

312 MENEZES, Cláudio Armando Couce de. Direitos humanos e fundamentais: os princípios da progressividade e irreversibilidade e da não regressividade social em um contexto de crise. **Revista IOB Trabalhista e Previdenciária**. Porto Alegre, v. 21, n. 244, p. 51-68, out. 2009

313 SARLET, Ingo Wolfgang. **Proibição...** p. 32

Além da limitação orçamentária, anteriormente referida, conjugada no princípio da reserva do possível, o princípio da vedação ao retrocesso social deve ser manejado considerando os pressupostos da isonomia e da proporcionalidade.

Isso se torna ainda mais evidente em uma sociedade tal qual a brasileira em que o Direito, tomado como ciência social aplicada, deve ultrapassar a mera dogmática e alcançar a realidade, indo além da análise do problema, propondo soluções palpáveis e de aplicabilidade imediata.<sup>314</sup>

Esta função social urge ser incessantemente perseguida, sob pena de retrocessão na própria civilização, entendida como abandono dos instintos animais, e seguir ao encontro do estado democrático de direito prometido na Constituição.

Quanto a esse aspecto, Ingo Wolfgang SARLET, chega a afirmar que:

Nesse contexto, parece-nos que um dos desafios principais a serem enfrentados também no âmbito de uma proibição de retrocesso é o da adequada hierarquização entre o direito à segurança social e jurídica (que não possui – convém frisá-lo – uma dimensão puramente individual, já que constitui elemento nuclear da ordem objetiva de valores do Estado de Direito como tal) e a igualmente fundamental necessidade de, sempre em prol do interesse comunitário, proceder aos ajustes que comprovadamente se fizerem indispensáveis, já que a possibilidade de mudanças constitucionalmente legítimas e que correspondam às necessidades da sociedade como um todo (mas também para a pessoa individualmente considerada) carrega em si também um componente de segurança que não pode ser desconsiderado.<sup>315</sup> (Grifou-se)

De todo exposto, nota-se que a Constituição Federal, levando em conta os rumos traçados pela crescente globalização econômica assim como os efeitos da exclusão social, representou um enorme avanço para a sociedade brasileira, notadamente em matéria social.

---

314 ALMEIDA, Dayse Coelho. Op. Cit. p. 122

315 SARLET, Ingo Wolfgang. **Proibição...** p. 36.



Entretanto, para que haja a verdadeira implantação dos valores e preceitos constitucionais ainda resta a ser concluída a batalha para a efetivação de tais direitos, para que somente nesse momento possa-se vislumbrar uma verdadeira passagem da cidadania do plano jurídico-formal para o campo socioeconômico.<sup>316</sup>

O princípio da vedação ao retrocesso não é o único nem a melhor via para se possibilitar a implementação dos direitos fundamentais. Entretanto, não pairam dúvidas que se trata de uma ferramenta poderosa para proteger os direitos sociais contra a sua supressão e redução pelos poderes constituídos, em prol da construção de um direito constitucional inclusivo, solidário e altruísta.<sup>317</sup>

#### **4 O PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO AO RETROCESSO SOCIAL NA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA**

A jurisprudência brasileira, embora de maneira um pouco tardia, vem reconhecendo cada vez mais a presença do princípio da vedação ao retrocesso social no âmbito do ordenamento jurídico nacional.

A princípio apenas o Supremo Tribunal Federal havia se manifestado sobre a matéria, no entanto, já subsistem precedentes do Superior Tribunal de Justiça e dos Tribunais Regionais Federais como a seguir se demonstrará.

##### **4.1 PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF) SOBRE O PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO AO RETROCESSO SOCIAL**

No âmbito do Supremo Tribunal Federal, destaca-se a decisão tomada na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 2.065-0-DF, tomada como a primeira manifestação da Corte sobre a matéria, em que se debatia acerca da possibilidade da extinção do Conselho Nacional da Seguridade Social e dos Conselhos Estaduais e Municipais de Previdência Social.

Na ocasião, em que pese o STF não conhecido da ação justamente por ter entendido, por maioria de votos, pela ocorrência apenas de ofensa reflexa à Constituição, destaca-se o voto do relator Ministro Sepúlveda Pertence:

---

316 ALMEIDA, Dayse Coelho. Op. Cit. p. 124

317 SARLET, Ingo Wolfgang. **Proibição...** p. 37

Pouco importa. Certo, quando, já vigente à Constituição se editou lei integrativa necessária à plenitude da eficácia, pode subseqüentemente o legislador, no âmbito de sua liberdade de conformação, ditar outra disciplina legal igualmente integrativa do preceito constitucional programático ou de eficácia limitada; Mas não pode retroceder – sem violar a Constituição – ao momento anterior de paralisia de sua efetividade pela ausência da complementação legislativa ordinária reclamada para implementação efetiva de uma norma constitucional. [...]

Pode, é óbvio, o legislador ordinário substituí-la por outra, de igual função complementadora de Lei Fundamental, o que não pode é substituir a regulação integradora precedente – pré ou pós – constitucional – pelo retorno ao vazio normativo que faria retroceder a regra incompleta da Constituição à sua quase impotência originária.<sup>318</sup> (Grifou-se)

Da análise do julgamento, denota-se a posição do Supremo Tribunal Federal, de antemão, em limitar a atividade legiferante para a proteção dos direitos sociais sob pena de tornar incompletas ou esvaziar-se o conteúdo normativo dos preceitos constitucionais.

Paralelamente, em outra decisão, o Supremo Tribunal Federal julgou improcedente a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 3.104/DF em que se questionava a constitucionalidade do art. 2º da Emenda Constitucional nº. 41/ 2003 bem como se a Emenda Constitucional nº. 20/98 havia criado direito subjetivo aos servidores públicos que não haviam implementado os requisitos necessários para a concessão da aposentadoria à data de sua publicação. Nesta decisão, a relatora Min. Carmen Lúcia esboçou que:

Não há óbice, nem vislumbro desobediência do constituinte reformador ao alterar os critérios que ensejam o direito à aposentadoria por meio de nova elaboração constitucional ou de fazê-las aplicar àqueles que ainda não atenderam aos requisitos firmados pela norma constitucional. Os critérios e requisitos para a aquisição do direito à aposentadoria não se petrificam para os que,

---

318 **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 2065/ DF**. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Julgamento em 17 fev. de 2000. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=375320>>. Acesso em 03 de julho de 2022.

estando no serviço público a cumprir, no curso de suas atribuições, os critérios de tempo, contribuição, exercício das atividades dentre outros, ainda não os tenha aperfeiçoado, de modo a que não pudesse haver mudança alguma nas regras jurídicas para os que ainda não titularizam o direito à sua aposentadoria. [...]

Diferente é o direito genérico à aposentadoria, como um dos direitos sociais, e o direito à sua aposentadoria, esse aperfeiçoado quando completados todos os itens legalmente estatuídos para fazer nascer o direito e a capacidade de exercê-lo a partir daí.<sup>319</sup> (Grifou-se)

Segundo se extrai da decisão, em que pese não conste menção expressa à vedação ao retrocesso social, subsistiria uma ofensa ao princípio referido caso fosse extinta a possibilidade de aposentadoria, eis que esse sim corresponde a um verdadeiro direito social, não havendo o mesmo ao se considerar uma adaptação dos critérios de transição para um novo modelo previdenciário que se veio a estabelecer.

Finalmente, em decisão havida no Mandado de Segurança nº. 24.875-1/DF, discutia-se a garantia do recebimento por ministros aposentados do Supremo Tribunal Federal do “adicional por tempo de serviço e vantagem artigo 184 – III – inativo”.

Na ocasião, foram afastadas as ofensas aos postulados da isonomia, da razoabilidade e do direito adquirido para reconhecer a transgressão à garantia da irredutibilidade de vencimentos. Em seu voto, o Min. Celso de Mello recorda a inaplicabilidade do princípio da vedação ao retrocesso social ao caso retratado, sendo certo afirmar que:

Na realidade, a cláusula que proíbe o retrocesso em matéria social traduz, no processo de sua concretização, verdadeira dimensão negativa pertinente aos direitos sociais de natureza prestacional, impedindo, em consequência, que os níveis de concretização dessas prerrogativas, uma vez atingidos, venham a ser reduzidos ou suprimidos, exceto nas hipóteses – de todo inócua na espécie –

---

319 **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 3104/DF – Distrito Federal.** Relatora: Min. Cármen Lúcia. Julgamento em 26 set. 2007. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=493832>>. Acesso em 03 de julho de 2022.

em que políticas compensatórias venham a ser implementadas pelas instâncias governamentais.<sup>320</sup>

Tomando por base as decisões colacionadas do Pretório Excelso, pode-se concluir que a jurisprudência brasileira vem reconhecendo de forma cada vez mais evidente a presença do princípio da vedação ao retrocesso social como forma de proteção dos direitos sociais contra os desmandos do legislador ordinário, cumprindo assim os objetivos da Carta Constitucional.

#### **4.2 PRECEDENTES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ) SOBRE O PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO AO RETROCESSO SOCIAL**

Da mesma forma que o Supremo Tribunal Federal, o Superior Tribunal de Justiça vem reconhecendo em suas decisões a presença do princípio da vedação ao retrocesso social para a proteção dos direitos sociais atrelando-o ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Nessa seara, é imperioso atentar para a recente decisão tomada no âmbito da Arguição de Inconstitucionalidade nos embargos de divergência em Recurso Especial nº. 727.716/CE que versou sobre a possibilidade de concessão de pensão por morte ao menor sob guarda quando o óbito do segurado ocorre após a alteração que a Lei n. 9.528/1997 provocou no § 2º do art. 16 da Lei n. 8.213/1991. Na redação atual, o menor sob guarda não é mais equiparado a filho para efeito de dependência de segurado do Regime Geral de Previdência Social – RGPS.

Na ocasião, em que pese não ter sido reconhecida a arguição de inconstitucionalidade, merece destaque trecho do voto do Min. Celso Limongi para esclarecer que:

Havendo, pois, incompatibilidade entre princípios e princípios, deve prevalecer aqueles que garantem a integridade física, moral e social da pessoa humana, e, então, ser declarada a inconstitucionalidade do aludido parágrafo na parte em que afasta a proteção integral do interesse do menor, deixando a criança ou o adolescente sob guarda, quando dependente de segurado do Regime Geral da Previdência

---

<sup>320</sup> **Mandado de Segurança nº. 24875/DF – Distrito Federal.** Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Julgamento em 11 mai. 2006. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=86203>>. Acesso em 03 de julho de 2022.

Social, totalmente ao desamparo da previdência estatal. Afasto, assim, a aplicação da norma previdenciária por implicar retrocesso social e vilipêndio aos direitos assegurados pela Lei Fundamental.<sup>321</sup>

No caso proposto, a decisão adotada pelo Min. Celso Limongi ponderou os valores da coletividade considerando, de um lado as normas a favor da vida, a assistência aos desamparados e a natureza da previdência social e, de outro, as normas a favor da reserva do possível, do custeio da seguridade social e da capacidade contributiva do agente.

Dessa forma, preferiu o Ministro considerar uma valorização do princípio da proteção integral da família como decorrência da dignidade da pessoa humana, sendo que qualquer alteração do legislador ordinário para excluir o menor sob guarda comprometeria a realização de objetivos fundamentais em prol do mesmo, caracterizando um retrocesso social.

Ainda, no Recurso Especial nº. 567.385/MG chegou a se questionar sobre a constitucionalidade da denegação do benefício de isenção do IPI (Imposto sobre produtos industrializados) para o portador de deficiência física impossibilitado de dirigir que havia adquirido um veículo para que outro o dirija.

No caso retratado, o relator Min. Luiz Fux, reconhecendo a inconstitucionalidade da denegação, asseverou que:

Ressoa inconcebível que direitos consagrados em normas menores como Circulares, Portarias, Medidas Provisórias, Leis Ordinárias tenham eficácia imediata e os direitos consagrados constitucionalmente, inspirados nos mais altos valores éticos e morais danção sejam relegados a segundo plano. [...]

Deveras, negar à pessoa portadora de deficiência física a política fiscal que consubstancia verdadeira positive action significa legitimar

---

321 **AI nos EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RESP Nº 727.716 – CE (2005/0098940-3)**. Relator: Min. Celso Limongi. Publicado no DJe em 23/05/2011. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/Abre\\_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=12454703&sReg=200500989403&sData=20110523&sTipo=51&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=12454703&sReg=200500989403&sData=20110523&sTipo=51&formato=PDF)>. Acesso em 03 de julho de 2022.

violenta afronta aos princípios da isonomia e da defesa da dignidade da pessoa humana.<sup>322</sup>

Nesse sentido, vislumbra-se que a decisão, privilegiando o fato de existir uma legislação anterior da concessão do benefício de isenção de IPI ao portador de necessidades especiais, privilegiou o princípio da igualdade material para, não apenas vedar a discriminação aos portadores de deficiência física, como também impor a implementação de medidas que assegurem a sua inserção social e profissional.

Assim, a privação desse benefício ao deficiente físico configuraria um retrocesso social posto que se distanciaria das promessas constitucionais de disseminação das desigualdades e proteção da dignidade da pessoa humana.

#### **4.3 PRECEDENTES DOS TRIBUNAIS REGIONAIS FEDERAIS (TRFs) SOBRE O PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO AO RETROCESSO SOCIAL**

Da mesma forma que os Tribunais Superiores, as decisões proferidas no âmbito recursal dos Tribunais Regionais Federais vêm corriqueiramente reconhecendo o princípio da vedação ao retrocesso social.

No Tribunal Regional Federal da 1ª Região, destaca-se a decisão tomada na Apelação em Mandado de Segurança nº. 2002.38.00.016555-2/MG, na qual o negou-se provimento ao recurso de apelação que pretendia ver válido o artigo 28 da Lei nº. 9.711/98, notadamente na parte em que se refere à conversão de aposentadoria de tempo especial em tempo comum.

A partir da ementa colacionada na referida decisão, tem-se que:

"(...)

IX - A existência no direito constitucional brasileiro, pelo menos, da modalidade mais branda de "proibição de retrocesso social" - que veda a ab-rogação da legislação ordinária destinada a concretizar determinado direito social constitucional - torna o art. 28 da Lei

---

<sup>322</sup> **Recurso Especial nº. 567.873/MG (2003/0151040-1)**. Relator: Min. Luiz Fux. Publicado no DJe em 25/02/2004. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre\\_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=1019102&sReg=200301510401&sData=20040225&sTipo=51&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=1019102&sReg=200301510401&sData=20040225&sTipo=51&formato=PDF)>. Acesso em: 03 de julho de 2022.

9.711/98 parcialmente inválido, na parte em que pretende exterminar para o futuro da conversão de tempo especial em normal.

X - Idêntica conclusão decorre da estrutura dos direitos sociais, de sua interpretação teleológica e do princípio segundo o qual o Estado de Direito deve proteção à confiança nele depositada por seus cidadãos.<sup>323</sup>

(...)”

Analisando a decisão proposta, nota-se o caráter essencialmente protetivo para salvaguardar a conversão do tempo de aposentadoria especial em comum por configurar uma garantia do cidadão contra as modificações legislativas futuras sem que haja uma compensação equivalente.

No mesmo sentido, o Tribunal Regional Federal da 2ª Região, através da Apelação Cível nº. 2001.51.01.025096-9/RJ, discutiu acerca da possibilidade de uma lei ordinária (Lei nº. 9732/98) revogar ou restringir a imunidade ao recolhimento de contribuições previdenciárias por parte de sociedade civil sem fins lucrativos.

Nessa decisão, o Des. Federal Ricardo Regueira, relator do processo em questão, enfatizou que:

Ademais, ainda que a Lei 9732/98 tivesse natureza jurídica de lei complementar, padeceria de vício de inconstitucionalidade material, já que está restringindo imunidade conferida pelo constituinte originário.

Em razão do princípio da proibição do retrocesso, somente é lícito ao legislador regulamentar o art. 195, § 7º, da Constituição Federal, para estabelecer condições que venham a conferir uma maior efetividade

---

<sup>323</sup> **Apelação em Mandado de Segurança nº. 2002.38.00.016555-2/MG.** Relator: Des. Federal Jirair Aram Meguerian. Publicado no DJ em 28 jul. 2005. Disponível em: <<http://www.trf1.jus.br>>. Acesso em 03 de julho de 2022.

à imunidade em questão, e não para esvaziar seu conteúdo normativo.<sup>324</sup>

Vê-se que o esvaziamento normativo por parte do legislador ordinário das imunidades tributárias concedidas constitucionalmente ofende o Texto Constitucional bem como macula o princípio da vedação ao retrocesso social, pois ao invés de propiciar a efetividade da norma constitucional, acaba por lesar os direitos do cidadão e corroer a segurança social, sendo, portanto, insuscetível de modificação posterior negativa.

Ao cabo, merece salientar a decisão adotada pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região na Apelação Cível nº. 2003.71.00.027032-0/RS em que a parte autora, servidor público federal, pretendia o ressarcimento das despesas feitas com tratamento de saúde utilizando-se dos critérios anteriores à expedição das Portarias nº. 026 e 027 do Ministério da Fazenda.

Com a edição dos referidos atos normativos, o critério para o ressarcimento dos valores devidos para os servidores que levava em conta sua faixa etária e a de seus vencimentos passou a ser estabelecido segundo um valor fixo por servidor/dependente para fins de ressarcimento dos gastos com plano de saúde.

Na ocasião, o Des. Federal Luiz Carlos de Castro Lugon, em voto divergente, posicionou-se no seguinte sentido:

A meu sentir, no entretanto, em se tratando de direitos sociais dos trabalhadores, impera o princípio do "não-retrocesso"; as conquistas sociais incorporam-se ao patrimônio jurídico dos servidores, passando a constituir direito adquirido, que não pode ser diminuído ou simplesmente eliminado.[...] [...] Saliente-se, por pertinente, que "o direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular - e implementar - políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar. O direito fundamental que assiste

---

324 **Apelação Cível nº. 2001.51.01.025096-9/RJ**. Relator: Des. Federal Ricardo Regueira. Publicado no DJ em 01 mar. 2003. Disponível em: <<http://www.trf2.jus.br/>>. Acesso em 15 out. 2011.



a todas as pessoas - representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. (...)." (AGRG. NO Recurso Extraordinário nº 271.286/RS, rel. Min. CELSO DE MELLO, DJ 24.11.2000).325

Vislumbrando a modificação trazida pelas Portarias do Ministério da Fazenda, percebe-se que foram implementadas condições que prejudicavam o pleno exercício do direito fundamental à saúde pelo servidor público.

Tal alteração normativa, entretanto, foi vista como inconstitucional por parte do Tribunal Regional Federal da 4ª Região que, primando-se pelo princípio da vedação ao retrocesso social, houve por desconsiderar os novos requisitos trazidos pelas portarias do Ministério da Fazenda.

## 5 CONCLUSÃO

Ao longo do presente trabalho, pretendeu-se salientar a importância e a relevância do princípio da vedação ao retrocesso social como forma de salvaguardar os direitos fundamentais, em especial os direitos sociais, contra modificações futuras por parte do Estado que esvaziassem o seu conteúdo normativo.

Para tanto, vislumbrou-se a necessidade de se compreender a força normativa da Constituição bem como a efetividade e eficácia das normas constitucionais de modo a enaltecer os objetivos fundamentais da República, sobretudo a dignidade da pessoa humana.

O princípio da vedação ao retrocesso social, nesse sentido, seria destacado com maior evidência nos direitos sociais, justamente por compor o acervo jurídico, ético e cultural do povo brasileiro, cujos mandamentos constitucionais apenas serviram para dispor seu núcleo normativo central.

---

325 **Apelação Cível nº. 2003.71.00.027032-0/RS.** Relator: Des. Federal Silvia Maria Gonçalves Garaieb. Publicado no DJ em 27 fev. 2007. Disponível em: <<http://www.trf4.jus.br>>. Acesso em: 16 out. 2011.

O legislador ordinário, por sua vez, seria incumbido da realização de duas árduas tarefas. Enquanto que de um lado teria o dever de ampliar, progressivamente e de acordo com as condições fáticas e jurídicas, o nível de concretização dos direitos fundamentais sociais, de outro surgiria a obrigação de respeitar uma não redução da densidade normativa alcançada por tais direitos.

Com base em uma inspiração no direito estrangeiro, sobretudo no direito francês, português e alemão, e levando-se em consideração os pressupostos da segurança jurídica e da dignidade da pessoa humana, o ordenamento jurídico brasileiro passou a conjugar os preceitos constitucionais para caracterizar a presença entre nós do princípio da vedação ao retrocesso social.

Nesse sentido, em que pese existirem correntes em sentido contrário, o princípio da vedação ao retrocesso social seria oriundo da própria noção do Estado Democrático de Direito, voltado a buscar uma maior eficácia e efetividade das normas constitucionais, sem desprezar a confiança depositada pelos indivíduos em relação à estabilidade e continuidade da ordem jurídica.

Deveras, mesmo havendo o reconhecimento cada vez mais constante pela jurisprudência nacional do princípio da vedação ao retrocesso social, a prática ainda é bastante tímida.

A valorização constitucional dos direitos fundamentais sociais corresponde a um avanço tremendo em termos jurídicos, eis que busca essencialmente a emancipação do ser humano.

No entanto, ao considerarmos o plano socioeconômico, a busca pela efetivação dos direitos continua a ser buscada pelo fortalecimento da democracia.

O princípio da vedação ao retrocesso social não é a única ferramenta para que sonho venha a se estabelecer integralmente, mas com certeza, já é um grande passo para a sua ocorrência.

## 6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Dayse Coelho. **A fundamentalidade dos direitos sociais e o princípio da proibição de retrocesso**. Inclusão Social, Brasília, v. 02, n. 01, p. 118-124, out. 2006/ mar. 2007.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais – o princípio da dignidade da pessoa humana**. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. **O Direito constitucional e a efetividade de suas normas**. 5ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. 12. Ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito constitucional**. 7. Ed., São Paulo: Malheiros. 1997.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 03 de julho de 2022.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7ª Ed. Coimbra/ Portugal: Almedina. 2003.

FILETI, Narbal Antônio Mendonça. **O princípio da proibição de retrocesso social: breves considerações**. Jus Navigandi, Teresina, a. 13, nº. 2059, publicado em 19 fev. 2009. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12359>>. Acesso em: 03 de julho de 2022.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição (Die normative Kraft der Verfassung)**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris - Editor. 1991.

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

LEAL, Roger Stiefelman. **Direitos Sociais e a vulgarização da noção de direitos fundamentais**. Rio Grande do Sul. Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Disponível em: <<http://www6.ufrgs.br/ppgd/doutrina/leal2.htm>>. Acesso em: 03 de julho de 2022.

LEITE, Ravênia Márcia de Oliveira. **Do efeito cliquet ou princípio da vedação de retrocesso**. Revista Jus Vigilantibus, publicado em 13 de maio de 2009. Disponível em: <<http://jusvi.com/artigos/39752>>. Acesso em: 03 de julho de 2022.

MARETTI, Luis Marcello Bessa. **A eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares.** Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2624, 7 set. 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/17348>>. Acesso em: 03 de julho de 2022.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais.** São Paulo: Malheiros. 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Palo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional.** São Paulo: Saraiva, 2007.

MENEZES, Cláudio Armando Couce de. **Direitos humanos e fundamentais: os princípios da progressividade e irreversibilidade e da não regressividade social em um contexto de crise.** Revista IOB Trabalhista e Previdenciária. Porto Alegre, v. 21, n. 244, p. 51-68, out. 2009

MIOZZO, Pablo Castro. **O princípio da proibição do retrocesso social e sua previsão constitucional: uma mudança de paradigma no tocante ao dever estatal de concretização dos direitos fundamentais no Brasil.** Porto Alegre, 2005. Disponível em: <<http://www.ajuris.org.br/dhumanos/mhonrosa1.doc>>. Acesso em: 03 de julho de 2022.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o direito internacional.** 7ª Ed. São Paulo: Saraiva. 2006.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito.** 27. ed. São Paulo: Saraiva. 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional.** 10. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2011.

\_\_\_\_\_. Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 30, p. 97-124, abr. 1999.

\_\_\_\_\_. **Proibição de retrocesso, dignidade da pessoa humana e direitos sociais: manifestação de um constitucionalismo dirigente possível.** Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 15, set./ out./ nov. 2008. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>>. Acesso em: 03 de julho de 2022.

\_\_\_\_\_. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988.** 3ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 7. Ed., 2. tir., São Paulo: Malheiros. 2008.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito constitucional positivo**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2000.

## O DIREITO PENAL DE EMERGÊNCIA NOS CHAMADOS “CRIMES DE CARIMBO”

KATHLEN CAROLINE ALVES DE LIMA

**Resumo:** O presente artigo visa analisar a necessidade de leis que emergem na nossa sociedade como uma resposta ao clamor social que cada vez mais busca resoluções de acordo com suas convicções causando uma hipertrofia legislativa.

**Palavras-Chave:** direito penal; presunção de inocência; garantias constitucionais; devido processo legal, direito penal de emergência, mídia.

**Abstract:** This article aims to analyze the need for laws that emerge in our society as a response to the social clamor that increasingly seeks resolutions according to their convictions causing a legislative hypertrophy

**Key-words:** laws, legislative, social clamor, society.

**Sumário:** 1. Introdução. 2. Do princípio da presunção de inocência 3. Da necessidade de aplicação efetiva do princípio da presunção de inocência no Júri 4. Conclusão. 5. Referências

### 1.Introdução

Há uma veiculação na mídia de um chamado “clube do carimbo”. São pessoas teoricamente portadoras do vírus HIV que com a especial finalidade de transmitir o vírus para outras desavisadas, promovem práticas de contaminação não consensual de parceiros sexuais com o vírus HIV, como, por exemplo, a ocultação do parceiro sexual da não utilização de preservativos.

Por isso, foi criado um projeto de lei com a intenção de coibir a prática desse crime. O projeto de autoria do deputado Deputado Pompeo de Mattos (PDT/RS) foi proposto na Câmara dos Deputados pelo Projeto de Lei 198/2015, visando restaurar um Projeto de Lei antigo que já visava ao recrudescimento da conduta de transmissão intencional do vírus HIV como crime hediondo. Nesse projeto, de certa forma há uma intenção política acima de tudo de forma a atingir o clamor social provocado pela ojeriza da população por tal prática.

Dessa forma, percebe-se o direito penal simbólico, isto é, o direito penal utilizado para acalmar os ânimos da população.

Em que pese entenda-se pela reprovabilidade da conduta praticada, há de ser ressaltado que a proposição de leis penais e o acréscimo do poder punitivo do Estado sem fundamentação concreta, ainda mais quando perpetrado por indivíduos já vulneráveis

sejam como autores ou réus, implica numa segregação ainda maior desses indivíduos e ao invés de uma solução há o estigma ainda maior sobre estas pessoas.

Sendo assim, é imperioso o estudo dessas leis de emergência que num primeiro momento aparentam ser a solução e posteriormente são um problema ainda maior a toda a sociedade.

## **2. O direito penal de emergência e o clamor social**

O direito penal de emergência é um vetor de política criminal. Porque através do apelo social inflado, vai acabar acarretando um endurecimento das normas penais. Recentemente houve um endurecimento na lei dos chamados crimes hediondos. Cada ano que passa, a lei 8.072 vem ficando ainda mais inflada.

Recentemente, até mesmo o furto qualificado com o emprego de explosivo entrou para a categoria e rol de delitos hediondos.

O projeto de lei que visa categorizar o “clube do carimbo” como delito hediondo veicula uma política extremamente segregacionista, já que com a exacerbação punitiva promovida pelo PL 198/2015, é esperado que esse estigma sofra uma amplificação, ainda mais pelo processo de criminalização do indivíduo. E a rotulação como delinquente – como autor de delitos hediondos – é um processo que se dá rapidamente, principalmente com a restrição de direitos e incremento de condutas punitivistas. Primeiramente, não está se discutindo que não haja uma reprimenda, mas sim que seja feita uma política criminal eficiente e não que um indivíduo doente seja rotulado como doente e bandido.

O direito penal há de ser observado como uma garantia de direitos e a resolução de conflitos, perspectivas completamente além do horizonte de alcance dessa esfera mais gravosa do Direito.

Há de ser respeitado ainda um enfrentamento de uma epidemia de HIV/AIDS e de conscientização da população deve observância à garantia do direito à saúde, previsto como direito social no art. 6º da Constituição Federal e, nos termos do art. 196 da Constituição Federal. Além disso há políticas próprias em níveis de saúde pública implementadas pelo SUS no âmbito da contenção da proliferação do vírus.

## **3- Da exacerbação punitiva**

O Direito Penal se destina à tutela dos bens jurídicos, que devem estar em compasso axiológico com a Constituição. Bem jurídico-penal ou objeto jurídico é o interesse protegido pela norma, que não se confunde com objeto material, que é a pessoa ou coisa

sobre a qual incide a conduta delituosa. Para uma concepção fundamentadora, a ideia de proteção ao bem jurídico consubstancia forma de legitimação da incriminação.

Desta forma, a lei deve ser interpretada de forma compatível com o ordenamento jurídico, mantendo, assim, sua unidade. Primeiramente, tinha seu alcance limitado à coerência interna do subsistema a que pertencesse a norma. Atualmente, porém, em atenção à influência da filosofia pós-positivista, lança um olhar também externo para a ordem jurídica como um todo, notadamente constitucional, de modo a abarcar o princípio instrumental da interpretação conforme a Constituição (dentre as diversas interpretações possíveis da norma resultantes dos critérios metodológicos expostos, deve -se escolher a que melhor se harmonize com os princípios e direitos fundamentais consagrados na Carta Magna (eficácia interpretativa dos princípios).

Desta forma, submeter a uma hipertrofia legislativa e acrescentar crimes a categorias do rol dos crimes hediondos, haveria na verdade uma proteção insuficiente onde na verdade se optaria por uma verdadeira exclusão ao invés da inclusão.

#### **4- Conclusão**

Diante de um Estado Democrático de Direito, a implementação de direitos fundamentais deve se realizar da forma mais abrangente possível, sendo a opinião pública e suas formas de manifestação uma das formas de assegurar esse direito.

Sendo assim, devem ser adotadas medidas preventivas e não repressivas. Como a conscientização da transmissão de doenças sexualmente transmissíveis bem como proteção e medicação de indivíduos contaminados.

Por isso, imprescindível a utilização de políticas públicas de forma a integrar e não estigmatizar.

Desta forma, o projeto de lei endurecedor do direito penal, com data máxima vênua e com o mais absoluto respeito aos entendimentos contrários, não se justifica por um Estado Democrático de Direito integrador e protetivo dos direitos mais nobres e fundamentais do cidadão.

#### **5.Referências**

BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 1988.



BRASIL. Lei no 8.072 ( 1990). Dispõe sobre os crimes hediondos nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências.

**ZAFFARONI**, Eugenio Raúl; **PIERANGELI**, José Henrique. Manual de direito penal brasileiro: parte geral. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

Disponível em: <https://unaid.org.br/2017/05/pl-19815-que-criminaliza-transmissao-hiv-vai-audiencia-publica/>

## DANO ESPIRITUAL COMO UMA NOVA MODALIDADE DE REPARAÇÃO CIVIL

**SÉRGIO OLIVEIRA FACIONE:**

Graduando em Direito, Centro  
Universitário de Santa Fé do Sul –  
SP, UNIFUNEC

**EDUARDO CURY<sup>326</sup>**

(orientador)

**RESUMO:** A Responsabilidade Civil é a obrigação de reparação de um dano causado por outra pessoa, no direito civil o ato de violar os direitos de outro faz com que essa se responsabilize dos seus atos praticados por terceiros como forma de reparação civil. De modo sucinto, não foi diferente como acidente aéreo causado por um Boeing 737 da companhia aérea GOL no dia 29 de setembro de 2006 nas Aldeias Indígenas deixando mais de 1.000 km<sup>2</sup> de terreno impróprio para uso, devido aos destroços do avião e do querosene derramada nas terras. Em decorrência deste fato abriu-se uma nova discussão sobre uma nova modalidade de reparação civil nunca antes comentada em decisão judicial. Fato é que essa nova modalidade descrita como Dano Espiritual causou controvérsias em todos os âmbitos do direito, sendo considerada como uma possibilidade de ser adicionada no ordenamento jurídico para ser seguida de acordo com as reclamações que fossem impostas. Observando que em regra o Direito sempre evolui juntamente com as discussões impostas pela sociedade, não seria a primeira vez que acrescentaríamos um fato esporádico como obrigação e regra no âmbito jurídico. Levando em consideração que o trágico acidente trouxe margem para discussões além do que a que está sendo proposta.

**Palavras-chave:** Responsabilidade Civil. Ordenamento Jurídico. Direito.

**ABSTRACT:** Civil Liability is the obligation to repair damage caused by one person to another, in civil law the act of violating the rights of another makes the acts performed by third parties as a form of civil reparation to be held responsible. Thus, it was no different with the air accident caused by a Boeing 737 belonging to the airline GOL on September 29, 2006, which left more than 1,000 km<sup>2</sup> of land unsuitable for use, due to the plane's wreckage. For this reason, a discussion was opened on a new modality of civil reparation that had never before been discussed in a court decision. The fact is that this new modality described as Spiritual Damage caused controversies in all areas of law, being considered as a possibility of being added to the legal system to be followed in accordance with the

---

326 Especialista em direito civil, Processo Civil, especialização em Direito Civi

claims that were imposed. Taking into account that, as a rule, the Law always evolves together with the society in which we live, it would not be the first time that we would add a sporadic fact as an obligation and rule in the legal sphere

**Keywords:** Technology. Business. Consumer.

## 1. INTRODUÇÃO

Após um acidente com um avião Boeing 737 da companhia aérea GOL em 29 de setembro de 2006 caído nas aldeias indígenas no norte do Mato Grosso, deixando aproximadamente 1000 km<sup>2</sup> de terreno impróprio para o uso devido a uma grande quantidade de querosene que contaminou o solo e também os destroços do avião que implicariam em grandes impactos ambientais para retirar os restos de escombros. A área fica localizada nas aldeias indígenas e era considerada área sagrada quase nunca frequentada podendo ser chamada de casa dos espíritos ou cemitérios dos espíritos. Após a tragédia surgiu uma nova discussão jurídica acerca do fato elencando uma nova modalidade de reparação civil. O acordo extrajudicial feito entre as partes denominado de DANO ESPIRITUAL, o nome do termo causou estranheza entre os juristas, pelo simples fato de nunca terem ouvido ou visto uma decisão com esta denominação proferida.

O fato gerador que aborda a responsabilidade civil que será tratada no presente trabalho com o intuito de informar e trazer a luz da problemática do tema em questão, será o dano. É claro que a inobediência desse elemento motiva a obrigação de restaurar ou seja compensar o prejuízo.

Tema de muita importância levando a circunstância vivida no atual momento, pois além de ser uma temática recente e atualizada, principalmente no que se trata do Caso Legacy em que a companhia aérea GOL, indenizou, extrajudicialmente a tribo indígena Kayapó pelos danos espirituais.

Ao analisar a súmula 387 do Superior Tribunal de Justiça onde discorre sobre responsabilidade civil, alegam que isso muda os moldes tradicionais de responsabilidade de dano extrapatrimonial não mais são satisfatórios quando se trata de reparação na escala extrafísica. Nesse sentido aparece o dano espiritual, que até o presente momento é considerada categoria autônoma em que se refere ao dano extrapatrimonial.

A princípio, analisa-se no Art. 5º, V, da CF/88 três categorias usuais de dano, são elas: dano material, dano moral e dano de imagem. Todavia, em respeito a mudança de esquema da responsabilidade civil, o Superior Tribunal de Justiça modificou a súmula 387, trazendo a nova condição sobre as espécies de danos.

Por esse motivo analisou a possibilidade de incluir novas categorias, se diferenciando do modelo tradicional que não mais servia como exemplo, quando o assunto era a valoração de novos interesses jurídicos.

Nesse instante surge a categoria de dano espiritual, que atravessa a cláusula geral da dignidade da pessoa humana, atingindo a esfera da alma, mais especificamente, atinge o projeto de vida.

Por outro lado é avaliado que o dano espiritual é um dano extrapatrimonial na sua forma autônoma, ou seja, não se estende como sendo um pedaço do dano moral, nem como sendo uma agravante do mesmo, tendo em vista o bem jurídico protegido.

O termo de dano espiritual deve se juntar em nosso ordenamento jurídico como um dano extrapatrimonial agindo de forma autônoma, afastado do dano moral, tendo em vista que as instituições discordam quanto aos bens que foram atingidos, tal como, a Constituição não foi contra e nem se manifestou sobre os reconhecimentos de novos danos, ponto em que diz ainda mais sobre as novas modalidades que podem vir a aparecer ao longo dos tempos.

Em outro momento, a tribo indígena denominada de Krenak, localizado no estado de Minas Gerais, também foram vítimas de danos culturais e espirituais, tudo isso por causa do rompimento da barragem que abrigava rejeitos de mineração que vinham da empresa Samarco Mineração. Esse acidente ambiental trágico aconteceu em Bento Rodrigues, um distrito deslocado do município de Mariana, e contaminou uma grande área que abrigava na época mais de 200 municípios e o ecossistema do Rio Doce. Algumas semanas depois, a montanha de lama poluída se deslocou cerca de 450 km, atingindo a zona costeira da foz desse rio, no estado vizinho do Espírito Santo, litoral do Brasil (ALEIXO; ANDRADE, 2016, p.284).

Podemos imaginar que o valor da espiritualidade também é ligado com o ser existencial, levando em consideração tanto o lado individual e o lado coletivo, na própria Constituição somos declarados como um Estado Laico portanto torna-se vedado a promoção de qualquer concepção religiosa, tornando-se assegurado a liberdade de crença dos cidadãos.

## **2. RESPONSABILIDADE CIVIL**

É recorrente observar que o termo dano utilizado para designar realidades distintas é utilizado para se referir a perda de qualquer bem jurídico, ou seja, que significa afronta ao patrimônio. O sentido apresentado por Lehmann e Ennecerus, se diz a respeito a toda desvantagem experimentada pelos bens jurídicos, aí inseridos bens

patrimoniais e não patrimoniais, sendo eles a vida, honra, corpo, direitos de família dentre outros.

Já o segundo sentido explicado por eles, mostra que para o desfalque de bem pecuniariamente apreciável. Existe ainda, a palavra perda que, em nosso sistema jurídico é utilizada para significar dano.

Daí Agostinho Alvim lembrar que melhor seria empregar a expressão danos e interesses, para abarcar não apenas aquele dano emergente, também o que se deixou de ganhar.

Utiliza-se, a perdas e danos para demonstrar uma realidade, e não duas figuras no sentido de autônomas. Sendo assim, as perdas e danos exprime a ideia de prejuízo. De acordo com Sílvio Rodrigues (2002, p. 6): “A responsabilidade civil é a obrigação que pode incumbir uma pessoa a reparar o prejuízo causado a outra, por fato próprio, ou por ato de pessoas ou coisas que dela dependam”. Nesse sentido, a palavra responsabilidade em sentido latim significa responder, ou seja, responder por algo ou alguma coisa.

O Código Civil, em seu art. 927 “aquele que, por ato ilícito (artigos 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo” e continua em seu parágrafo único “haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos específicos em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”

Maria Helena Diniz (2003, p. 34), argumenta:

A responsabilidade civil é a aplicação de medidas que obriguem alguém a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros em razão de ato do próprio imputado, de pessoa por quem ele responde, ou de fato de coisa ou animal sob sua guarda (responsabilidade subjetiva), ou, ainda, de simples imposição legal (responsabilidade objetiva)

Este pensamento faz alusão a ideia de que o dever de reparar o dano deve ser responsabilizado. Por outro lado, faz referência à responsabilidade civil direta (é a obrigação de indenizar a pessoa por aquilo que foi imputado) e também a responsabilidade civil indireta (obrigação de uma pessoa indenizar por um dano causado ao outro). Entretanto, o conceito encontra-se fora de atualização, no que se refere ao entendimento do Superior Tribunal de Justiça em relação aos tipos de danos. No tempo de Maria Helena, existia apenas a previsão do dano moral e do dano patrimonial. Nos tempos atuais, de acordo com o entendimento do Superior Tribunal, até o presente

momento, existem três tipos de dano, quais sejam, o dano estético, o dano moral e o dano patrimonial.

Duas das principais diferenças sobre responsabilidade civil são divididas em responsabilidade civil contratual e responsabilidade civil extracontratual. E a outra é dividida em responsabilidade civil subjetiva e objetiva.

Deste modo é importante que as duas divisões sejam tratadas e abordadas de forma breve para que o entendimento seja melhor compreendido.

Do outro lado, se não houve contrato prévio, a responsabilidade civil será extracontratual que também é denominada de aquiliana, tem por fonte deveres jurídicos originados da lei ou do ordenamento jurídico considerado como um todo. O dever jurídico violado não está previsto em nenhum contrato e sem existir qualquer relação jurídica anterior entre o lesante e a vítima. (PAMPLONA e STOLZE, 2009, pp. 50-53).

O Código Civil em seu artigo 927 parágrafo único trata: "haverá obrigação de reparar o dano independentemente de culpa." Sendo assim, o que podemos dizer é que a culpa não é um elemento essencial da responsabilidade civil. No que se refere ao fundamento para a reparação do dano moral, a vinculação do dano imaterial ao regramento vigente acerca dos efeitos do dano patrimonial oriundo do ato ilícito já encontrou forte oposição por parte da doutrina.

Entre os principais argumentos dos oponentes à reparabilidade do dano moral, destacam-se: o de que a dor não tem preço e não admite compensação pecuniária; não é possível avaliar o preço da dor no dano moral; a incerteza de um direito lesado e de um dano real; a incerteza em descobrir a existência do dano moral; a ausência de efeito penoso durável; a impossibilidade de rigorosa avaliação em dinheiro; a imoralidade da compensação da dor com dinheiro; extensão do arbítrio concedido ao juiz e o ilimitado poder que se tem de conferir ao juiz; a impossibilidade jurídica de se admitir tal reparação; a reparação do dano moral implica num enriquecimento sem causa do prejudicado; a reparação somente se daria no caso do ofendido ser pobre; só podem ser reparados os danos oriundos do extracontratual.

### **3. AS ESPÉCIES DE DANO E A SÚMULA 387 DO STJ**

Segundo Pamplona e Stolze (2012, p. 88) o conceito de dano é entendido como sendo: "lesão a um interesse jurídico tutelado, patrimonial ou não, causado por ação ou omissão do sujeito". É necessário a existência do dano para configuração da Responsabilidade Civil. Por isso, com absoluta propriedade, SÉRGIO CAVALIERI FILHO, (2000, p. 88).

De acordo com essa lógica, é inadiável a necessidade de reconhecer os novos interesses jurídicos a serem guardados, lançando novas categorias de dano, a exemplo do dano estético e do dano espiritual. Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça modificou a súmula 387 do STJ, mencionado ser lícita a cumulação das indenizações de dano estético e dano moral.

Se tratando do dano patrimonial, entende-se como sendo aquele que prejudica ou ofende bens ou interesses que podem ter um respaldo monetário, ou seja, que podem ser reparados em algum valor em dinheiro.

Com a previsão da dignidade da pessoa humana como fundamento da República do Brasil o dano extrapatrimonial ganhou destaque no sistema jurídico. A pessoa agora deve ser protegida não apenas em seus reflexos patrimoniais, mas também, e principalmente, em seus aspectos existenciais. Atento a isso o legislador, no art 5º, VI, VII da CF/88 positiva a proteção aos bens extrapatrimoniais do indivíduo. Segundo o legislador constitucional a pessoa deve ter reparada quaisquer danos materiais, morais ou à imagem. Ou seja, a pessoa merece proteção em seu aspecto patrimonial e extrapatrimonial (PAMPLONA e STOLZE, 2009, pp. 89 - 102). O dano patrimonial se divide em dano emergente e lucros cessantes. O dano emergente corresponde ao efetivo prejuízo suportado pelo ofendido, enquanto que os lucros cessantes, por sua vez, representam aquilo que o ofendido deixou de ganhar. (PAMPLONA, 2015)

Segundo Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona (2009, p.57) o dano extrapatrimonial pode ser conceituado como “aquele que ofende bens ou valores desprovidos de correspondência pecuniária, não podendo ser quantificados precisamente em dinheiro. É o caso da ofensa à honra, à vida, à privacidade, à imagem, entre outros”.

Por essa lógica surge a necessidade de reconhecimento para os novos interesses jurídicos a serem protegidos, terminando em novas categorias de dano. Nesse sentido o Superior Tribunal de Justiça modificou a súmula 387 do STJ, citando que é lícita a obrigação das indenizações de dano estético e moral.

De acordo com entendimento do Superior Tribunal de Justiça, com a edição da referida súmula, no Brasil seriam mais de dois tipos de dano, a saber, dano material, dano moral e o dano estético. Entende o presente Tribunal, portanto, que o dano estético não é dano moral, possuindo autonomia conceitual. O dano estético é entendido como sendo aquele que ofende a integridade física da pessoa deixando-lhe marcas e/ou lesões

Em outras palavras, é permitido cumular valores autônomos de danos. A esse respeito, aplicar-se-á também a súmula 37 do STJ, sendo possível a cumulação de indenizações por dano material e dano moral oriunda do mesmo fato. (BRASIL, 2009)

A estipulação dessa súmula motivou o aparecimento de novas categorias de danos oriundo do direito fundamental da dignidade da pessoa humana quanto aos bens jurídicos mercedores de tutela e, conseqüentemente, das hipóteses de danos passíveis de ressarcimento. Diante do novo paradigma da Responsabilidade Civil, novos interesses jurídicos são tutelados à luz da constitucionalização do direito civil. (PAMPLONA, 2015)

Dessa maneira, a edição da súmula, consagra o novo paradigma da Responsabilidade Civil, no tocante a ampliação dos bens jurídicos mercedores de tutela, e, conseqüentemente, das hipóteses de danos passíveis de ressarcimento. Volta-se não só à reparação dos danos de ordem patrimonial, mas também aos de ordem extrapatrimonial.

A nova conjuntura da responsabilidade civil enseja a valoração de uma inédita espécie de dano, que não se enquadra na categoria de dano consabido pela lógica tradicional. O dano espiritual trata-se de dano autônomo, específico, e por assim dizer, à tutela do interesse jurídico extrapola a cláusula geral da dignidade da pessoa humana.

#### **4.0 DANO ESPIRITUAL**

O tema de referência trata-se da morte das 154 pessoas que estavam a dentro do avião, motivando assim a reparação civil pelos danos espirituais causados aos indígenas. Isso porque, para eles, os locais designados para acolher os espíritos dos mortos se tornam lugares sagrados e inacessíveis para o uso comum do dia a dia. Após a confecção de um laudo antropológico, a companhia aérea aceitou a pagar a indenização pelos danos espirituais sofridos, decorrentes da inutilização de forma definitiva do uso da área, em respeito à tradição e cultura nativa, de acordo com a qual a cidade das almas é uma área sagrada.

O acordo que deu origem a essa nova modalidade de reparação civil não teve sua origem em uma decisão proferida nos autos de um processo judicial, mas em um acordo celebrado extrajudicialmente, mediado pelo Ministério Público, que averiguou o fato em inquérito instaurado. Sendo assim, essa modalidade de reparação civil ainda não faz parte do acervo jurisprudencial dos tribunais do nosso país.

O dano espiritual apesar de ser aplicado na decisão proferida nas tribos indígenas ela já era admitida nos Estados Unidos desde os anos 80, considerando o fato de ter prejuízos sobre os recursos naturais e espirituais das comunidades da época. Na China o dano espiritual também é debatido pelos juristas, após um caso de um morador local dizer que uma atriz de novela ter fixado seus olhos com o telespectador, o caso chamou a atenção e foi debatido, mas nada foi público e não se sabe se o senhor desistiu da ação.



O caso da barragem no município de Mariana teria sido o mais grave acidente ambiental do Brasil, três anos após esse acidente uma nova tragédia assolou os moradores de Brumadinho, sendo esse também de responsabilidade da mesma empresa Vale, ocorrido no estado de Minas Gerais, o caos instalado por falta de fiscalização dos entes e da empresa competente, causou enorme tsunami de rejeitos e minérios de lama que matou aproximadamente mais de 300 pessoas, além de ter derrubado várias habitações que estavam ali presentes, sem contar nos danos causados aos veículos soterrados, trazendo uma enorme poluição para a natureza, poluindo também a rede hidrográfica do local.

A Declaração das Nações Unidas trata dos direitos dos povos indígenas adotada pela Brasil prevê a reparação dos danos espirituais através de mecanismos eficazes (Art. 11) da resolução 61/178, de 20 de dezembro de 2006 e o direito de manifestação, prática, desenvolvimento e ensino de suas tradições, costumes e cerimônias espirituais e religiosas; bem como de manutenção e proteção de seus lugares religiosos e culturais, com acesso privativo a estes (Art. 12) da resolução 61/178, de 20 de dezembro de 2006. A Constituição Federal desde 1988 reconhece aos índios sua organização social, costumes, crenças e tradições (Art. 231), e garante a proteção às manifestações culturais da população indígena (Art. 215). (NOGUEIRA, 2017).

Toda privação territorial que resulte em perdas patrimonial, afetando a cosmologia indígena e o modo de interação com o território, importa em danos imateriais que sujeitam à responsabilização quem a eles deu causa, independentemente desta ter sido um desastre aéreo e ambiental, como no caso dos Kayapó, um crime ao meio ambiente ou pela omissão estatal em relação às demarcações, motivos mais comuns. (NOGUEIRA, 2017).

No Brasil ainda não existe uma lei ou bibliografia que fale expressamente sobre o caso, além de ser extremamente raro os casos de decisões ou processos que tragam esse tema para discussão. Um dos casos que nem chegou a ser julgado por falta de evidências foi de uma senhora, cidadã religiosa que por meio de um processo tentou, mas não obteve sucesso ao dizer que o cadáver de sua mãe foi violado em razão ao corte que os agentes funerários fizeram.

O caso mais recente se trata como já mencionado anteriormente do acordo celebrado no Ministério Público com a companhia aérea GOL e a tribo de Indígenas Kayapó, o acordo findado gerou um valor de quatro milhões em indenização para a comunidade visto que os direitos tinham sido violados, mais especificamente os danos espirituais. A comunidade indígena alegou que as terras além de estarem contaminadas

com os destroços e toda a querosene derramada também havia prejudicado a integridade das almas mortas por causa da fatalidade ocorrida.

Após a perícia e a elaboração de documento comprobatório, a empresa GOL aceitou pagar a indenização pelos danos causados a comunidade indígena, decorrentes do prejuízo causados para ter o uso regular da área afetada.

Outro caso também ocorreu em uma comunidade indígena no mesmo estado de Minas Gerais, quando uma barragem estourou e levou rejeitos de mineração para as terras da comunidade e contaminou grandes áreas de onde abrigava mais de 150 municípios. Tempo depois a lama que tinha ficado alojada nas vilas acabou se deslocando para o Rio Doce, trazendomais prejuízos para as pessoas daquela comunidade.

A Corte Interamericana que participou da decisão da comunidade indígena do Kayapó foi criada de forma autônoma para a proteção de casos de Direitos Humanos, é composta por uma banca de sete juízes de países distintos e que atuam na sede localizada em Washington, nos Estados Unidos.

A espiritualidade poderia ser definida como uma propensão humana a buscar significado para a vida por meio de conceitos que transcendem o tangível: um sentido de conexão com algo maior que si próprio. (SAAD, 2001, p. 108).

No Brasil a Constituição da República traz o conceito de Estado Laico, previsto inicialmente em seu artigo 19, inciso I, ou seja, o Estado é totalmente imparcial com as questões religiosas, não demonstrando preferência a uma religião específica.

Convém definir neste cenário que a religiosidade e a espiritualidade, apesar de relacionadas, não são claramente descritas como sinônimos. A religiosidade envolve sistematização de culto e doutrina compartilhados por um grupo. A espiritualidade está afeita a questões sobre o significado e o propósito da vida, com a crença em aspectos espiritualistas para justificar sua existência e significados. (SAAD, 2001)

Tanto no caso das tribos de Legacy ou nas tribos Mundukuru, a nova modalidade de reparação cível a qualificação de dano espiritual é extremamente aplicável principalmente pela sua excentricidade do dano espiritual, já que a generalização como sendo espécie de dano moral, não teria tanto apoio legal. Os espaços sagrados são dotados de significado espiritual e muitas das vezes conectam-se com a noção de identidade cultural. Sobre esse assunto, não se pode olvidar, a destruição do templo de Salomão pelo rei babilônio Nabucodonor no ano de 587 a.C., e cujo interior era guardada as tábuas dos Dez mandamentos. (ALVES, 2016, pp. 14-18)

A destruição desse espaço sagrado acarretou o êxodo hebreu, através da deportação forçada repercutindo na perda de identidade cultural. Sob o prisma atual,

poderia ter sido Nabucodonosor obrigado a reparar o dano espiritual por ter destruído aquele local sagrado? Sim, já que tal prerrogativa desentfreada o início do êxodo judeu, impedindo a perda de identidade daquele povo. (ALVES, 2016, 14-18)

Ainda sobre a destruição de espaços sagrados e a aplicabilidade dos danos espirituais, observa-se o caso da tribo indígena Munduruku. A comunidade indígena Mundukuru, perdeu partes de suas terras sagradas, diante da construção de duas barragens localizadas próximo ao rio Teles Pires, na Divisa de Mato Grosso com Pará. O local é considerado sagrado, e de acordo com o povo Mundukuru, a destruição daquele espaço, desagradou os espíritos que estão alojados nessa extensão territorial, diante disso, todo infortúnio vem se abatendo não apenas sobre eles, mas sobre toda a Amazônia. (ROCHA, 2017).

No Brasil a situação emblemática de reparação cível na seara espiritual, trata-se do caso Legacy. A empresa aérea Gol, mediante acordo realizado extrajudicialmente, indenizou no importe de quatro milhões de reais a comunidade indígena Kayapó, localizada no norte de Mato Grosso do Sul, pela ocorrência de danos espirituais e danos patrimoniais. A comunidade indígena perdeu partes de suas terras, considerada como sendo "cemitério dos espíritos" quase nunca frequentada em respeito ao local sagrado, quando o jato Legacy chocou com a Boeing da Gol. Tratava-se de um espaço sagrado, local de reverência indígena. (FERRAZ, 2017).

## **5. CORTE INTERAMERICANA**

A agenda de trabalho da Comissão Interamericana inclui tradicionalmente casos de tortura, de detenções arbitrárias, de execuções extrajudiciais e de desaparecimentos forçados. Mais recentemente, a Comissão avalia denúncias referentes a direitos de propriedade, de locomoção e de liberdade política que afetam comunidades tradicionais e carcerárias (ANTKOWIAK, 2007, p. 282).

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos é uma entidade principal e autônoma da Organização dos Estados Americanos, encarregada da proteção dos direitos humanos no continente americano. Não podemos deixar de mencionar sua importância na decisão tomada para a reparação do dano espiritual. No caso da comunidade Moiwana vs. Suriname a corte estabeleceu as diretrizes do interesse da comunidade deixando claro que a convivência deve ser pacífica e cordial, inclusive tratando-se dos povos antigos.

Essa espécie de dano não estava prevista no ordenamento jurídico brasileiro, o primeiro contato que tivemos foi na sentença proferida no dia 15 de junho de 2005 referente ao caso da comunidade Moiwana a Corte Interamericana menciona que o dano

sofrido abrange além do projeto pós vida, alegando que o direito internacional e o direito internacional dos direitos humanos não poderiam silenciar as manifestações espirituais do gênero humano.

Deixando claro que o conceito de dano espiritual era sim uma nova forma de agravo do dano moral, que implicaria em um jeito mais direto na parte íntima do ser humano para identificar suas crenças com relação aos seus antepassados.

Levando em consideração a decisão tomada no caso, podemos analisar que o direito pós-vida surge como um respeito em relação aos que estão vivos gerando uma conexão entre os dois mundos.

## **6. CONCLUSÃO**

Com a ideia central de acrescentar novas modalidades de reparação civil no ordenamento jurídico brasileiro e esclarecer que o direito sempre muda de acordo com as necessidades da sociedade em que vivemos, sendo necessário observar o desenvolvimento social que conseqüentemente evolui juntamente com os direitos de cada. Com a noção de que a liberdade religiosa é a primeira liberdade podemos nos referir como a liberdade que implica nos outros direitos, como os direitos de liberdade de expressão e etc...

Com o nascimento do processo constitucional e do direito civil, através da participação da Constituição Federal de 88 nas relações de cunho privado, antes visualizada para a maioria da proteção de bens patrimoniais, nasce a necessidade de apreciar os bens jurídicos merecedores de proteção, tendo em vista que a pessoa no seu tocante deve ser protegida. É nesse instante que a mudança do paradigma começa a surgir na responsabilidade civil.

O início para o processo, no que se refere ao amparo de novos interesses jurídicos, ocorre pela inclusão da súmula 387 do Superior Tribunal de Justiça, definindo uma nova conjuntura sobre as espécies de danos, que antes era mais englobadas com a condição tradicional, de ser tão unicamente um dano material, moral dano à imagem.

Sobretudo, diante da necessidade de mudança do paradigma já criado, manifesta-se a vontade de valorização de categorias jurídicas de dano inéditas, é nesse instante que ocorre a introdução do dano espiritual. O conceito de dano moral será expandido na medida que novas situações surgem no ordenamento. Não resta dúvidas com o que foi exposto de que as decisões proferidas referente aos danos espirituais sirva como base para futuras decisões extrajudiciais ou até mesmo decisões judiciais cuja o objeto da ação seja a reparação compensatória aos danos materiais que violem a cultura religiosa de cada indivíduo.

Essa expansão dos danos causará resistências em doutrinadores e nas jurisprudências já aplicadas, mas diferente do que a maioria pensa, essa expansão servirá não para transformar a sociedade em pessoas com qualquer tipo de litígio para ser resolvido, e sim para uma sociedade evoluída e doutrinada contribuindo para a formação cultural e espiritual na certeza que poderá ser efetivamente amparado pelos direitos violados.

Partindo do princípio da liberdade religiosa, possuindo o ser liberdade de crer no que lhe cabe independente se sua crença é positiva ou negativa. A crença está presente em várias situações do cotidiano de cada um, ou seja, nada mais justo que esse direito esteja presente em uma modalidade de reparação civil de acordo com a crença de cada um na sociedade.

Entendimento do Juiz que julgou o acidente na aldeia indígena dos Kayapós é de que não existe forma de qualificar o dano espiritual, o mesmo deve ser ressarcido por obrigação de fazer de modo satisfatório as vítimas.

Mostrado as ponderações sobre o dano espiritual podemos dizer em hipóteses específicas que está conduta poderia ser aplicada na esfera trabalhista, quando tratada principalmente do trabalho indígena, já que as reparações estão ligadas com o projeto pós vida tratando com igualdade o princípio da restituição integral do dano.

A permanência do dano é notada pelos diferentes aspectos tratados, podemos ver que inicialmente buscou-se uma maneira de demonstrar que o acordo com a visão preliminar de espiritualidade, significa o encontro para um sentido de vida por meios de conceitos que elevamos nível para algo tangível. É além de um nível de conexão com algo bem maior que dentro desse cenário apresenta a formação da reparação cível e se compromete em assumir a identidade terminológica específica quando o assunto é indenização de interesse jurídico extrafísica.

O sentido tratado em questão é para demonstrar que a desunião do dano espiritual em conjunto com o dano moral não faz mais sentido e nesse momento, foi dito que o dano moral se configura a partir da violação a cláusula geral de tutela da pessoa humana e/ou como qualquer lesão ao direito subjetivo à dignidade. Sobre esse conceito, retirou-se duas importantes distinções. A primeira, no tocante a cláusula geral e a segunda no que diz respeito ao direito subjetivo.

A sociedade moderna menospreza a morte, é importante salientar que isso não é uma regra seguida por todos os tipos de comunidade, os povos mais antigos e algumas comunidades atuais valorizam a morte. Podemos observar pequenas comunidades

realizando ritos que celebram o nascimento até cultos que comemoram a morte. Não é possível viver uma vida digna se não houver a liberdade de crer no que quiser.

## REFERÊNCIAS

ALVES, José Ronaldo Vieira. **O Templo de Salomão e Estudos Afins**. São Paulo:Macônica a trolha, 2015.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 22 out.2021.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 387. Decreto n. 2.681/1912**. Brasília - DF. 01 de Novembro de 2009. Disponível em [https://ww2.stj.jus.br/docs\\_internet/revista/electronica/stj-revista-sumulas-2013\\_35\\_capSumula387.pdf](https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/electronica/stj-revista-sumulas-2013_35_capSumula387.pdf). Acesso em: 25 de novembro de 2021.

BRASIL, **Código Civil. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Diário Oficial da União, Brasília -DF, 11 de Janeiro de 2002. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm). Acesso em: 17 de novembro de 2021.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 11ed. São Paulo: Saraiva, 2009

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. Vol.7.17ªed. São Paulo: Saraiva, 2003

FERRAZ, Lucas. **Gol pagará indenização a índios por dano espiritual**. Disponível em: <http://www.justificando.com/2017/02/08/gol-pagara-indenizacao-indios-por-dano-espiritual/>. Acesso em: 01 de novembro de 2021, 21:5.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de Direito Civil**.Vol IV. Tomo I. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2009

PAMPLONA, Rodolfo. **A torre de babel e as novas adjetivações do dano**. Disponível em:<https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/3477/249>. Acesso em: 05 de novembro de 2021, 14:49

SAAD, M.; MASIERO, D.; BATTISTELLA, L. **Espiritualidade baseada em evidências**. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/actafisiatrica/article/view/102355>. Acesso em: 16 de novembro de 2021, 13:30

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Responsabilidade Civil**. Vol.4. 3ªed. São Paulo: Atlas S.A., 2003

NOGUEIRA, Daniela. **MekaronNhyrunkwa e os danos espirituais dos Kayapó: Precedente para a reparação do patrimônio cultural imaterial indígena?**. Disponível em: <https://www.conpedi.org.br/publicacoes/696vp84u/bloco-unico/fy3hN5UeC9c92cWJ.pdf>. Acesso em: 03 de Novembro de 2021, 23:30.

## **DIREITOS DO CONSUMIDOR CONTRA A PUBLICIDADE ENGANOSA**

**REAN ANDRADE DE OLIVEIRA:**

Bacharelado em Direito pelo Centro  
Universitário de Santa Fé do Sul  
(UNIFUNEC).

**JANAINA GUIMARÃES MANSILIA**

(orientadora)

**RESUMO:** O presente trabalho tem como objetivo analisar o direito do consumidor contra a publicidade enganosa. As principais diferenças entre a publicidade enganosa e a abusiva, trazendo a conhecimento do destinatário os seus direitos resguardados na Constituição Federal e na Lei 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor) e também apresentar as responsabilidades do indivíduo que pratica a atividade ilícita, dando ênfase na fundamentação legal da publicidade na relação de consumo para garantir os direitos fundamentais do consumidor. Para a realização do trabalho foi utilizado o método dedutivo, através de revisões bibliográficas, livros, artigos científicos e a legislação brasileira. O Código de Defesa do Consumidor tem o papel fundamental em conscientizar o consumidor sobre seus direitos caso seja vítima da publicidade enganosa, pois a maioria dos indivíduos não possuem conhecimento suficiente para identificar mensagens ilusórias, subliminares e persuasivas que estimulam ao consumismo enganoso. Por fim, nota-se que o consumidor é a parte mais vulnerável na relação com os fornecedores e por esse motivo é de extrema importância o apontamento do assunto para o entendimento do que venha ser a publicidade enganosa e demonstrar que existem órgãos fiscalizadores de publicidade que tem a função de dar mais segurança na relação de consumo.

**Palavras-chaves:** Publicidade Enganosa. Direitos. Código de Defesa do Consumidor.

**ABSTRACT:** The present work aims to analyze the consumer's right against misleading advertising. The main differences between misleading and abusive advertising, bringing to the attention of the recipient their rights protected in the Federal Constitution and in Law 8.078/1990 (Consumer Defense Code) and also presenting the responsibilities of the individual who practices the illegal activity, giving emphasis on the legal basis of advertising in the consumer relationship to guarantee the fundamental rights of the consumer. To carry out the work, the deductive method was used, through bibliographic reviews, books, scientific articles and Brazilian legislation. The Consumer Defense Code plays a key role in making consumers aware of their rights if they are victims of misleading advertising, as most individuals do not have enough knowledge to identify illusory, subliminal and persuasive messages that encourage misleading consumerism. Finally, it is noted that the consumer is the most vulnerable party in the relationship with suppliers and for this reason



it is extremely important to point out the subject to understand what misleading advertising is and to demonstrate that there are advertising inspection bodies that it has the function of giving more security in the consumption relationship.

**Keywords:** Misleading publicity. rights. Consumer Protection Code.

## 1 INTRODUÇÃO

A questão em pauta nessa pesquisa é a publicidade enganosa, tem como finalidade explicitar e conscientizar através do Código de Defesa do Consumidor, a sociedade sobre possíveis induzimentos a erros de fornecedores sobre as verdadeiras características de um determinado produto ou serviço.

A publicidade é um assunto considerado bastante relevante para o estudo nos dias atuais, uma vez que, o capitalismo se faz muito presente em nossa população e com ele a publicidade se torna um dos principais meios tanto para a divulgação de mercadorias e serviços, quanto para atrair os consumidores, sendo ela um dos principais métodos responsáveis pelo giro de capital no país.

Relatos indicam que a publicidade surgiu logo após a criação da escrita no antigo Egito, com o intuito de facilitar as trocas de mercadoria, no entanto, foi apenas em 1650, na Inglaterra, que foi efetivamente encontrado o primeiro anúncio com finalidade comercial em um jornal. A partir de então, as técnicas publicitárias passaram a evoluir, não eram apenas técnicas primitivas que proporcionavam a troca de mercadorias, mas sim, funcionavam como um meio de chamar a atenção dos consumidores, de qualificar determinados produtos, sempre visando o lucro.

Inicialmente, o trabalho visa apresentar o que é a publicidade e explanar seu verdadeiro intuito perante os consumidores, tem como fundamento o artigo 36, caput, do Código de Defesa do Consumidor (CDC), artigo este que estabelece sua principal finalidade que é informar ao consumidor o que ele realmente está consumindo, ou apenas passar informações detalhadas do produto, porém muitas das vezes o produto não é o que estava sendo apresentado.

O Código de Defesa do Consumidor é uma forma de garantia e segurança aos consumidores, fazendo com que os mesmos possam identificar as possíveis práticas enganosas e abusivas, principalmente quando se trata de publicidade na internet que é um dos meios em que mais se registra casos de induzimento do consumidor ao erro.

O primeiro capítulo faz um breve relato sobre o que é a publicidade, os órgãos que são responsáveis pela fiscalização da ética nas propagandas comerciais e também

diferencia a publicidade enganosa da publicidade abusiva, o segundo e terceiro capítulo abordam sobre a Constituição Federal e o Código de Defesa do Consumidor frente aos direitos fundamentais do consumidor e por fim o quarto capítulo trouxe os tipos de responsabilidades que o anunciante pode responder em caso de práticas enganosas.

Dessa forma, o objetivo principal do trabalho é dar ênfases na fundamentação legal da publicidade na relação de consumo para garantir os direitos fundamentais do consumidor. A metodologia empregada foi o método dedutivo, através de revisões bibliográficas, livros, artigos científicos e a legislação brasileira. Por ser o consumidor a parte mais vulnerável na relação com os fornecedores é de extrema importância a abordagem do assunto para o entendimento do que venha a ser a publicidade enganosa, os órgãos fiscalizadores e as leis que asseguram seus direitos.

## **2 PUBLICIDADE**

A palavra "publicidade" está ligada com o termo latino *publicus*, tem como significado a propagação geral de algo, tornar um serviço ou um produto conhecido por todos. É uma mensagem devidamente preparada por profissionais para levar determinadas informações para o público alvo, podem ser propagadas através de outdoors, mensagens por televisão, por redes sociais, rádios, jornais, revistas, internet e etc.

De acordo com Cláudia Lima Marque, publicidade é definida como:

[...] publicidade é toda a informação ou comunicação difundida com o fim direto ou indireto de promover junto aos consumidores a aquisição de um produto ou serviço, qualquer que seja o local ou meio de comunicação utilizado. (1999, p.673)

Nos dias atuais é a maneira mais adequada e também a melhor forma para levar ao consumidor informações necessárias na hora de comprar determinado produto, principalmente quando esta compra é realizada via internet. Pois, ao anunciar determinado produto, a forma que o fornecedor veicula a publicidade é extremamente importante tanto para mostrar as informações e qualidades, quanto para vender o que está sendo anunciado.

De acordo com o art. 36 do Código de Defesa do Consumidor, "a publicidade deve ser veiculada de tal forma que o consumidor, fácil e imediatamente, a identifique com tal.", ou seja, é voltado totalmente para fim comercial, por este motivo deve ser passado para o consumidor uma mensagem sóbria, ética e totalmente decifrável com intuito de persuadir os consumidores a adquirir o determinado serviço e/ou produto.

Para ser realizada a atividade publicitária é necessária de um anunciante, que no caso será o próprio fornecedor, como dispõe o art. 3º do Código de Defesa do Consumidor que:

O fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços. (CDC, 1990)

Além disso, também é preciso ter um agente publicitário para projetar e produzir a publicidade e por fim o meio de comunicação para levar a mensagem até os destinatários e consumidores finais.

No Brasil, existe o Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária, também conhecido como CONAR que é uma organização responsável por fiscalizar a ética da propaganda comercial, seguindo as disposições do Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária, ou seja, seu objetivo principal é evitar a propagação de publicidade e propagandas de conteúdo enganoso e abusivo, ou que de alguma forma desrespeite os destinatários finais ou até mesmo ou anunciantes. O órgão é de responsabilidade civil, sem vínculo governamental, logo, a própria sociedade trabalha para o CONAR, recebendo denúncias, “julgando” e recomendando possíveis alterações de determinadas propagandas.

Fadel, ensina que:

O CONAR apresenta como finalidade maior, zelar pela aplicação do Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária, recebendo denúncias de consumidores, de autoridades, de associados ou mesmo de sua diretoria, e face de qualquer empresa do mercado publicitário. Se não houver conciliação e a denúncia for julgada procedente, o CONAR aplica sanção administrativa que, embora sem coerção legal, apresenta fortíssima ética (2004, p.155).

Pode-se considerar, como uma forma de passar para o consumidor leigo, uma certa confiança pelo motivo de ter algo capaz de regulamentar os anúncios, principalmente no meio tecnológico, que nos dias atuais tanto se fala sobre golpes.

## **2.1 Publicidade Enganosa**

O artigo 37, § 1º do Código de Defesa do Consumidor descreve sobre o conceito de Publicidade enganosa:

É enganosa qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitário, inteira ou parcialmente falsa, ou, por qualquer outro modo, mesmo por omissão, capaz de gerar dúvidas ou induzir em erro o consumidor a respeito da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços (CDC, 1990).

Não precisa de fato ter a intenção de enganar o anunciante, basta a indução ao erro, não sendo necessária a existência de um dano, como determina o § 1º. Cláudia Lima Marques (1995, p.260) menciona: "Nota-se que o artigo 37 do CDC não se preocupa com as vontades daquele que faz veicular a mensagem publicitária. Não perquire da sua culpa ou dolo, proíbe apenas o resultado: que a publicidade induza o consumidor a formar esta falsa noção da realidade (...)."

Fábio Ulhoa Coelho, preceitua que:

É enganosa a publicidade capaz de induzir consumidores em erro quanto ao serviço ou produto em promoção (...) o decisivo é investigar se o conteúdo transmitido é suscetível de induzir em erro o consumidor do fornecimento e programação. Se, a partir da mensagem, se constata que ele pode ser levado a tomar por verdadeira a informação falsa, então caracteriza-se a publicidade enganosa (1993, p.70-71).

No artigo 37, § 3º está descrita duas formas em que a publicidade enganosa poderá ser classificada, a primeira é a comissiva, que é quando induz a pessoa em erro, por exemplo, o caso dos relógios eletrônicos (os Smartwatch) no anúncio diz que, o mesmo é a prova d'água e possui determinadas configurações, após o consumidor efetuar a compra ao colocar em local úmido verifica que não possui as configurações informadas, ou seja, induz o consumidor ao erro, um exemplo bastante conhecido são os remédios para emagrecimento, nos anúncios apresenta um período curto para de fato ter os resultados do emagrecimento, sendo que serão necessárias outras formas além do remédio para que de fato haja resultado.

Outro exemplo da forma de publicidade enganosa omissiva, é quando ao ser anunciada um pacote de viagem para a praia com hospedagem em hotel 5 (cinco) estrelas e inclusos 5 (cinco) passeios, na realidade o hotel é inferior ao descrito e não ocorreu nenhum passeio, ou seja, as informações passadas pela publicidade não eram verdadeiras. O consumidor adquiriu o pacote de viagem sendo seduzido pelas condições prometidas no anúncio publicitário, e a realidade foi totalmente o oposto, neste caso já se configura a publicidade enganosa omissiva.

Com o avanço das redes sociais no meio virtual a publicidade se expandi com maior facilidade, e mesmo com as normas exigidas pelo Código de Defesa do Consumidor ressaltando as disposições legais para que nenhuma ilicitude seja praticada, a sociedade ainda é bastante atingida, sendo induzidas a comprar tal produto ou serviço com o que a realidade não condiz com o que está sendo exposto.

De acordo com Silva (2009, p.406) “a publicidade virtual deve, por certo, veicular informações lícitas, em escrita observância à diretrizes legais traçadas para a publicidade tradicional”. A internet é considerada o local em que o consumidor tem menor vulnerabilidade, primeiro que ainda não possui uma norma específica para regulamentar tais atos, também pelo fato de o público acreditar na verdadeira origem dos anúncios e pelo motivo da publicidade ser voltada a fins lucrativos os consumidores acabam tendo maiores prejuízos.

É indispensável o fornecimento de informações, qualidades, defeitos, preços nos anúncios publicitários, o destinatário final tem total direito de saber de fato o que está sendo mostrado tanto via internet quanto TV, outdoors, panfletos e etc.

## **2.2 Publicidade Abusiva**

Como está descrito no § 2º do artigo 37 do Código de Defesa do Consumidor:

É abusiva, dentre outras a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite à violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeite valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicada ou perigosa à sua saúde ou segurança. (CDC, 1990)

A publicidade abusiva está inteiramente relacionada com a moral e a ética, pois ofende valores sociais. Para Nunes (2010, p.565): “O caráter de abusividade não tem necessariamente relação direta com o produto ou serviço oferecido, mas sim com os efeitos da propaganda que possam causar algum mal ou constrangimento ao consumidor.”

Um exemplo conhecido de práticas abusivas é a publicidade de armas de fogo, na maioria das vezes o fornecedor anuncia o objeto, pela facilidade de registro, a “facilidade” de compra e a redução dos preços de determinada arma. Logo, o mesmo, deveria também, demonstrar que para possuir esse objeto exige treinamento, legalização e equilíbrio emocional, pois o mencionado dispositivo da Constituição repudia qualquer ato de incitação à violência.

O artigo também menciona a publicidade no meio infantil, sendo considerada um dos públicos mais atraentes de consumo no Brasil. A proibição do Código de Defesa do Consumidor se refere a essa publicidade no sentido de inserir um sentimento de inferioridade nos que não consomem ou não possuem o produto ou o serviço ofertado, além disso, quando a publicidade tem a intenção de encorajar as crianças persuadindo seus pais a adquirir um produto e por fim e não menos importante, quando ao colocar uma criança no anúncio, ela não pode ter comportamentos não condizentes com sua idade.

Taille (2008, p.11) cita que: "as crianças e os adolescentes não tem a mesma capacidade de resistência mental e de compreensão de enfrentar com igualdade de força a pressão exercida pela publicidade no que se refere à questão do consumo. A luta é totalmente desigual.". Dependendo da forma que o anúncio é feito para o público, desperta neles o desejo de consumir determinado produto, tudo determina esse desejo, por exemplo, a figura que é colocada, a maneira que está escrito e a fala de alguns personagens.

O comércio em si, já sobrelota de anúncios com atrativos infantis, utilizando de personagens de desenhos animados famosos, brinquedos que nas próprias propagandas prometem levar as crianças para outras dimensões. Como se não bastasse as marcas de brinquedos e acessórios infantis, a indústria alimentícia não fica para trás, empresas famosas como Burger King e McDonald's, são grandes exemplos, pois já foram penalizadas por excesso de propaganda com alvo infanto-juvenil.

Em 2018, a rede Burger King foi multada pelo PROCON, o motivo se deve a comercialização de um combo de lanche que incluía um brinquedo surpresa colecionável - havia 15 versões do mesmo brinquedo- entende-se que o fato de consumir com maior frequência o combo, com intuito de ter todos os colecionáveis, a empresa tentou recorrer da penalização, mas não obteve êxito (Veja, 2018).

Também em 2018, foi a vez da rede McDonald's ser multada, o caso ocorreu no ano de 2013, a rede realizava apresentações tituladas como "Show do Ronald" em escolas do país inteiro, o apresentador era um palhaço, que de forma ardilosa incentivava as crianças a buscarem consumir produtos da rede McDonald's, por fim, a empresa foi multada em seis milhões de reais. (ConJur, 2020)

Ekaterine Karageorgiadis, coordenadora do programa Criança e Consumo, explicou sobre o ocorrido:

Esse é o maior valor de multa já aplicada em um caso de publicidade infantil. É fundamental que as crianças sejam protegidas contra ações publicitárias ilegais, inclusive- e

especialmente- dentro do ambiente escolar, um espaço de desenvolvimento que não deve sofrer interferência de marcas e produtos (2018.p.[não paginado]).

Não se trata apenas de causas jurídicas, a publicidade abusiva pode afetar diretamente a vida e o desenvolver infanto-juvenil, também é uma questão de saúde pública, o estímulo de comidas coloridas, compostas por sódio, gorduras e carboidratos somente contribuem para a obesidade precoce.

O Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária em seu artigo 44, estabelece algumas limitações para a publicidade voltada ao público infantil, quando se trata de alimentos, conforme abaixo:

Art. 44. Quando o produto for destinado à criança, sua publicidade deverá, ainda, abster-se de qualquer estímulo imperativo de compra ou consumo, especialmente se apresentado por autoridade familiar, escolar, médica, esportiva, cultural ou pública, bem como por personagens que os interpretem, salvo em campanhas educativas, de cunho institucional, que promova hábitos alimentares saudáveis (Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária, 1980, s.p).

Como é possível observar, utilizar-se de meios apelativos com finalidade de persuadir a influenciar crianças a consumir alimentos não saudáveis é totalmente contraditório ao que prega o Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária.

### **3 O PAPEL DA CONSTITUIÇÃO EM RELAÇÃO À PUBLICIDADE**

No artigo 5º da Constituição Federal de, está previsto o título II que se referente aos direitos e garantias fundamentais, nele está tutelado aos brasileiros e aos brasileiros residentes no País a inviolabilidade ao direito à vida, direito à liberdade, a igualdade, a segurança e a propriedade. O direito do consumidor é estabelecido no inciso XXXII do art. 5º relata que: "O Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor", ou seja, é um direito fundamental da sociedade.

De acordo com Garcia (2010, p.3), "a inclusão da defesa do consumidor como direito fundamental na Constituição Federal vincula o Estado e todos os demais operadores a aplicar e efetivar a defesa deste ente vulnerável, considerado mais fraco da sociedade". É totalmente importante a garantia que a CF/88 dá aos consumidores, principalmente para

os leigos que por este mesmo motivo acabam sofrendo prejuízos com determinada ilicitude nas publicidades.

No ordenamento jurídico brasileiro, a Constituição Federal consagra a proteção integral a todas as crianças e adolescentes como direito social, integrante dos direitos e garantias fundamentais, como destacado acima. Assim sendo, no seu artigo 227 da CF/88 imputa ao Estado e a toda a sociedade a proteção à criança com absoluta prioridade:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (CONSTITUIÇÃO FEDERAL/1988).

Como se observa, os direitos assegurados às crianças não são, na sua maioria, distintos daqueles conferidos a todos os cidadãos, pois como descrito acima a própria Constituição assegura o direito para todos os cidadãos sem nenhuma distinção. A principal diferença está na previsão da proteção das crianças com absoluta prioridade, que faz com que esses direitos devam ser protegidos de maneira especial para esse grupo é aonde entra também o Estatuto da Criança e Adolescente, o ECA.

Nesse sentido, a publicidade dirigida ao público infantil para ser lícita deve respeitar os direitos assegurados às crianças pela CF/88. Em outras palavras, essas proteções constitucionais são tidas como verdadeiras restrições à atividade publicitária direcionada ao público infantil.

Diante ao exposto sobre a publicidade, questiona-se tais restrições representariam uma limitação ao direito à liberdade de expressão, garantido constitucionalmente.

Ressalta-se que não vislumbramos um entendimento doutrinário uniforme em relação as limitações impostas a publicidade pelo direito brasileiro, sendo que parte da doutrina defende que a publicidade é uma manifestação artística, criativa e surge a partir do pensamento e, por ser informativa, não poderia sofrer nenhum tipo de censura ou restrição. Outra parte da doutrina entende que a publicidade não está imune à intervenção do Estado, por não ser considerada manifestação de uma opinião ou pensamento, mas sim uma estratégia de venda, com fim lucrativo, portanto, com predominante característica de persuasão para estimular o consumo de bens e serviços.



Considerando a publicidade com um ato puramente comercial, seria equivocado aproximar a comunicação mercadológica da garantia à liberdade de expressão, uma vez que a atividade publicitária segue uma lógica mercantil, visando essencialmente à venda de produtos. Assim, podemos dizer que publicidade não é expressão do pensamento, mas é ato comercial.

Seguindo este entendimento, parte da doutrina defende que a mensagem publicitária não pode, por si só, ser considerada uma expressão de pensamento ou opinião, por fazer parte da atividade econômica produtiva de empresa, ou seja, é uma prática comercial, e sendo assim deve ser realizada considerando as limitações impostas pela Constituição Federal e as normas de proteção ao consumidor.

Portanto, a regulamentação da publicidade infantil não deve ser interpretada como restrição à liberdade de manifestação do pensamento, de expressão ou informação, prevista no artigo 120, §1º e §2º da Constituição Federal.

As regras que regulamentam a publicidade destinada a crianças não representam tão somente mecanismos para a contenção de abusos e para a proteção de um grupo reconhecidamente vulnerável. São regras da própria Constituição Federal, para contornar eventuais conflitos e para garantir que o interesse público seja preservado. Portanto, não representam uma restrição à liberdade de expressão.

#### **4 DIREITO DO CONSUMIDOR FRENTE A PUBLICIDADE ENGANOSA**

Nas relações de negócios, a publicidade é necessária, sendo uma atividade principal para desenvolvimento econômico do País, mas, é necessário que os anúncios desenvolvidos estejam de acordo com as leis e respeitando os princípios basilares do Código de Proteção e Defesa do Consumidor. A influência notória dos produtores de informações precisa ser alvo de mudanças profundas na mídia, buscando o compromisso com a realidade e a ética, uma vez que seja possível o exercício da cidadania dos direitos individuais possibilitando a sociedade um tratamento digno nas relações de consumo.

Percebe-se que o consumidor vem sendo lesado pela publicidade ilícita devido a sua ingenuidade, pois o mesmo não tem uma análise crítica ao pensar em adquirir um produto, em muitas das vezes, não verifica a procedência da loja, e é incapaz de perceber o quanto é induzindo a adquirir e consumir de forma impulsiva e inconsequente, o que acarreta em diversos problemas no futuro, uma vez que, não satisfeito com o produto, passará por diversos processos vagarosos e estressantes para reivindicar seus direitos.

Para que isso não aconteça, o consumidor antes de fazer uma compra pela internet, TV, revista ou até mesmo loja física, tem que possuir total conhecimento sobre seus direitos

e se precaver para não ser uma vítima induzida e enganada pelo seu próprio desejo. Exemplo disso é o Código de Defesa ao Consumidor, que em seu art. 6º, inciso IV que enfatiza no capítulo “Dos direitos básicos do consumidor” acerca da proteção contra a publicidade enganosa, e trata-se também da segurança do consumidor, no art. 6º, inciso I do Código de Defesa do Consumidor, que trata da segurança contra o fornecimento de produtos considerados nocivos e perigosos.

Na maioria das vezes a questão de proteção é deixada para traz por falta de conhecimentos aos direitos, causando os abusos por parte do fornecedor. Antes de qualquer compra ou utilizar de uma proposta, o aviso prévio tem que acontecer do fornecedor em primeiro lugar, sobre todos os riscos inclusive para a saúde do consumidor. Assim, tendo o direito de exigir sobre tudo o que foi anunciado seja cumprido, caso não seja cumprido, o consumidor tem o direito de cancelar e recuperar seu pagamento que já havia efetuado.

O autor Filomeno expõe seu entendimento para que as práticas comerciais sejam realizadas de forma mais justa possível:

Por isso o mesmo é que o Código de Defesa do Consumidor, como se verá em passo seguinte, muito mais do que um corpo O artigo 47 do Código de Defesa do Consumidor, como se verá em passo seguinte, muito mais do que um corpo de normas, é um elenco de princípios epistemológicos e instrumentais adequados àquela defesa. E, em última análise, cuida-se de um verdadeiro exercício de cidadania, ou seja, a qualidade de todo ser humano, como destinatário final do bem comum de qualquer Estado, que habilita a ver reconhecida toda a gama de seus direitos individuais e sociais, mediante tutelas adequadas colocadas a sua disposição pelos organismos institucionalizados, bem como a prerrogativa de organizar-se para obter esses resultados ou acesso àqueles meios de proteção e defesa. (2013, p.10)

A norma jurídica citada serve para proteger os consumidores de serem lesados, o Código tem o dever de solucionar os conflitos existentes nas relações de fornecedor e consumidor, para que isso seja de fato realizado o doutrinador descreve alguns princípios para que as práticas comerciais sejam realizadas de forma justa, como por exemplo o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana; Princípio da Liberdade; Princípio do Acesso à Justiça; Princípio da Solidariedade; Princípio da Boa-Fé e a Reparação Objetiva; Princípio da Interpretação ao Consumidor e o Princípio da Garantia a Informação.

O princípio da Garantia a Informação está previsto no artigo 31 do Código de Defesa do Consumidor, nele está elencado o dever que o anúncio tem de ter as informações corretas e claras, para que o consumidor de fato intenda sem que seja um especialista no assunto é um dos princípios que decai sobre a publicidade enganosa, pois, está garantido no código que é deve ser cumprido tudo o que está descrito no enunciado.

## **5 AS RESPONSABILIDADES DO ANUNCIANTE**

Com a alta demanda de consumo nos dias atuais, fica cada vez mais propício da sociedade se envolver com os perigos na relação ao mercado consumidor, pois, os métodos publicitários de persuasão estão cada vez mais apelativos, fazendo com que a sociedade seja exposta aos diversos tipos de situações de grande potencial lesivo.

O Código de Defesa do Consumido com o intuito de proteger o consumidor da publicidade enganosa elenca as responsabilidades inerentes aos autores desta prática. A responsabilidade estende-se pela área Civil; que obriga o indivíduo a responder por suas próprias ações, penal; tem a finalidade de proteger um interesse jurídico que for gravemente ferido e a Administrativa; que é aquela que violam normas jurídicas positivadas no âmbito administrativo, fazendo com que o indivíduo arque com os reflexos de sua ação administrativa interna com a qual encontra-se vinculado.

No âmbito civil, Gonzáles (2009) diz: "arcar com as consequências de suas ações é uma característica que está diretamente ligada a condição humana. Isto é, desde sempre o ser homem precisou demonstrar a habilidade e a capacidade de assumir responsabilidades por suas ações e delas se obrigar." O mencionado disposto é relacionado ao âmbito Civil, ou seja, é natural do ser humano desde os primeiros anos de vida já ter que assumir pequenas responsabilidades por suas ações e delas se obrigar.

O Código de Defesa do Consumidor descreve em seu art.30, "veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados.", é a forma de punir a ilicitude da informação destacada na publicidade, neste caso a responsabilidade decai exclusivamente sobre o fornecedor fazendo que o mesmo fique com o dever de reparar qualquer dano.

As sanções penais da responsabilidade penal encontram-se dispostas no artigo 63 e entre os artigos 66 a 69 do Código de Defesa do Consumidor, a pena para o responsável que forneceu a publicidade enganosa se resulta em detenção de seis meses a dois anos e multa, ou seja, são infrações de menor potencial ofensivo e poderão ser julgadas em sede de juizados especiais. Essa responsabilidade é considerada pelos legisladores uma das mais severas a serem impostas ao indivíduo ou a pessoa jurídica, mesmo assim, é considerado

crime a divulgação de propagandas de cunho enganoso, o código tem a função de amparar e evitar os consumidores dessas práticas ilícitas.

Além das responsabilidades civis e penais, o artigo 56 do CDC elenca a administrativa: “as sanções administrativas devem ser aplicadas pela própria autoridade administrativa, no âmbito de sua atribuição, podendo, ainda, ter sua aplicação efetivada de forma cumulativa, inclusive por medida cautelar, antecedente ou incidente de procedimento administrativa.”. Dessa forma, é possível compreender que a responsabilidade da União, dos Estados e municípios fiscalizar realizar a fiscalização das publicidades de produtos e serviços.

Em âmbito Federal as sanções administrativas podem ser impostas por órgãos como o Senacon (Secretária Nacional do Consumidor) e DPDC, nas esferas estaduais e municipais pelo Procon. Siqueira descreve a finalidade do SENACON e do DPDC:

A Secretaria Nacional do Consumidor- Senacon, é parte integrante do Ministério da Justiça, sendo ela responsável por planejar, elaborar e coordenar a execução da Política Nacional das Relações de Consumo. Entre suas atribuições, a Senacon opera o Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor- DPDC, órgão responsável por monitorar o mercado de consumo e investigar casos relevantes à nível nacional, aplicando, quando necessário, as devidas sanções administrativas. (2013, p. [não paginado])

As sanções administrativas têm o intuito direto de punir quem pratica a publicidade enganosa, aplica-las direto da fonte que dissemina as informações.

## **6 CONCLUSÃO**

Com base nas informações apresentadas ao longo deste trabalho é possível concluir que o consumidor estará sempre vulnerável aos ataques publicitários, onde boa parte busca induzir ou enganá-lo, visando apenas o lucro. Através das evoluções cotidianas em diversas áreas as técnicas publicitárias também evoluíram e são capazes de fazer com que o consumidor almeje e deseje determinado produto e infelizmente, a mídia detém boa parte do poder em ditar as tendências, e aquele que são leigos acabam sendo induzidos pela propagando ilícita.

Apesar de possuir órgãos fiscalizadores, os mesmos não suprem a demanda e por isso, o consumidor precisa estar atento para não ser vítima do excesso de propaganda. O direito do consumidor se encontra assegurado no Código de Defesa do Consumidor, onde

no decorrer da sua legislação explana sobre o que é a publicidade enganosa e como identifica-la.

O consumidor precisa ter ciência de seus direitos, para que o mesmo possa compreender quando estará sujeito a sofrer a lesão, permitindo assim o contato com os órgãos de fiscalização para realizar a denúncia. Desta forma, a empresa que está agindo de forma ilícita e fraudulenta enfrentará as punições adequadas pelos atos realizados, coibindo sua reincidência e até mesmo ações ilícitas semelhantes por parte de outras empresas.

Infelizmente, existem vários casos onde o consumidor só percebe que está sendo enganado quando já efetuou a compra de determinado produto, neste momento o indivíduo começa a sofrer com o descaso e a falta de assistência da loja ou fornecedor do produto, quando isso ocorrer, o indivíduo que realizou a compra poderá entrar em contato com o PROCON, e caso não tenha retorno satisfatório, será cabível o ingresso de ação judicial, solicitando reparo por ter o seu direito como consumidor lesado pela ilicitude da empresa.

Dessa forma, nota-se que os órgãos de controles dessas publicidades são formas de diminuir os danos sofridos pelos consumidores, o assunto ainda é passível de aprimoramento, pois, ainda a muito o que ser feito para que as partes envolvidas sejam devidamente responsabilizadas e para garantir a segurança dos indivíduos que estão apenas buscando o produto e o serviço anunciado.

## REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Carlos Eduardo Fernandes. **Responsabilidade Civil e Administrativa da Publicidade Abusiva e Enganosa**. Disponível em:

<<http://repositorio.aee.edu.br/bitstream/aee/16916/1/Monografia%20-%20CARLOS%20EDUARDO%20FERNANDES.pdf>>. Acesso em: 18 de maio de 2022.

BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF. 1988. Disponível em: <[http://planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848.htm](http://planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm)>. Acesso em: 01 de junho de 2022.

COELHO, Fábio Ulhoa. **A Publicidade Enganosa no Código de Defesa do Consumidor**. *Revista de Direito do Consumidor*. vol.1, Revista dos Tribunais, São Paulo, p.70-71, out./dez.1993

CONJUR, **Ministério da saúde multa McDonald's e revista por publicidade infantil.** 2018. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2018-out-11/ministerio-justica-multa-mcdonalds-publicidade-infantil> > Acesso em: 17 de maio de 2022.

FADEL, Marcelo Costa. **"Breves comentários ao Código de autorregulamentação publicitária do CONAR". Revista de Direito Consumidor.** v.13, nº50, pg.153-170. São Paulo: Revista dos Tribunais, abr/jun.2004.

FILOMENO, José Geraldo Brito, **Direito do Consumidor.** -15.ed.rev., atual. e ref.- São Paulo: Atlas, 2018. P. 215- 222, 351-356.

FREITAS, Danielli Xavier. **Os limites legais da publicidade infantil no direito brasileiro.** Disponível em: < <https://daniellixavierfreitas.jusbrasil.com.br/artigos/138708616/os-limites-legais-da-publicidade-infantil-no-direito-brasileiro> >. Acesso em: 17 de maio de 2022.

GONZÁLES, José Alberto. **Responsabilidade Civil.** 2. ed. Lisboa: Quid Juris, 2009.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos de Defesa do Consumidor.** 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p.260.

MELATO, Djany Elizabeth; TAKEY, Daniel Goro. **A Defesa do Consumidor contra a Publicidade Enganosa e Abusiva.** Disponível em: < <file:///C:/Users/Usuario/Downloads/570-Texto%20do%20artigo-694-1-10-20150324.pdf> > Acesso em: 17 de maio de 2022.

NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano; TRETTEL, Daniela Batalha. **"Limites à publicidade comercial e a proteção dos direitos fundamentais." Revista de Direito Constitucional e Internacional.** V.18, nº70, p. 389-565. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan/mar. 2010.

PEZZOTTI, Renato. **Como funciona o Conar? Para que serve? Como denunciar uma publicidade?** Disponível em: < <https://economia.uol.com.br/faq/como-funciona-o-conar-para-que-ele-serve-como-fazer-uma-denuncia.html> >. Acesso em: 16 de maio de 2022.

PIRES, Valla. **As mais diversas formas de propaganda enganosa.** Disponível em: < <https://justiasejfeita.jusbrasil.com.br/artigos/373331447/as-mais-diversas-formas-de-propaganda-enganosa> >. Acesso em: 16 de maio de 2022.

RAMOS, Ana Carenina Pamplona Pinho. **Publicidade enganosa e abusiva à luz do Código de Proteção e Defesa do Consumidor.** Disponível em: < <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-98/publicidade-enganosa-e-abusiva-a-luz-do-codigo-de-protecao-e-defesa-do-consumidor/> >. Acesso em: 17 de maio de 2022.

SILVA, R.B.T. da. **Responsabilidade civil nas relações de consumo**. São Paulo: Saraiva, 2009, p.406.

SIQUEIRA, Roberta C. de M. **Sanções Administrativas: direito do consumidor**.

Disponível em: <

<http://professor.pucgoias.edu.br/SiteDocente/admin/arquivosUpload/16210/material/Unidade%206.%20San%C3%A7%C3%B5es%20Administrativas.pdf>>. Acesso em 18 de maio de 2022.

TAILLE, Yves de La. **Contribuição da Psicologia para o fim da publicidade dirigida à criança**. Disponível em: <[https://site.cfp.org.br/wp-content/uploads/2008/10/cartilha\\_publicidade\\_infantil.pdf](https://site.cfp.org.br/wp-content/uploads/2008/10/cartilha_publicidade_infantil.pdf)>. Acesso em: 17 de maio de 2022.

VALOIS, Silva; LILIA Bertha. **Publicidade dirigida à criança: a necessidade de uma regulamentação específica**. Disponível em: < <https://docplayer.com.br/2252190-Publicidade-dirigida-a-crianca-a-necessidade-de-uma-regulamentacao-especifica.html>>. Acesso em: 15 de maio de 2022.

VEJA, **Instituto Alana denuncia Burger King por publicidade infantil**. Veja. 2018. Disponível em: <http://veja.abril.com.br/economia/instituto-alana-denuncia-burger-king-por-publicidade-infantil>>. Acesso em: 17 de maio de 2022.

## O ALCANCE DO JUSTO, NA CONCEPÇÃO ARISTOTÉLICA, POR INTERMÉDIO DAS CONSTELAÇÕES FAMILIARES, NO ÂMBITO DO DIREITO DAS FAMÍLIAS

**LAIS MELLO HAFFERS:** Advogada na área de Direito das Famílias e Sucessões no escritório Regina Beatriz Tavares da Silva Sociedade de Advogados. Mestranda em Direito Civil na PUC/SP. Especialista em Direito de Família e Sucessões pela PUC/SP. Prévias experiências como monitora de Direito Civil, aluna bolsista pelo programa de iniciação científica da FAPIC/Reitoria, Monografia de Conclusão de Curso aprovada com excelência e depositada na biblioteca da Faculdade, bem como consultora tributária na KPMG. Inglês fluente. Advogada em Família e Sucessões no escritório Regina Beatriz Tavares da Silva Sociedade de Advogados.

**RESUMO:** A obra de Aristóteles, *Ética a Nicômaco*, detém enorme relevância ainda na atualidade na forma e compreensão do direito e justiça em si. Diante disso, buscou-se analisar as digressões do filósofo grego acerca da concepção do justo e a possibilidade do seu alcance por intermédio das Constelação Familiar, no âmbito do Direito das Famílias. O intuito é de se permitir a atuação do Poder Judiciário fundamentada na equidade do julgador - diretamente ligada ao conceito de justo e, portanto, a felicidade, que é a finalidade de toda ação. Isto porque, a instrução processual, por proporcionar, em alguns casos, a violação das leis sistêmicas e da postura sistêmico-fenomenológica, acabam por causarem um desequilíbrio no sistema, que geram sintomas. Assim, sugere-se a Constelação Familiar como ferramenta para solução desses conflitos judiciais, pela visão sistêmica, a fim de se encontrar a paz duradoura na alma. Deste modo, o presente trabalho tem como objetivo geral demonstrar os benefícios da Constelação Familiar, no Direito das Famílias, na intenção de promover a felicidade das partes no caso concreto, atendendo-se a preceitos aristotélicos. A metodologia utilizada no trabalho será o qualitativo, com realização de consultas e pesquisas doutrinárias, repertórios jurisprudenciais, artigos, bibliográficas, legislações e documental.

**PALAVRAS-CHAVE:** Aristóteles; ética jurídica; justo; felicidade; equidade; *Ética a Nicomâco*; constelação familiar; leis sistêmicas; direito sistêmico; direito das famílias.

**ABSTRACT:** Aristotle's work, *Ethics to Nicomaches*, has enormous relevance even nowadays in the conception and comprehension of law and justice itself. For that reason, this article sought to analyze the digressions of the Greek philosopher about the concept of fairness and the possibility of its achievement through the Family Constellation, within



the scope of Family Law. The intention is to allow the action of the Judiciary Power based on the equity of the judge - directly linked to the concept of fairness and, therefore, happiness, which is the purpose of every action. That is due to the fact that procedural instruction, by providing, in some cases, the violation of systemic laws and the systemic-phenomenological posture, end up causing an imbalance in the system, which generates symptoms. Thus, in this work, the Family Constellation is suggested as a tool for solving these legal conflicts, which understands them through a systemic view, in order to find lasting peace in the soul. As such, the present work has as general objective to demonstrate the benefits of the Family Constellation, in the Family Law, with the intent to promote the happiness of the parties in the concrete case, following the Aristotelian precepts. The methodology applied in this work will be the qualitative, with consultations and doctrinal research, jurisprudential repertoires, articles, bibliography, legislation and documents.

**KEYWORDS:** Aristotle; legal ethics; fairness; happiness; Ethics to Nicomaco; family constellation; systemical law; family right.

## **INTRODUÇÃO**

A obra de Aristóteles, *Ética a Nicômaco*, é um dos textos mais influentes e efetivos da história da filosofia, com impactos imediatos no direito, mantendo-se em sua maioria, atual e, ainda, com diversas contribuições ao conteúdo em questão.

Em seu livro, o estagirita se debruça em questões éticas centrais, que repercutem no modelo de direito e justiça em si. A obra foi trazida ao presente debate por ser das mais relevantes acerca do assunto, visto que muito do que foi dito, continua fomentando os nossos pensamentos em questões práticas. Há problemáticas de importância universal e contemporânea que já faziam parte das preocupações do filósofo grego à época e, para as quais, muito do que foi escrito soam como respostas atuais.

Não obstante, por sua natureza, a interação humana provoca conflitos, ao passo que embates compreendem a essência humana e são fundamentais para o desenvolvimento da sociedade e, dentre eles, os derivados de questões familiares denotam enorme influência no comportamento da população.

Todavia, ainda que tais litígios sejam inerentes ao processo de convivência e de evolução dos seres humanos, é necessário que sejam resolvidos adequadamente, caso contrário, podem ocasionar profundas rupturas no ambiente familiar e, por consequência, na sociedade como um todo. Assim sendo, é elementar que os litigantes procurem meios adequados para solução dos empasses, frente a relevância da preservação dos vínculos afetivos interligados, proporcionado a preservação de um ambiente familiar saudável e hábil ao livre desenvolvimento da personalidade de seus integrantes.

Sendo que, quando os envolvidos não conseguem sozinhos atingir resultado construtivo, socorrem-se ao Poder Judiciário.

Entretanto, é cediço que a Justiça brasileira possui volumoso número de processos à espera de decisão nos tribunais e, que os litígios não têm sido assentados de forma eficaz e célere, culminando em vicioso ciclo de confronto.

Nesse liame, a preocupação ocasionada é se as sentenças judiciais estão em conformidade com a concepção do justo de Aristóteles, a fim de contribuem, efetivamente, para o esclarecimento da controvérsia e para a restauração do diálogo e relacionamento entre os envolvidos, culminando-se na felicidade. Isto porque, em sua maioria, as instruções processuais se limitam ao debate de questões juridicamente tuteladas, sem atender aos interesses genuínos dos litigantes<sup>327</sup>, mostrando-se insuficientes e, até mesmo, inapropriadas por não trazerem o resultado esperado, qual seja, por termo ao conflito familiar e, portanto, perpetuando a dependência da família ao Poder Judiciário.

Na instrução processual comum, a visão do julgador é limitada ao que é exposto no processo, não se permitindo o acesso às verdades ocultas e, portanto, os recursos apresentados se demonstram insuficiente para a aplicação da equidade.

Não se trata de conceder, simplesmente, uma resposta à questão, mas de solucionar e pacificar a relação humana ali exposta, tendo em vista que toda ação tem como finalidade a felicidade. Por isso, no direito das famílias, um método estritamente jurídico não se demonstra suficiente, tornando-se necessária a intervenção interdisciplinar. Com o advento do Código de Processo Civil de 2015, inspirado no modelo de justiça multiportas estadunidenses, em conjunto com a Resolução de nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça, constata-se a importante abertura para a utilização prioritária de mecanismos de auto composição, os quais possibilitam a comunicação entre as partes, favorecendo a finalização do conflito. Esses recursos desafogam o Judiciário e viabilizam a solução mais rápida e branda ao litígio das partes. E, entende-se por estarem em conformidade com o pensamento Aristotélico, uma vez que as faculdades do justo e equidade advêm da sabedoria (do aprendizado prático), sendo assim, permite o debruçamento aos meios alternativos, a fim de tornar as pessoas propensas a fazer o justo.

Dentre as possíveis técnicas aplicáveis, as Constelações Familiares Sistêmicas de Bert Hellinger se apresentam como alternativa diferenciada de resolução de conflitos pelos Operadores de Direito.

---

327 AZEVEDO, A. G. de; BUZZI, M A. **Novos desafios para a Mediação e a Conciliação no CPC: artigo 334.** Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-nov-11/novos-desafios-mediacao-conciliacao-cpc-artigo-334>>.

A principal finalidade do deste estudo, portanto, é ser uma fonte de pesquisa acessível aos operadores de direito, a fim de poder aprofundar no tema e, conseqüentemente, na sua aplicação.

O presente trabalho será dividido em três tópicos: ponderações acerca do Livro V; análise e apresentação da Constelação Familiar, bem como das Leis do Amor e; ponderações sobre o Livro I.

O método de abordagem adotado na confecção do trabalho científico foi o qualitativo, com realização de consultas e pesquisas doutrinárias, repertórios jurisprudenciais, artigos, bibliográficas, legislações e documental. Serão utilizadas obras nacionais e estrangeiras que tratam do tema, ou que contribuam, indiretamente, para a análise do caso, configurando-se como um estudo essencialmente teórico.

## **1. PONDERAÇÕES ACERCA DO LIVRO V – ÉTICA A NICOMÂCO**

De proêmio, cumpre destacar a importância da obra *Ética a Nicomâco* de Aristóteles –escrita no contexto da fundação do Liceu em 335 a.C a 323 a.C –, que foi uma das pioneiras em fornecer a chave para os mais importantes embates do Direito. Em consonância ao afirmado por Laurent Cournarie *apud* Caio Morau, “a amplitude e diversidade das ideias desenvolvidas por Aristóteles no seu Livro V da “*Ética a Nicômaco*” fazem deste tratado sobre a justiça um texto fundamental da filosofia moral e política, que nada perdeu de sua atualidade teórica”<sup>328</sup>.

O livro traz grades digressões e conceitos variados, entretanto, no presente artigo, a sua leitura está limitada aos pontos correlacionados com o objeto de estudo, bem como a análise dos trechos foram realizadas com o viés inclinado a este trabalho, por razões óbvias de síntese e objetividade.

Pois bem. Em seu Livro V, Aristóteles propõe fazer um percurso da justiça como meio-termo em relação a todas as virtudes aristotélicas. Este meio-termo será empregado para a percepção da justa medida. A excelência moral não é encontrada nem na abundância, tampouco na escassez<sup>329</sup>. Ou seja, a justiça é tida como uma virtude completa, a maior de todas. “E ela é a virtude completa no pleno sentido do termo, por ser o exercício atual da virtude completa. É completa porque aquele que a possui pode exercer sua virtude não só sobre si mesmo, mas também sobre o seu próximo, já que muitos

328 MORAU, C. *Ética a Nicômaco – Livro V*. Disponível em < <https://jus.com.br/artigos/70017/etica-a-nicomaco-livro-v> >.

329 CHALITA, G. *Aristóteles e o direito*. Tomo Teoria Geral do Direito, Edição 1, Abril de 2017. Disponível em <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/11/edicao-1/aristoteles-e-o-direito>>.

homens são capazes de exercer virtude em seus assuntos privados, porém não em suas relações com os outros”<sup>330</sup>. Não a limitando a um mero princípio de busca pela igualdade.

Para o estagirita, a justiça é uma virtude por não ser possível o seu aprendizado unicamente matemático e geométrico, é imprescindível a sua vivência prática. Veja que, ao remeter a justiça como virtude, está também sinalizando fazer parte da ética.

Não por outra sorte, vincular a ética à ciência prática, significa que seu objetivo não é estritamente teórico e que sua matéria é formada por meio das ações humanas e os seus julgamentos acerca delas. Pode-se dizer, que a finalidade central da obra é provar uma real melhora do caráter do ser humano<sup>331</sup>. Isto porque, ética deriva de Ethos, que corresponde a hábitos, costumes. É aquilo que obedecemos por fazer parte de nossa habitualidade, pertence a nós enquanto cidadãos. É a “justiça aquela disposição de caráter que torna as pessoas propensas a fazer o que é justo, que as faz agir justamente e desejar o que é justo<sup>332</sup>”. Portanto, a justiça é ensinada e, tem direta ligação com o exercício da cidadania.

Nesse liame, entende-se o filósofo que ainda que classifiquemos a justiça política como uma virtude completa, há falhas nessa modalidade de justiça, que desconfigura sua completude, tal pensamento será aprofundado mais a seguir.

Sendo assim, plausível se faz reafirmar a justiça, embora passível de erros, como uma virtude completa. E, na hipótese de se desvincular como meio-termo das demais virtudes, impossibilitaria ordenamento na sociedade, refletindo em completa desordem. Sendo a maior de todas, em razão da justiça ser uma virtude no sentido pleno do termo; é a excelência que o filósofo grego pregava ao debater sobre virtudes. Aplicável aos entraves de interesses privados e públicos, o que a difere das demais. Por tais razões, a justiça é o bem alheio, uma vez que correlaciona com o próximo<sup>333</sup>.

Portanto, a justiça neste sentido não é uma parte da virtude, mas a virtude inteira; nem é seu contrário, a injustiça, uma parte do vício, mas o vício inteiro. O que dissemos põe a descoberto a diferença entre a virtude e a justiça neste sentido: são elas a mesma coisa, mas

---

<sup>330</sup> ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. 4. ed. Tradução de Leonel Vallandro e Gerd Bornheim da versão inglesa de W. D. Ross. São Paulo: Nova Cultural, 1991, p. 96/97.

<sup>331</sup> MORAU, C. *Ética a Nicômaco – Livro V*. Disponível em < <https://jus.com.br/artigos/70017/etica-a-nicomaco-livro-v> >.

<sup>332</sup> ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. 4. ed. Tradução de Leonel Vallandro e Gerd Bornheim da versão inglesa de W. D. Ross. São Paulo: Nova Cultural, 1991, p. 94.

<sup>333</sup> SILVA, I. de A. *Justiça, uma virtude? Sobre o Livro V de Ética a Nicômaco*. Revista Poiesis. Montes Claros, v.13, n.2,p.69-78, jan/dez-2016. P. 75/76. Disponível em: < <https://www.periodicos.unimontes.br/index.php/poiesis/article/view/1680/1839>>.

não o é a sua essência. Aquilo que, em relação ao nosso próximo, é justiça, como uma determinada disposição de caráter e em si mesmo, é virtude<sup>334</sup>.

Demonstrada a relevância da justiça como virtude completa, passemos a dissertar acerca do justo total.

O justo total é a forma mais genérica que pressupõe os justos particulares. Consiste na observância das leis da cidade. Nesse ponto, cumpre elucidar que Aristóteles escreve para os Atenenses. E, Atenas vivia uma democracia direta, compreendida pelo sistema político que todos aqueles que são cidadãos participam da elaboração das leis. Não obstante, explica-se que a cidadania grega era restrita, excluía as mulheres, estrangeiros, escravos, etc. Aquelles que eram entendidos como cidadãos faziam as leis e a eles mesmos eram aplicáveis, devendo obediência. Trata-se pois, do coletivo sobre o individual. A obediência a essas leis que são feitas por todos, na obra de Aristóteles é um pressuposto da felicidade e da manutenção da sociedade jurídica:

[...] o homem sem lei é injusto e o respeitador da lei é justo, evidentemente todos os atos legítimos são, em certo sentido, atos justos; porque os atos prescritos pela arte do legislador são legítimos, e cada um deles, dizemos nós, é justo. Ora, nas disposições que tomam sobre todos os assuntos, as leis têm em mira a vantagem comum, quer de todos, quer dos melhores ou daqueles que detêm o poder ou algo nesse gênero; de modo que, em certo sentido, chamamos justos aqueles atos que tendem a produzir e a preservar, para a sociedade política, a felicidade e os elementos que a compõem<sup>335</sup>.

Diante deste cenário, o justo total é a mais ampla aceitação da virtude completa, para a qual é aplicado o conceito de legalidade e sociabilidade<sup>336</sup>.

Ainda, outra espécie de justiça é a particular ou, justos particulares, aquele que a viola termina por violar também a justiça total e, por conseguinte, ser injusto. Como visto

---

334 ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. 4. ed. Tradução de Leonel Vallandro e Gerd Bornheim da versão inglesa de W. D. Ross. São Paulo: Nova Cultural, 1991, p. 97.

335 ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. 4. ed. Tradução de Leonel Vallandro e Gerd Bornheim da versão inglesa de W. D. Ross. São Paulo: Nova Cultural, 1991, p. 96.

336 MORAU, C. *Ética a Nicômaco – Livro V*. Disponível em < <https://jus.com.br/artigos/70017/etica-a-nicomaco-livro-v> >.

alhures, a justiça só pode ser justa por inteira e também só pode ser injusto por inteiro; para o estagirita não existe uma pessoa mais ou menos justa.

Com efeito, o filósofo entende haver uma justiça por natureza (justo natural, a Physis) e outra por convenção (justo legal, a Nomos). Physis se remete aquilo que é certo, existente por natureza, sendo o homem incapaz de modificar. Já por Nomos - palavra grega que designa normas ou regras -, entende-se que em determinados contextos o homem criou, sendo, portanto, o oposto das coisas naturais; há interferência humana. A citar como exemplo temos a lei da gravidade – embora descoberta após o período aristotélico, sempre esteve presente, ao homem não é possível estabelecer o seu descumprimento. Ao contrário do conceito de cidadão, deixar a margem as mulheres e escravos na concepção de cidadão é uma criação humana. Tanto o é, que na evolução da sociedade, em sua maioria, a escravidão foi abolida e as mulheres conquistaram participação. Acerca do tema, disserta Aristóteles:

As coisas que são justas em virtude da convenção e da conveniência assemelham-se a medidas, pois que as medidas para o vinho e para o trigo não são iguais em toda parte, porém maiores nos mercados por atacado e menores nos retalhistas. Da mesma forma, as coisas que são justas não por natureza, mas por decisão humana, não são as mesmas em toda parte. E as próprias constituições não são as mesmas, conquanto só haja uma que é, por natureza, a melhor em toda parte<sup>337</sup>.

Todavia, o justo legal representa o que é justo de forma genérica, sendo necessário se adaptar às circunstâncias transitórias para seu emprego. Ponto no qual, nasce a importância do estudo da equidade<sup>338</sup>. Para Aristóteles, o justo não é apenas o que está em conformidade com a lei, mas também o que, ao mesmo tempo, respeita a equidade.

Na concepção aristotélica, a finalidade da equidade é atenuar os rigores da lei. Ora, como o julgador aplica a lei geral para um caso particular? Aristóteles já esbanjava preocupação com tal questionamento. As leis eram (e são) feitas voltadas a interesses específicos, ao passo que nem todas as situações se enquadravam (e ainda não se enquadram) nelas. Não por outra sorte, já reconhecia o estagirita a dificuldade de aplicação do abstrato no concreto; do geral no particular.

---

337 ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. 4. ed. Tradução de Leonel Vallandro e Gerd Bornheim da versão inglesa de W. D. Ross. São Paulo: Nova Cultural, 1991, p. 110.

338 MORAU, C. *Ética a Nicômaco – Livro V*. Disponível em < <https://jus.com.br/artigos/70017/etica-a-nicomaco-livro-v> >.

As leis, que são gerais e abstratas, podem ser severas e haver necessidade de sua atenuação, por exemplo. Por isso, a importância de se atentar à equidade, cuja compreensão recai sob a racionalidade entre aquele que vai julgar/aplicar a lei, na atenuação no caso concreto, para ser mais justo.

Pode-se dizer que a equidade é a justiça no caso concreto. Em outras palavras, não há justiça com a limitação da análise na letra fria da norma jurídica, esquecendo-se de avaliar o contexto de sua aplicação. Logo, equidade é entender o contexto em que a lei será inserida. Nesse diapasão, assevera Aristóteles:

O que faz surgir o problema é que o eqüitativo é justo, porém não o legalmente justo, e sim uma correção da justiça legal. A razão disto é que toda lei é universal, mas a respeito de certas coisas não é possível fazer uma afirmação universal que seja correta. [...] Por isso o eqüitativo é justo, superior a uma espécie de justiça — não justiça absoluta, mas ao erro proveniente do caráter absoluto da disposição legal. E essa é a natureza do eqüitativo: uma correção da lei quando ela é deficiente em razão da sua universalidade. E, mesmo, é esse o motivo por que nem todas as coisas são determinadas pela lei: em torno de algumas é impossível legislar de modo que se faz necessário um decreto. Com efeito, quando a coisa é indefinida, a regra também é indefinida, como a régua de chumbo usada para ajustar as molduras lésbicas: a régua adapta-se à forma da pedra e não é rígida, exatamente como o decreto se adapta aos fatos<sup>339</sup>.

Extrai-se do trecho acima, a comparação da equidade com a Régua de Lebos, a qual é flexível e, portanto, adaptável as irregularidades do objeto. Nessa percepção, o juiz, em atenção a equidade, deve julgar conforme essa régua especial. Ora, o jurista não pode ser considerado justo se for mero cumpridor cego e burocrata das normas, em desatenção às peculiaridades do caso particular. Nesse liame:

A concepção de direito em Aristóteles está profundamente interligada à sua concepção de justiça. O direito existe para que a justiça prevaleça. O direito existe para que o sistema normativo convirja para a realização da justiça. O direito existe para que um juiz se aplique à equidade.

---

339 ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. 4. ed. Tradução de Leonel Vallandro e Gerd Bornheim da versão inglesa de W. D. Ross. São Paulo: Nova Cultural, 1991, p. 118.

Se a justiça pode parecer um valor mais subjetivo, e o direito um sistema que existe para garanti-la, ambos convalidam a tese de que as leis existem para melhorar as sociedades. E as sociedades existem para garantir às pessoas o direito à felicidade. As mais perfeitas leis sem a presença dos homens que buscam a perfeição serão inúteis. As leis existem para as pessoas e das pessoas dependem para sua correta interpretação e aplicação<sup>340</sup>.

Ante ao todo exposto, indaga-se como saber se a equidade está presente no caso concreto frente as verdades ocultas dos próprios litigantes? A resolução do mérito do conflito com uma simples sentença é capaz de trazer a felicidade às partes? Pretende-se, pois, discorrer acerca desses questionamentos no tópico subsequente.

## **2.1. AS CONSTELAÇÕES FAMILIARES COMO MECANISMO PARA A EQUIDADE**

Em consonância ao visto alhures, para o filósofo grego, a justiça é o meio-termo entre todas as virtudes aristotélicas. Sendo que, a equidade é parte própria da justiça – inclusive, superior a ela. Trata-se da adaptação do direito positivo, estruturado pela generalidade das leis, na aplicação do caso concreto.

Pois bem. Na sociedade contemporânea brasileira, quando há litígio familiares o Poder Judiciário é provocado e, via de regra, põe se termo com a sentença judicial. Ora, para se tomar uma decisão, é necessário a observância de todas as alternativas, a fim de se buscar a cisão do conflito e promover a mudança.

Todavia, conforme se discorrerá adiante, a complexidade do ser humano e a sua natureza de conflito de interesses, resultam na ausência de contentamento na mera sentença judicial para pôr termo ao litígio entre as partes. Afinal, nos dizeres de Aristóteles: “Mas é preciso juntar “numa vida completo”. Porquanto uma andorinha não faz verão, nem um dia tampouco; e da mesma forma um dia, ou um breve espaço de tempo, não faz um homem feliz e venturoso”<sup>341</sup>.

Em outras palavras, a aplicabilidade cega da lei pelos julgadores, nos casos concretos e particulares podem ferir a equidade e, portanto, a concepção do justo na visão aristotélica. Isso porque, conforme explicação do Dr. Sami Storch em seu blog:

[...] na prática, mesmo tendo as leis positivadas como referência, as pessoas nem sempre se guiam por elas em suas relações. Os conflitos

---

340 CHALITA, G. Aristóteles e o direito. Tomo Teoria Geral do Direito, Edição 1, Abril de 2017. Disponível em <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/11/edicao-1/aristoteles-e-o-direito>>.

341 ARISTÓTELES. Ética a Nicômaco. 4. ed. Tradução de Leonel Vallandro e Gerd Bornheim da versão inglesa de W. D. Ross. São Paulo: Nova Cultural, 1991, p. 14.



entre grupos, pessoas ou internamente em cada indivíduo são provocados em geral por causas mais profundas do que um mero desentendimento pontual, e os autos de um processo judicial dificilmente refletem essa realidade complexa. Nesses casos, uma solução simplista imposta por uma lei ou por uma sentença judicial pode até trazer algum alívio momentâneo, uma trégua na relação conflituosa, mas às vezes não é capaz de solucionar verdadeiramente a questão, de trazer paz às pessoas.

O direito sistêmico se propõe a encontrar a verdadeira solução. Essa solução não poderá ser nunca para apenas uma das partes. Ela sempre precisará abranger todo o sistema envolvido no conflito, porque na esfera judicial – e às vezes também fora dela – basta uma pessoa querer para que duas ou mais tenham que brigar. Se uma das partes não está bem, todos os que com ela se relacionam poderão sofrer as consequências disso<sup>342</sup>.

Com efeito, a tradição no Direito Brasileiro, de longo período, permaneceu estruturada no modelo da litigância e da decisão tomada por terceiros. A abundância de casos, a morosidade, a onerosidade e a insatisfação com os resultados, impulsionaram a busca de formas alternativas de resolução de conflitos. A política estimulada pelo Conselho Nacional de Justiça, instituída pela Resolução nº 125/2010, procurou organizar a esfera jurídica brasileira para as posteriores legislações, cujo marco regulatório adveio com a publicação da Lei 13140/15, que consagrou um novo paradigma no Direito pátrio, direcionado para meios consensuais de solução de litígios<sup>343</sup>. Entende-se que a apresentação de tais soluções está em consonância ao pensamento Aristotélico, uma vez que as faculdades do justo e equidade advêm da sabedoria (do aprendizado prático), sendo assim, permite o debruçamento aos meios alternativos, a fim de tornar as pessoas propensas a fazer o justo.

De proêmio, cumpre elencar brevemente que o Dr. Sami Storch – Juiz de Direito no Tribunal de Justiça do Estado da Bahia – adotou a expressão “Direito Sistêmico”, com base na interligação de duas áreas da ciências humanas: direito e psicologia, a partir da análise do direito sob uma ótica fundamentada nas ordens superiores que comandam os vínculos

---

342 STORCH, S. **O que é o Direito Sistêmico?** Blog no WordPress.com: Direito Sistêmico. Artigo publicado em 2010. Disponível em <<https://direitosistemico.wordpress.com/2010/11/29/o-que-e-direito-sistemico/>>.

343 CÉSPEDES, A. S. **A Constelação Familiar aplicada ao Direito Brasileiro a partir da Lei de Mediação**. Tese (Graduação) - Centro de Ciência Jurídicas, Departamento de Direito. Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2017, p. 36.

humanos, na perspectiva da ciência das “constelações”, desenvolvidas pelo terapeuta, filósofo, cientista fenomenológico e alemão Anton Suitbert (Bert) Hellinger.

Nesse sentido, o Direito Sistêmico convida a uma abordagem ordenada do conflito judicial e a um viés terapêutico para sua solução, sendo as Constelações Familiares usadas como técnica de mediação de litígios em diversas áreas da justiça, consubstanciada na estudo e compreensão profunda das relações interpessoais envolvidas<sup>344</sup>. Até porque, na grande maioria das beligerâncias, os litigantes detêm verdades ocultas, que inviabilizam a visão de equidade do julgador. Nesse ponto, tece Gabriel Chalita:

Um juiz que não conhece de humanidade não conseguirá julgar como se deve um caso específico, porque o caso específico ocorre na humanidade. De outra sorte, um juiz que conhece de humanidade, mas não se debruça sobre o caso que haverá de julgar poderá cometer injustiças. O direito, na visão aristotélica, constrói-se nessa preocupação de fazer com que a justiça prevaleça<sup>345</sup>.

No prisma sistêmico, o litígio é recebido de maneira diversa aos meios tradicionais, os quais são criticados em razão dos autos judiciais dificilmente apontarem com exatidão a complexa e profunda origem do desgaste em questão, ao ponto de a ferramenta sistêmica transformar os sentimentos entre as partes conflitantes. Considerando também, a natural limitação de se vislumbrar o que seria equidade no caso concreto. De certo, a compreensão sistêmica é contemplada pela isenção de julgamentos, eis que a delimitação do certo/errado ou legal/ilegal não faz parte do seu escopo e, sim a percepção dos motivos que instigaram alguém a cometer determinado ato, na medida que oportuniza perceber e resolver as verdadeiras dinâmicas de sua causa. As desavenças são solucionadas pelos próprios indivíduos, a relação das partes é harmonizada, estabelecendo-se a duradoura paz na alma das pessoas<sup>346</sup>.

Em outras palavras, as Constelações Familiares são ferramentas que possibilitam olhar os conflitos sob a ótica sistêmica, com a finalidade de se conhecer e solucionar todas as dinâmicas existentes no sistema, inclusive as escondidas, mascaradas, atuando na origem do problema. Com viés terapêutico, os pontos profundos do processo são resolvidos, com a participação de todos na construção e desconstrução do conflito,

344 MELLO, L. P. **Multiparentalidade à luz do Direito Sistêmico**. Tese (Graduação). Centro de Ciências Humanas e Sociais Aplicadas, Faculdade de Direito. Pontifícia Universidade Católica de Campinas. Campinas, 2016, p. 49.

345 CHALITA, G. Aristóteles e o direito. Tomo Teoria Geral do Direito, Edição 1, Abril de 2017. Disponível em <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/11/edicao-1/aristoteles-e-o-direito>>.

346 MELO, C. S. **As Constelações Familiares como Meio de Efetivação do Princípio Constitucional da Pacificação Social**. Belo Horizonte, 2015, p. 45/46.

trazendo harmonia e a paz longínquas no papel e na alma das pessoas. Nesse ponto, instaura-se o equilíbrio dentro do sistema daqueles que antes se encontravam em choque, a partir da prática dos princípios constelar, pois o Direito Sistêmico encontrar a verdadeira solução, a que advém do coração e não de uma solução encontrada pelo judiciário para o processo<sup>347</sup>.

Nesse ponto, diz ser sistêmica, haja vista que o ser humano é analisado como efeito de uma estrutura familiar composta por seus irmãos, antepassados, bem como por indivíduos que definiram o fado desta estrutura de alguma maneira<sup>348</sup>. Isto porque, o sistema de constelação enxerga individualmente o cliente, desde seu nascimento até o seu dia de vida atual, em conjunto com os indivíduos importantes em seus campos de relação, ao passo que é raridade a existência de outro método que possibilite a vivência tão explícita e condensada das influências de uma família, abrigando tempo e espaço<sup>349</sup>.

No tocante ao método fenomenológico, explica-se que se remete a percepção da complexidade da realidade, ou seja, é uma maneira de experiência em que se extrai a percepção e descrição da realidade em sua essência mais extensa, por meio de suas diversas manifestações<sup>350</sup>.

Desse modo, o método fenomenológico expõe o que não era visível a um contexto mais amplo, sem receio do que possa vir a se manifestar como ameaça, defrontando-se com a situação como ela é, sem compreensão do sistema amplificado, sem se estribar em teorias ou em pressupostos, bem como ausente é a intenção de cura<sup>351</sup> ou de mudar destinos, aguarda-se até que o essencial do fenômeno se apresente a ele, ao passo que o

---

347 SILVA, M. P. da. **Aplicação do Estatuto da Criança e do Adolescente Segundo a Abordagem Sistêmica Fenomenológica (do Ponto de Vista das Constelações Sistêmicas Familiares – Segundo Bert Hellinger)**. Curitiba, 2015, p. 71/72.

348 MELO, C. S. **As Constelações Familiares como Meio de Efetivação do Princípio Constitucional da Pacificação Social**. Belo Horizonte, 2015, p. 35/36.

349 SCHNEIDER, J. R. **A Prática das Constelações Familiares, Base e Procedimentos**. Tradução de Newton A. Queiroz. 1. Ed. Patos de Minas: Editora Atman, 2007, p. 106.

350 SCHNEIDER, J. R. **A Prática das Constelações Familiares, Base e Procedimentos**. Tradução de Newton A. Queiroz. 1. Ed. Patos de Minas: Editora Atman, 2007, p. 105.

351 No dizer de Bert Hellinger Gabriele tem Hövel: "Eu me interesso pelas forças que atuam curando a família. Pode ser possível curar uma doença quando essas forças positivas são colocadas em ação. Mas esse não é o meu objetivo principal. **Meu objetivo principal está no âmbito da alma e da família**. Se com isso a doença melhora, fico contente. Mas é uma área que prefiro entregar aos médicos. Essa é área da responsabilidade deles. Eu não me envolvo em coisas que vão além da minha competência". (HELLINGER; HÖVEL, 2016, p. 21/22). (Grifo nosso).

facilitador evidencia aos fenômenos em sua multiplicidade, refletindo o fundamental a partir do contexto. Não por acaso consta Jakob:

O que assim se mostra nas constelações, com a ajuda do método fenomenológico, só pode ser comprovado por sua concordância com as informações sobre a família em questão, por seus efeitos sobre o cliente e sua família e também por permitir que também outras pessoas vejam, num relance, o que antes estava oculto. Não podemos deixar de olhar para os fenômenos, embora saibamos como essa visão é sujeita a fantasias, interpretações erradas, falsas conclusões, meras associações, construções e erros. No trabalho com as constelações, o terapeuta precisa ser extremamente reservado em sua percepção, no que toca aos seus próprios condicionamentos, à sua interpretação e ao seu modo de agir, para que possa vir à luz uma realidade significativa para o cliente. Isso requer dele constante treinamento, ânimo intrépido, liberdade com respeito a ideias e preconceitos e isenção de intenções diante daquilo que se mostra como uma realidade do relacionamento<sup>352</sup>.

Nesse diapasão, a primeira maneira de aplicabilidade do Direito Sistêmico – com a utilização da técnica da Constelação Familiar – remete-se a postura do aplicador, busca-se mudar o jeito de fazer e não o seu conteúdo, a fim de se possibilitar uma maior compreensão da situação fática e, por conseguinte, alcançar o justo, consubstanciado na equidade. Nesse ponto, o Operador do Direito alterará a sua postura, que será respeitosa, sistêmica (deverá ver as partes com tudo o que trazem consigo) e fenomenológica, tendo em mente as três leis inconscientes que organizam todo o sistema vivo, mas manterá fazendo as mesmas coisas<sup>353</sup>.

Portanto, serão procuradas quais leis sistêmicas foram violadas pelas partes e/ou pelo sistema, que as fizeram chegar naquele conflito, sob uma perspectiva carente de julgamento pelos juízes, promotores, defensores públicos e advogados. Eles podem atuar com intervenções breves e representação, para tanto, precisam estar dispostos a agir vendo além daqueles que os procuram, bem como todos os envolvidos como participantes

---

352 SCHNEIDER, J. R. **A prática das Constelações Familiares, base e procedimentos**. Tradução de Newton A. Queiroz. 1. Ed. Patos de Minas: Editora Atman, 2007, p. 106.

353 ROSA, A. P. **Entrevista: Direito Sistêmico e Constelação Familiar**. Jornal Carta Forense, 2016. Disponível em < <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/entrevistas/direito-sistêmico-e-constelacao-familiar/16914>>.

de um sistema, no qual foram vivenciadas coisas boas e ruins pelos seus ancestrais e isso reflete em todos os integrantes desse sistema<sup>354</sup>.

Em suma, à luz da obra *Constelação Familiares, o Reconhecimento das Ordens do Amor* de Bert Hellinger e Gabriele ten Hövel, retrata-se o método singular da Constelação Familiar. O cliente é convidado a escolher desconhecidos para representar os seus familiares em suas relações recíprocas. As pessoas escolhidas não recebem prévias informações, entretanto, vivenciam sentimentos e utilizam palavras semelhantes aos familiares representados e, até mesmo, reproduzem os seus sintomas. Ao serem solicitados a expressarem em movimento o que sentem, os representantes explanam uma dinâmica da alma que revela destinos ocultos pelo próprio cliente. Sendo que as vezes, fica apenas claro para o cliente os sentimentos dos representantes após se consultar com sua família.

Normalmente, podemos confiar nos representantes mesmo se não estiverem completamente presentes, estiverem intrometidos em seus próprios problemas ou, se por consideração, não se atreverem a exalar adequadamente o que sentem em seus papéis. Os parâmetros que comprovam que os representantes sentiram corretamente recaem sobre a surpresa do cliente, seus gestos de confirmação, o alívio e abertura liberadora para modificações, o saber interior, o seu assentimento e os efeitos produzidos sobre o ele e sua família. Nesse ponto, é reproduzido de maneira autêntica pelos representantes, coisas que não poderiam ter saído de conversa preliminar, v.g., a reação de um ente familiar.

Nesses casos, tem-se a atuação na dimensão anímica, eis que as constelações tocam em nossas almas. Nas constelações praticamente nada necessita ser informado, discutido ou contrariado. É alcançado algo essencial rapidamente, tornam-se plenamente presente destinos significativos e ocorrências para além do espaço e tempo. É vivenciado instantaneamente o que se denomina de *alma humana*<sup>355</sup>.

---

354 ROSA, A. P. **Direito Sistêmico: a Justiça Curativa, de Soluções Profundas e Duradouras**, p. 54.

355 Destaca Jakob, que “podemos chamar de alma a força invisível que congrega num todo as experiências parciais, de forma que o todo é mais do que a soma de suas partes e de suas funções. Ela não se identifica com nossa consciência, pois também inclui o inconsciente. Não se identifica com os processos fisiológicos e físicos em nosso corpo e em nosso cérebro, por mais que esteja indissolivelmente ligada a eles. Não se identifica com o nosso sentimento, embora ele seja a sua forma de expressão sensível. Ela não é o “núcleo” ou a “substância” de um todo; é, antes, um espaço que envolve uma totalidade viva e um “campo” que, abrangendo espaço e tempo, une e confere identidade a tudo o que constitui uma pessoa ou um grupo. Nessa perspectiva, poderíamos falar de uma alma individual como aquilo que faz de alguém essa determinada pessoa e congrega tudo o que lhe pertence: seu corpo, seu cérebro, seu espírito, seu pensamento, seu sentimento e sua ação, suas vivências, sua história - tudo o que fundamenta suas afirmações como um “eu”. (SCHNEIDER, 2007, p. 26)

## 2.2. AS LEIS DO AMOR

As constelações são regidas por três princípios, nomeadas de Leis do Amor por Bert Hellinger, que durante sua trajetória observou que os relacionamentos humanos e a constituição dos sistemas ou grupos sociais carecem da satisfação de três necessidades essenciais, que se manifestam de forma complexa e asseguram sua sobrevivência. Constituindo-se essas: (i) a necessidade de pertencimento ou de vinculação ao grupo; (ii) a necessidade de ordem, estruturação do sistema em relação: ao ingresso/tempo de chegada, à função e à hierarquia e; (iii) a necessidade de manter o equilíbrio de trocar, dar e receber, entre os membros.

As leis sistêmicas regem nossos comportamentos e exercem papel fundamental no equilíbrio e manutenção do sistema familiar. Atuam além do indivíduo, independentemente da vontade das pessoas. A todo o momento, o homem segue determinados padrões e normas para viver pacificamente em sociedade. No sistema familiar e nas relações como um todo não é diferente essa busca. A obediência deste campo familiar a uma hierarquia rígida deve ser respeitada, pois seu rompimento traz sérias consequências na ordem e harmonia familiar.

O princípio do pertencimento trata a inclusão e exclusão, de modo a tudo pertencer, visto que o sistema apenas se torna completo, no sentido de vinculação, com o reconhecimento e inclusão de todas as suas situações, questões e indivíduos, ao passo que as atitudes dos integrantes não possuem relevância para alterar o direito dele de pertencer ao sistema<sup>356</sup>. De acordo com Bert, se a consciência, agindo a serviço da pertinência, ligamos uns aos outros do grupo, também nos leva a excluir os que são diferentes e a lhes negar o direito de participação que reclamamos para nós<sup>357</sup>. A exemplificar:

Por exemplo, uma pessoa comete um crime e isso causa uma vergonha entre os familiares. Ele vai preso, cumpre sua pena, sai da prisão e passa a morar afastado de seus familiares. As pessoas passam a não comentar sobre o acontecido, evitam falar do passado e tentam apagar da história da família aquele membro. Ele passou a ser um inconveniente e uma “vergonha moral” para a família.

No entanto, essa lei demonstra que quando um membro familiar é assim visto pelos demais isso cria um efeito colateral. Essa lei atua

---

356 MELO, C. S. **As Constelações Familiares como Meio de Efetivação do Princípio Constitucional da Pacificação Social**. Belo Horizonte, 2015, p. 27/28.

357 SILVA, M. P. da. **Aplicação do Estatuto da Criança e do Adolescente Segundo a Abordagem Sistêmica Fenomenológica (do Ponto de Vista das Constelações Sistêmicas Familiares – Segundo Bert Hellinger)**. Curitiba, 2015, p. 64.

drasticamente fazendo com que esse membro do grupo seja incluído novamente de um jeito ou de outro, esteja ele vivo ou não.

Normalmente percebe-se que esse comportamento reprovável reaparece em alguma das gerações seguintes em forma de sintomas num dos jovens membros, como um neto ou bisneto (sem que eles saibam). Ou também, na forma de um problema de relacionamento entre membros como irmãos ou um casal.

Essa lei do Pertencimento também é válida para aquelas pessoas que foram prejudicadas em favor de alguém da família. Se por exemplo, um casal se une e essa união foi consequência de uma separação com um ex parceiro, a energia deste também pode atuar sobre os filhos desse casal. Essa é uma dinâmica das mais comuns verificadas por Hellinger. Um filho se comporta de modo inapropriado tendo ciúme de um dos pais, ou sendo tirano em casa, ele pode estar sofrendo os efeitos daquele ex parceiro da mãe que foi deixado de lado em favor da união dos pais. É quando a felicidade de alguém foi fruto da infelicidade de outro<sup>358</sup>.

Destarte, todo integrante do sistema tenta de tudo para pertencer, mesmo que para tanto seja necessário sofrer, se destruir, ser infeliz. Embora conscientemente o indivíduo almeje a felicidade, saúde e sucesso, a nível inconsciente não consegue fazer nada para se sentir melhor do que os outros, eis que isso significa ser diferente e a diferença não pertence ao sistema. Por viver da mesma forma que seus ancestrais, trata-se de lealdade a eles e a sua atual família. Assim, o membro não possui intenção de prosperar, ser feliz ou de se curar, a fim de continuar a pertencer ao sistema familiar<sup>359</sup>. Nesse liame, "Fazemos tudo para pertencer, inclusive permanecemos infelizes, pobres ou doentes. Não nos curamos, não prosperamos e não tornamos felizes para dizer aos nossos antepassados, à nossa família de origem e família atual: "eu sou um de vocês, eu sou leal"<sup>360</sup>.

No tocante à lei da compensação ou do equilíbrio, remete-se ao dar e receber, de modo que tudo o que é feito deve ser recompensado, positivamente ou não, haja vista que

---

358 TESCAROLLI; GONÇALVEZ *apud* MELO, C. S. **As Constelações Familiares como meio de efetivação do princípio constitucional da pacificação social**. Belo Horizonte, 2015, p. 28.

359 MELO, C. S. **As Constelações Familiares como Meio de Efetivação do Princípio Constitucional da Pacificação Social**. Belo Horizonte, 2015, p. 28.

360 GUEDES *apud* SILVA, M. P. da. **Aplicação do Estatuto da Criança e do Adolescente Segundo a Abordagem Sistemática Fenomenológica (do Ponto de Vista das Constelações Sistêmicas Familiares – Segundo Bert Hellinger)**. Curitiba, 2015, p.64.

a alma necessita retribuir o que deu e ser retribuída pelo oferecido. Assim, nos vinculamos ao sistema familiar saudavelmente pelos movimentos sincronizados entre se sentir endividado e credor<sup>361</sup>. Nas palavras de Bert e Gabriele, “bem no fundo da alma existe a necessidade de equilíbrio. Quem recebe algo tem a necessidade de recompensar, na mesma medida em que recebeu. Isso tem uma função social muito importante: possibilita o intercâmbio e a solidariedade. Um grupo mantém-se unido quando todos dão e recebem de modo equilibrado”<sup>362</sup>. Nesse ponto, exemplifica-se:

Entre casais cuja dinâmica compromete a Lei do Dar e Receber, um dá mais ao outro do que ele ou ela possam retribuir, prejudicando assim, o equilíbrio de troca. Nesse caso quem deu demais, sente-se no direito de cobrar e quem recebeu demais, sente-se na dívida e tem dificuldade de permanecer na relação.

Muitas vezes, num relacionamento afetivo quem deve e não consegue pagar, acaba indo embora. Isso diz respeito a tudo que se possa dar ou receber: carinho, cuidado, dinheiro, atenção, compreensão, tempo, proteção, tolerância, etc.

Quem deu em excesso também é responsável por sua atitude, pois ao dar demais acabou desrespeitando o outro na sua dignidade.

Isso acontece também quando queremos dar em excesso a algum irmão ou mesmo aos próprios pais. Por exemplo, dando mais dinheiro do que possam receber ou fazendo coisas que eles poderiam e deveriam fazer por si próprios. Muitas vezes ao fazer isso trazemos uma intenção consciente ou inconsciente de sermos vistos, amados, aceitos e reconhecidos. Entretanto, sem perceber acabamos causando incômodo aos outros e o reconhecimento que tanto desejávamos não acontece. Acreditamos então que a outra pessoa está sendo ingrata, ou seja, responsabilizamos o outro por nossos excessos<sup>363</sup>.

---

361 SILVA, M. P. da. **Aplicação do Estatuto da Criança e do Adolescente Segundo a Abordagem Sistêmica Fenomenológica (do Ponto de Vista das Constelações Sistêmicas Familiares – Segundo Bert Hellinger)**. Curitiba, 2015, p. 65.

362 HELLINGER, B.; HÖVEL, G.. **Constelação familiares, o Reconhecimento das Ordens do Amor**. 12ª impressão. São Paulo: Editora Cultrix, 2016, p. 41.

363 TESCAROLLI; GONÇALVEZ *apud* MELO, C. S. **As Constelações Familiares como meio de efetivação do princípio constitucional da pacificação social**. Belo Horizonte, 2015, p. 30.



Todavia, Bert diz ter o perdão eficaz capacidade de *equilibrar* ou *compensar* movimento de crédito e dívida não previamente compensado, ao passo que preserva a dignidade do credor e devedor. Logo, não é possível a reconciliação para uma situação descompensada sem o perdão que reconheça o genuíno remorso e aceite a adequada indenização<sup>364</sup>.

Acerca do princípio da ordem, trata-se da ideia de cada coisa ter o seu devido lugar, nele está incluso a necessidade da ordem, que é a necessidade de segurança proporcionada pela previsibilidade e convenção sociais. De certo, é estabelecida uma ordem para que o sistema continue atuante, de forma que quem chegou primeiro no sistema tem prevalência de grau. Sobre o tema:

Às vezes, a ordem original fica de cabeça para baixo. Se uma criança assumir algo no lugar de seu pai ou mãe, ela se coloca acima deles, por exemplo, quando assume uma culpa no seu lugar. Isto contraria a ordem original. Toda violação da ordem fracassa. Todas as grandes tragédias seguem o mesmo padrão, sejam elas as tragédias gregas, as de Shakespeare ou as em famílias. Nesse contexto há dois movimentos na alma do herói que se opõem. Quando, por exemplo, um filho assume algo no lugar de um pai tem a consciência tranquila. Sente que o ama e que é inconsciente, originou-se numa outra consciência, na consciência coletiva. Ao mesmo tempo, então, que o filho assume algo de consciência tranquila para o seu pai, viola uma outra ordem apesar da sua consciência tranquila ou, talvez justamente por tê-la tranquila. Por esse motivo fracassa, porque essa outra consciência castiga essa violação da ordem original com o fracasso e o declínio. Essa consciência da qual não nos damos conta é representada pelos deuses nas tragédias. Eles impõem a ordem original. Isso é a prova de que essa ordem tem precedência em relação à ordem da consciência tranquila<sup>365</sup>.

Por conseguinte, os membros de um sistema devem respeito às três supracitadas leis, que norteiam todas as relações, desde familiares, organizacionais, conjugais, visto que sua violação reflete em um desequilíbrio sistêmico, que ocasiona em problemas familiares,

---

364 MELO, C. S. **As Constelações Familiares como Meio de Efetivação do Princípio Constitucional da Pacificação Social**. Belo Horizonte, 2015, p. 29.

365 HELLINGER *apud* MELO, C. S. **As Constelações Familiares como meio de efetivação do princípio constitucional da pacificação social**. Belo Horizonte, 2015, p. 32.

comportamentos anormais e desproporcionais, alergias, traumas, depressões, angustias, para aquela pessoa ou para aquele contexto.

Nos casos concretos, é possível perceber que vários desses sintomas ou resultados inesperados já foram experimentados em alguma geração do sistema e, por isso, ocorre novamente. Ainda que em futura geração, o dano sistêmico causado deve ser reparado. Logo, o que é feito é reconhecer o dano para poder o reparar e, permitir, assim, que o sistema volte ao equilíbrio<sup>366</sup>.

Diante disso, acredita-se na necessidade de se resolver conflitos por meio da abordagem sistêmica, a fim de se evitar a violação às leis do amor que atuam nos sistemas familiares, permitindo, desse modo, obter soluções efetivas e duradouras para as discussões das matérias em âmbito de Direito das Famílias. Afinal, se a justiça é a excelência moral perfeita e a equidade está diretamente ligada à justiça e ainda de forma superior, nos casos em que o Operador do Direito negligencia quanto à equidade, estaria, pois, sendo injusto e não virtuoso. Como reflexo, tem-se a tentativa de impedir que as causas continuem atuando e voltando sempre, de forma diferente, ao Judiciário, bem como, em permitir que o bem-estar dos envolvidos seja atendido de forma permanente, haja vista o caráter eudemonista da sociedade e, a justiça é justamente o que proporcionará a felicidade. "A valorização dada por Aristóteles à justiça reside no fato de que, na busca pela felicidade, o sentimento de injustiça é um doloroso rival"<sup>367</sup>.

### **3. PONDERAÇÕES ACERCA DO LIVRO I – ÉTICA A NICOMÂCO**

Nesta parte, Aristóteles se empenha no caminho da felicidade, entendendo como um conjunto ético sobre agir virtuoso, própria da excelência humana e que não é fruto de sorte – trata-se de uma ética eudemonista. O ponto de partida da teoria ética de Aristóteles é a felicidade, no seu entender, as pessoas são criaturas racionais, que tomam decisões que levarão ao seu sumo útil. Como seres racionais, a nossa felicidade vem das nossas escolhas que fazemos por meio da razão, desenvolvendo o que é melhor para nós ao longo prazo.

O filósofo grego retrata a felicidade como uma atividade da alma, o que está atrelado as ações humanas comissivas ou omissivas. "A felicidade é, portanto, algo absoluto e autossuficiente, sendo também a finalidade da ação"<sup>368</sup>. Desse modo, a

---

366 SILVA, M. P. da. **Aplicação do Estatuto da Criança e do Adolescente Segundo a Abordagem Sistêmica Fenomenológica (do Ponto de Vista das Constelações Sistêmicas Familiares – Segundo Bert Hellinger)**. Curitiba, 2015, p. 66.

367 CHALITA, G. Aristóteles e o direito. Tomo Teoria Geral do Direito, Edição 1, Abril de 2017. Disponível em <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/11/edicao-1/aristoteles-e-o-direito>>.

368 ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. 4. ed. Tradução de Leonel Vallandro e Gerd Bornheim da versão inglesa de W. D. Ross. São Paulo: Nova Cultural, 1991, p. 13.

felicidade está fundamentada na ideia de o ser humano possuir função própria, relacionada a sua essência. Ora, se a finalidade da ação é a felicidade, no processo judicial, as partes, em verdade, buscam justamente por esse sentimento. Nesse diapasão:

A vida humana é um fenômeno ativo, desde o momento do nascimento, até todos os dias da vida. Toda a ação humana deve ter em mente este fim para o qual o homem foi criado, a felicidade. Desde as pessoas mais simples até os mais letrados há um consenso de que se há uma verdade única, esta verdade é que todos almejam a felicidade. Erram, ao não buscá-la, mais por ignorância do que por intento. Em tese, quem conhece o que, de fato, realiza o ser humano a busca.<sup>369</sup>

Não obstante, na atualidade, a felicidade tem sido contemplada pelo Direito das Famílias, motivo pelo qual, ensejou o aprofundamento do princípio eudemonista no contexto jurídico, bem como possibilitou a existência de diversos arranjos familiares. Afastando-se as dogmáticas impostas pela cultura do litígio, como mecanismo de promoção de justiça e felicidade.

Assevera Aristóteles, ser essencial a busca por um bem na vida ativa do indivíduo, não sendo admissível pensar em um bem único para todas situações. Tal bem, encontra-se no campo da prática, para dar sentido à existência da espécie humana. Sendo de suma importância o conhecimento das características desse bem, como forma de demonstração da racionalidade do homem, que não pleiteia apenas por um bem para si, mas o maior e melhor bem<sup>370</sup>. Nos dizeres do estagirita: “Semelhantes a arqueiros que têm um alvo certo para a sua pontaria, não alcançaremos mais facilmente aquilo que nos cumpre alcançar?”<sup>371</sup>.

Desta feita, torna-se imprescindível que, para a análise dos dilemas familiares trazidos ao Poder Judiciário, seja empreendido um olhar atento às verdades ocultas dos litigantes, com o fito de se alcançar a equidade, portanto, o justo e a felicidade às partes. Isto porque, além da instrução probatória comum limitar a compreensão do magistrado como um todo no tocante ao caso em particular, as longas demandas processuais não

---

369 CHALITA, G. Aristóteles e o direito. Tomo Teoria Geral do Direito, Edição 1, Abril de 2017. Disponível em <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/11/edicao-1/aristoteles-e-o-direito>>.

370 SACALOSKI, I. D. Ética das Virtudes e educação em Aristóteles. Dissertação (mestrado). Universidade de São Judas. São Paulo, 2015. Disponível em: < [https://usjt.br/biblioteca/mono\\_disser/mono\\_diss/2015/313.pdf](https://usjt.br/biblioteca/mono_disser/mono_diss/2015/313.pdf) >. P. 20/21

371 ARISTÓTELES. Ética a Nicômaco. 4. ed. Tradução de Leonel Vallandro e Gerd Bornheim da versão inglesa de W. D. Ross. São Paulo: Nova Cultural, 1991, p. 4.

permitem a cicatrização de feridas e potencializam as mágoas. A ferramenta da constelação familiar fortifica a tendência de minimização dos danos, ao possibilitar a escuta ativa e a compreensão como um todo do julgador no caso concreto e vai além, os próprios litigantes que encontraram a solução para o seu conflito. Até porque, para Aristóteles, a sabedoria cria a felicidade.

## CONCLUSÃO

A proposta de estudar a obra *Ética a Nicômaco*, de Aristóteles, recai na crença de encontrar uma orientação na pacificação dos litígios familiares. O tema se demonstra importante, haja vista que o pensamento aristotélico é interpretação das questões inerentes a sua época e que ainda soam como respostas para a atualidade.

Nesse ponto, a instrução processual seria prejudicial, pois proporcionaria a violação das leis sistêmicas (pertencimento, equilíbrio e ordem) e da postura sistêmico-fenomenológica. Isto porque, a Justiça enxerga os problemas apenas por meio da lei e não olha para as pessoas e para os sistemas delas; não compreende que os interesses de uma parte somente serão contemplados se os da outra também os forem. Nessa seara, entende Aristóteles, que o justo não é apenas o que está em conformidade com a lei, mas também o que, ao mesmo tempo, respeita a equidade.

Ao julgador não lhe é permitido ter acesso a todas as informações, haja vista que, via de regra, as partes detêm verdades ocultas, que jamais serão reveladas em processos judiciais. Sendo assim, cabe a ele a mera aplicação da letra fria da lei, sem observância a equidade, o que acarreta em injustiça e, por conseguinte, na impossibilidade de se alcançar a felicidade – finalidade de toda ação humana.

Em atenção à necessidade estatal de proporcionar o efetivo cuidado às estruturas familiares, compreendidas como a base da sociedade pela Constituição Federal de 1988<sup>372</sup>, o presente estudo teve como objetivo geral analisar a Constelação Familiar como meio alternativo de resolução de conflitos, com o intuito de se debater a justiça eficiente para a efetividade dos direitos no mundo contemporâneo, com olhar crítico das ponderações Aristotélicas. De forma a expor a prática inovadora da Constelação Familiar Sistêmica e a sua aplicabilidade na resolução dos litígios no âmbito do Direito das Famílias, promovendo a viabilidade da aplicação de sua técnica na Justiça Brasileira, frente ao modelo multiportas, inaugurado pelo Novo Código de Processo Civil. E, entende-se estar também em conformidade com o pensamento Aristotélico, uma vez que as faculdades do

---

372 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Art. 226: A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

justo e equidade advêm da sabedoria (do aprendizado prático), sendo assim, permite o debruçamento aos meios alternativos, a fim de tornar as pessoas propensas a fazer o justo.

À vista disso, a Constelação Familiar demonstra enorme potencial de possibilitar a resolução ou solução consciente do conflito construída pelas próprias partes envolvidas, prosperando a (re)estruturação dos vínculos afetivos, bem como consolidando o papel da jurisdição como verdadeiro instrumento de pacificação social, de maneira mais célere e eficaz. O sistema de constelação permite que os juízes, advogados, partes enxerguem as reais causas dos conflitos, inclusive às dimensões ocultas, escondidas, manipuladas. Acredita-se que tal metodologia, permite o comportamento dos Operadores de Direito conforme a Régua de Lebos, ao não limitar o jurista ao mero cumpridor cego e burocrático das normas.

Em suma, este trabalho é desenvolvido na tentativa de compreender as questões sobre o tema escolhido, realizado por meio de prévios estudos sobre a obra *Ética a Nicômico* e seus impactos atuais, bem como de estudos acerca da abordagem sistêmica, contemplando os seus aspectos e a realização de Constelações familiares. Sendo o pensamento sistêmico sugerido como uma outra ferramenta - além das já atuantes -, na resolução de litígios judiciais, com o intuito de se permitir uma postura fundamentada na equidade dos Operadores de Direito e, em consequência alcançar o justo e a felicidade.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUIAR, C. N. **A humanização do sistema processual como forma de realização dos princípios constitucionais: mediação e justiça restaurativa**. Tese (Mestrado em Direito) – Centro Universitário de Toledo. Araçatuba, 2007. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp075327.pdf>>. Acesso em 17 de novembro de 2021.

ALMEIDA, R. A.; ALMEIDA, T.; CRESPO, M. H. **Tribunal Multiportas: investindo no capital social para maximizar o sistema de solução de conflitos no Brasil**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2012.

ANDRADE, L. de A. **A família e suas heranças ocultas**. Fortaleza, Edição da Autora, 2008.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômico*. 4. ed. Tradução de Leonel Vallandro e Gerd Bornheim da versão inglesa de W. D. Ross. São Paulo: Nova Cultural, 1991.

AZEVEDO, A. G. de; BUZZI, M. A. **Novos desafios para a mediação e a conciliação no CPC: artigo 334**. 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-nov->

11/novos-desafios-mediacao-conciliacao-cpc-artigo-334> Acesso em 28 de novembro de 2021.

BARBOSA, Á. A. **Mediação familiar interdisciplinar**. São Paulo: Atlas, 2015.

BARBOSA, O. P.; SILVA, C. A. da. **Os métodos consensuais de solução de conflitos no âmbito do novo Código de Processo Civil brasileiro (Lei nº 13.105/15)**. 2015. Disponível em:

<[http://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/noticias/arquivos/copy5\\_of\\_artigo.pdf](http://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/noticias/arquivos/copy5_of_artigo.pdf)>. Acesso em 17 de novembro de 2021.

BORGES, B. T.; AZEVEDO, G. X.; SANTOS, K. de B. **Contestação Familiar e sua Influência para o Direito de Família Brasileiro**. 2020. Disponível em: <<http://recifaqui.faqui.edu.br/index.php/recifaqui/article/view/20/7>>. Acesso em 17 de novembro de 2021.

BRAGA, A. L. **Psicopedagogia e constelação familiar sistêmica: um estudo de caso**. 2009. Disponível em: <<http://pepsic.bvsalud.org/pdf/psicoped/v26n80/v26n80a12.pdf>>. Acesso em 17 de novembro de 2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em 17 de novembro 2021.

BRASIL. LEI Nº 8.069, DE 13 DE JULHO DE 1990. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Legislação Federal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8069Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069Compilado.htm)>. Acesso em 20 de novembro de 2021.

BRASIL. LEI Nº 10.406, DE 10 DE JANEIRO DE 2002. **Código Civil**. Legislação Federal. 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 17 de novembro de 2021.

BRASIL. LEI Nº 13.105, DE 16 DE MARÇO DE 2015. **Código de Processo Civil**. Legislação Federal. 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 17 de novembro de 2021.

CABRAL, M. M. **Os meios alternativos de resolução de conflitos: instrumentos de ampliação do acesso à justiça**. Porto Alegre: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Departamento de Artes Gráficas, 2013.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. Sugestão Legislativa 41, de 15 de dezembro de 2015. **Dispõe sobre o emprego da constelação sistêmica como um instrumento de mediação entre particulares a fim de assistir a solução de controvérsias**. 2015. Disponível em:

<<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2074876>>  
. Acesso em 20 de novembro de 2021.

CAPRA, F.; LUISI, P. L. **A visão sistêmica da vida, uma concepção unificada e suas implicações filosóficas, políticas, sociais e econômicas**. 1 ed. São Paulo: Editora Cultrix, 2014.

CARMO, M. S. **Uma breve apresentação sobre a constelação sistêmico-fenomenológica**. São Paulo, Atlas, 2015.

CÉSPEDES, A. S. **A Constelação Familiar aplicada ao Direito Brasileiro a partir da Lei de Mediação**. Tese (Graduação) - Centro de Ciência Jurídicas, Departamento de Direito. Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2017. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/177310/A%20Constela%20a%20Familiar%20aplicada%20ao%20Direito%20Brasileiro%20a%20partir%20da%20Lei%20de%20Media%20a%20o..pdf?sequence=3&isAllowed=y>>. Acesso em 20 de novembro de 2021.

CHALITA, G. Aristóteles e o direito. Tomo Teoria Geral do Direito, Edição 1, Abril de 2017. Disponível em <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/11/edicao-1/aristoteles-e-o-direito>>. Acesso em 02 de dezembro de 2021.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010. **Resolução Nº 125**. Disponível em: < <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/156>>. Acesso em 20 de novembro de 2021.

CUNHA, R. R. **O emaranhamento de destinos no tratamento de conflitos: A Constelação Familiar no Judiciário brasileiro**. Tese (Especialização) – Programa de Pós-Graduação do Departamento de Antropologia, Universidade de Brasília. Brasília 2020. Disponível em: <[https://repositorio.unb.br/bitstream/10482/38554/1/2020\\_RaissaRomanoCunha.pdf](https://repositorio.unb.br/bitstream/10482/38554/1/2020_RaissaRomanoCunha.pdf)>. Acesso em 29 de novembro de 2021.

DIAS, M. B. **Manual de direito das famílias**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

FACHIN, L. E. **Direito além do novo Código Civil**. Porto Alegre: Síntese. IBDFAM. v. 5 n. 17 abr/maio 2003.

FARIAS, C. C. de; ROSENVALD, N. **Curso de Direito Civil**. Vol. 6: famílias. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Atlas, 2015.

GONÇALVES, C. R. **Direito Civil Brasileiro**. 6º Vol.: Direito de Família. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

HELLINGER, B. **O amor do espírito**. 3 ed. Belo Horizonte: Editora Atman, 2015.

\_\_\_\_\_. **A fonte não precisa perguntar pelo caminho**. Traduzido por Eloisa Giancoli Tironi Tsuyuko Jinno Spelter. Revisado por Wilma Costa Gonçalves Oliveira. 1 ed. Patos de Minas: Editora Atman, 2004.

\_\_\_\_\_. **Ordens do amor: um guia para o trabalho com constelações familiares**. São Paulo: Editora Cultrix, 9ª reimpressão, 2016.

\_\_\_\_\_. **Para que o amor dê certo: o trabalho terapêutico de Bert Hellinger com casais**. 2ª ed. São Paulo: Cultrix, 3ª reimpressão, 2016.

\_\_\_\_\_. **Leis sistêmicas na assessoria empresarial**. Belo Horizonte: Atman, 2014.

HELLINGER, B.; HELLINGER, S. **Hellinger Sciencia**. Disponível em <<http://www2.hellinger.com/en/home/>>. Acesso em 17 de novembro de 2021.

HELLINGER, B; HÖVEL, G. **Constelação familiares, o reconhecimento das ordens do amor**. 12ª impressão. São Paulo: Editora Cultrix, 2016.

HELLINGER, B.; WEBER, G.; BEAUMONT, H. **A simetria oculta do amor**. 6ª impressão. São Paulo: Editora Cultrix, 2015.

JACINTO, E. **Sobre Bert Hellinger – esboço biográfico**. Do Blog Constelações Familiares, Método Psicoterapeuta. Disponível em <<http://www.cf-evajacinto.pt/constelacoes-familiares/bert-hellinger/biografia-bert-hellinger/>>. Acesso em 17 de novembro de 2021.

JÚNIOR, W. E.; REIS, L. M. **A constelação familiar na (re)estruturação dos vínculos afetivos**. Civilistas.com. 2020. Disponível em: <<https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/487/511>>. Acesso em 29 de novembro de 2021.

MANNÉ, J. **As Constelações Familiares em sua vida diária**. 4. reimpressão. São Paulo: Editora Cultrix, 2015.

MATURANA, H. R.; VARELA, F. J. **A árvore do conhecimento, as bases biológicas da compreensão humana**. 9 ed. São Paulo: Editora Palas Athena, 2011.

MELLO, L. P. **Multiparentalidade à luz do Direito Sistêmico**. Tese (Graduação). Centro de Ciências Humanas e Sociais Aplicadas, Faculdade de Direito. Pontifícia Universidade Católica de Campinas. Campinas, 2016.



MELO, C. S. **As Constelações Familiares como meio de efetivação do princípio constitucional da pacificação social.** Belo Horizonte, 2015.

MORAU, C. **Ética a Nicômaco – Livro V.** Disponível em < <https://jus.com.br/artigos/70017/etica-a-nicomaco-livro-v> >. Acesso em 17 de novembro de 2021.

MUNIZ, T. L.; SILVA, M. C. da. **O modelo de tribunal multiportas americano e o sistema brasileiro de resolução de conflitos.** Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, Porto Alegre, n. 39, vol. esp. p. 288-311, dez. 2018. Disponível em <<https://seer.ufrgs.br/revfacdir/article/view/77524>>. Acesso em 17 de novembro de 2021.

NEVES, L. F. **A viabilidade jurídica do uso das Constelações Familiares no Ordenamento Jurídico Pátrio.** Tese (Graduação) – Centro de Ciências Jurídicas e Sociais. Universidade Federal de Campina Grande. Sousa, 2019. Disponível em: <<http://dspace.sti.ufcg.edu.br:8080/jspui/bitstream/riufcg/13313/1/LUCAS%20F%c3%89LI%20DA%20SILVA%20NEVES%20TCC%202019.pdf>>

PINHEIRO, J. **Sorriso: sessão de constelação evita divórcio.** Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso. 2015. Disponível em: <<http://www.tjmt.jus.br/Noticias/41575#.WDXyE7IrJ0z>>. Acesso em 3 de novembro de 2021.

RODRIGUES, S. **Direito Civil.** 6º Vol.: Direito de Família. 28 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

ROSA, A. P. **Entrevista: Direito Sistêmico e Constelação Familiar.** Jornal Carta Forense, 2016. Disponível em < <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/entrevistas/direito-sistêmico-e-constelacao-familiar/16914> >. Acesso em 17 de novembro de 2021.

SACALOSKI, I. D. **Ética das Virtudes e educação em Aristóteles.** Dissertação (mestrado). Universidade de São Judas. São Paulo, 2015. Disponível em: < [https://usjt.br/biblioteca/mono\\_disser/mono\\_diss/2015/313.pdf](https://usjt.br/biblioteca/mono_disser/mono_diss/2015/313.pdf) >.

SCHNEIDER, J. R. **A prática das Constelações Familiares, base e procedimentos.** Tradução de Newton A. Queiroz. 1. Ed. Patos de Minas: Editora Atman, 2007.

SILVA, I. de A. **Justiça, uma virtude? Sobre o Livro V de Ética a Nicômaco.** Revista Poiesis. Montes Claros, v.13, n.2,p.69-78, jan/dez-2016. P. 75/76. Disponível em: < <https://www.periodicos.unimontes.br/index.php/poiesis/article/view/1680/1839> >. Acesso em 20 de novembro de 2021.

SILVA, M. P. da. **Aplicação do Estatuto da Criança e do Adolescente segundo a abordagem sistêmica fenomenológica (do ponto de vista das Constelações Sistêmicas Familiares – segundo Bert Hellinger)**. Tese (Graduação). Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Curitiba, 2015.

SILVA, W. L. **O trabalho do juiz sob a perspectiva Sistêmica**. Revista TRT 18.

SOUSA, D. S. **A Constelação Familiar Sistêmica e a Mediação: a busca pela pacificação no Direito de Família**. Recife, 2018.

STORCH, S. **O que é o Direito Sistêmico?** Blog no WordPress.com: Direito Sistêmico. Artigo publicado em 2010. Disponível em <<https://direitosistemico.wordpress.com/2010/11/29/o-que-e-direito-sistemico/>>. Acesso em 17 de novembro de 2021.

\_\_\_\_\_. **Entrevista: Reconciliação: um novo olhar para a vida**. Viver Bem em Revista. Set/Out 2015. Disponível em <[https://direitosistemico.files.wordpress.com/2015/10/revista-viver\\_bem\\_28\\_entrevista-com-sami-storch.pdf](https://direitosistemico.files.wordpress.com/2015/10/revista-viver_bem_28_entrevista-com-sami-storch.pdf)>. Acesso em 29 de novembro de 2021.

VALADARES, G. C. **Constelação Familiar no Poder Judiciário Brasileiro: humanização do Direito e ampliação da cidadania nos tribunais de justiça multiportas**. Tese (Mestrado) – Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos. Universidade Federal do Tocantins. Palmas, 2020. Disponível em: <<http://repositorio.uft.edu.br/bitstream/11612/2177/1/Gilson%20Coelho%20Valadares%20-%20Disserta%20a7%20a3o.pdf>>. Acesso em 20 de novembro de 2021.

VASCONCELLOS, M. J. **Pensamento Sistêmico, o novo paradigma da Ciência**. 10. ed. rev. e atual. Campinas: Editora Papyrus, 2015.

WELTER, B. P. **Teoria Tridimensional no Direito de Família**. Porto Alegre: 2012. Disponível em: <[http://www.amprs.org.br/arquivos/revista\\_artigo/arquivo\\_1342124687.pdf](http://www.amprs.org.br/arquivos/revista_artigo/arquivo_1342124687.pdf)>. Acesso em 20 de novembro de 2021.

## 15 ANOS DA LEI MARIA DA PENHA: O DIREITO HUMANO À SEGURANÇA PESSOAL COMO EMANCIPAÇÃO E LIBERDADE FEMININA

**CAROLINA CARAN DUQUE:**

Mestranda em Direitos Humanos pelas PUC/SP; Especialista em Direito Constitucional pelo Damásio Educacional e Direito do Trabalho e Direito Processual do Trabalho pela FAAP. Assistente Judiciário de Primeira Instância no Tribunal de Justiça de São Paulo.

**Resumo:** O presente trabalho tem por objetivo analisar os aspectos da Lei n. 11.340/2006, conhecida como “Lei Maria da Penha” sob a perspectiva do direito humano à segurança pessoal como fundamental para emancipação e liberdade das mulheres. Nesse sentido, verifica-se o conceito de Segurança Humana que tem por finalidade promover a proteção de liberdades essenciais para os indivíduos. Nessa direção, o artigo tem como escopo demonstrar que as políticas públicas destinadas à promoção de segurança estrutural às mulheres pelo Brasil, são essenciais para a garantia da dignidade da pessoa humana, e, conseqüentemente sua emancipação e liberdade, e examinará a importância do marco legislativo de combate à violência contra mulheres no Brasil. Foi utilizada a pesquisa teórico-dogmática, sendo abordados estudos de doutrinadores, jurisprudências e artigos científicos, e em caráter transdisciplinar, informações históricas, sociológicas e dados estatísticos, a fim de sustentar os fundamentos teóricos dos princípios e teorias jurídicas analisadas para o esclarecimento do assunto.

**Palavras-chaves:** Direitos Humanos. Direito à Segurança Pessoal. Segurança Humana. Direito das Mulheres. Violência contra mulheres.

**Abstract:** The present work aims to analyze the aspects of Law n. 11.340/2006, known as “Lei Maria da Penha” under the perspective of the human right to personal security as fundamental for the emancipation and freedom of women. In this sense, it will verify the concept of Human Security, which aims to promote the protection of essential freedoms for individuals. In this sense, the article aims to demonstrate that public policies aimed at promoting structural security for women throughout Brazil are essential to guarantee the dignity of the human person, and, consequently, their emancipation and freedom, and will examine the importance of the framework to combat violence against women in Brazil. Theoretical-dogmatic research was used, addressing studies by scholars, jurisprudence and scientific articles, and in a transdisciplinary way, historical, sociological and statistical

information, in order to support the theoretical foundations of the legal principles and theories analyzed to clarify the subject .

**Key-Words:** Human rights. Right to Personal Security. Human Security. Women's Rights. Violence against women.

**Sumário:** Introdução; 1. Da violência contra a mulher e a violência doméstica 2. Da relação entre dignidade, igualdade e liberdade humanas 3. Direito humano à segurança pessoal, segurança humana e segurança da mulher 3.1 Normatização internacional e brasileira sobre a segurança da mulher 3.2 A Lei Maria da Penha 4. A segurança humana como liberdade e emancipação feminina. Conclusão. Referências Bibliográficas.

## **Introdução**

A violência contra mulher é realidade preocupante no cenário pátrio, o qual ocupa o quinto lugar no planeta em número de feminicídios com dados estatísticos alarmantes que demonstram que, no período de um ano, 17 milhões de brasileiras sofreram algum tipo de violência, ameaça ou agressão. Não obstante o contexto jurídico normativo mundial alicerçar-se no “princípio dos princípios” da dignidade da pessoa humana, a sociedade brasileira mantém sua tradicional cultura patriarcalista, com estereótipos de gênero incorporados na estrutura social, política e jurídica e a submissão feminina segue sendo um aspecto relevante da têmpera social do Brasil.

A análise da violência de gênero passa pela sua conceituação do ordenamento pátrio e nos tratados e convenções internacionais de direitos humanos, os quais integram, segundo parte da doutrina, o bloco de constitucionalidade brasileiro, e, em que pese a violência em si seja um fenômeno presente na estrutura global em quaisquer momentos históricos, aquela na qual as mulheres estão inseridas possuem contornos específicos e características próprias com o poder de, aliada a demais formas de opressão, exacerbar a vulnerabilidade desse grupo.

A aplicação do princípio da dignidade humana provoca divergência jurisprudencial e doutrinária, muitas vezes utilizado para defesa de direitos diametralmente opostos entre si. Outrossim, inegável que a Constituição Federal conferiu não apenas fundamentalidade material, mas também formal, alçando o referido princípio à um dos fundamentos da República Brasileira, ao lado do qual figura, em intrínseca relação, os princípios da liberdade e igualdade.

A erradicação de qualquer forma de violência contra a mulher, é essencial para a efetividade dos direitos humanos, sendo questão central na agenda civilizatória dos últimos séculos e configurando uma das principais preocupações e objeto de enfrentamento do Estado brasileiro e da sociedade como um todo. A estrutura de poder

na sociedade brasileira privilegia o gênero masculino e o tema demanda princípios de ação afirmativa que tenham por objetivo implementar ações destinadas a corrigir as desigualdades de grupos sociais que sejam histórica e sistematicamente discriminados e promover a sua inclusão social através de políticas públicas específicas, conferindo às tratamentos diferenciados que permita que sejam compensadas as desvantagens sociais decorrentes da situação de discriminação e violência a que estejam expostas.

Nesse cenário, verifica-se o conceito de Segurança Humana, apresentado pela primeira vez em 1994 pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD) e que ampliou os fundamentos do que se entende por desenvolvimento humano e segurança em oposição ao conceito restrito de segurança que se limitava à luta contra as guerras. A Segurança Humana destina-se a promover a proteção e garantia de duas liberdades essenciais para os indivíduos, quais sejam, a liberdade de viver sem temor e a liberdade de viver sem carência. O desenvolvimento humano surge como seu principal paradigma e por essa razão é orientado para as pessoas e não para os governos.

O marco normativo da Lei n.º 11.340/2006, também conhecida como Lei Maria da Penha surge como um instrumento positivado visando criar políticas públicas de combate à violência de gênero, a qual se insere num alargado contexto de atuação estatal na garantia de direitos humanos fundamentais. Seu objetivo expresso é promover a prevenção e o enfrentamento, em particular, da violência doméstica, assim entendida em seu caráter amplo como aquela ocorrida contra a mulher em seu contexto familiar e afetivo ou em razão da sua condição feminina promovendo sua segurança contra quaisquer tipos de violência ou agressão.

Na medida que atuação estatal falha, não apenas permitindo a reiterada violação da dignidade humana, mas também impedindo justamente a parcela da população mais lesada em seus direitos de obter sua tutela para cessar e reparar tais lesões, perpetua e reproduz as violências a que as mulheres estão expostas. Em sociedades com profundas desigualdades e com uma grande parte da população em situação de vulnerabilidade, a concretização dos direitos humanos sociais fundamentais e os instrumentos de pacificação social devem caminhar em harmonia norteando a atividade do Estado.

Muito embora a violação aos direitos humanos sociais e fundamentais ocorra de forma sistêmica e histórica no Brasil, a violência contra a mulher é condição particularmente gravosa pois afeta os níveis de dignidade humana em suas diversas esferas e suas consequências vem sendo sentidas por toda sociedade. Nesse sentido, busca-se analisar a garantia de segurança pessoal e humana, através da aplicação da Lei Maria da Penha, como instrumento de transformação social para emancipação e garantia de liberdade

feminina, a fim de que se tente compreender quais preceitos podem ser utilizados para erradicar esse trágico quadro.

## **1. Da violência contra a mulher e da violência doméstica**

A Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher, também conhecida como Convenção do Belém do Pará de 1994, promulgada no ordenamento pátrio pelo Decreto n.º 1.973/96, define como violência contra a mulher “qualquer conduta, de ação ou omissão, baseada no gênero, que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, no âmbito público ou privado.”

Muito embora a violência seja um fenômeno social presente nas sociedades humanas em quaisquer momentos históricos, atingindo estados e populações de forma global e cuja conceituação é constantemente modificada, a violência contra as mulheres ganha contornos específicos, apenas recentemente obtendo destaque e visibilidade através do mundo.

As causas e enfrentamento dessa modalidade de violência, possui questões extremamente complexas, demandando esforço multidisciplinar e atuação de diversas esferas estatais e segmentos da sociedade, uma vez que de difícil identificação.

Ao tratar da origem etimológica da palavra violência, Marilena Chaui aponta os seguintes conceitos: 1) a desnaturação, ou seja, agir com força para contrariar a natureza de alguém, 2) a coação ou constrangimento, tal qual ato de força que contrarie a vontade e a liberdade de alguém 3) a violação, ato que viola algo valorizado de forma positiva por uma sociedade; 4) espólio ou injustiça, ou seja, atos de transgressão contra atuações e coisas que alguém ou uma sociedade definem como sendo direitos ou justas. Em suma, a autora define a violência como “ato de brutalidade, sevícia e abuso físico e/ou psíquico contra alguém e caracteriza relações intersubjetivas e sociais definidas pela opressão e pela intimidação, pelo medo e pelo terror.” (CHAUI, p.35-36)

Já Hanna Arendt, ao promover uma reflexão filosófica a respeito da relação entre poder e violência, aponta que muito embora sejam fenômenos distintos, são equiparáveis e muitas vezes relacionados. A autora caracteriza a violência como instrumento para o exercício do poder, do vigor e da autoridade, dos quais se distingue. Esta última, por sua vez não exige coerção nem persuasão para seu reconhecimento, mas, na medida que há um decréscimo de poder e de autoridade, a tendência é que seja substituído pela violência. (ARENDR, 2021)

Tradicionalmente, as sociedades conferem ao gênero feminino o papel na estrutura familiar de esposa, cuidadora e mãe, sua vivência é primordialmente na esfera privada ao passo a construção social do gênero masculino ocorre na esfera pública e no

mercado de trabalho, como protetor e provedor da família. Dessa forma homens e mulheres vivenciam a violência de formas diferentes.

Nota-se que a violência de gênero envolve a determinação social, histórica, sistemática e estrutural dos papéis masculino e feminino, aos quais se atribuem importância e valorização diferenciadas, guardando relação com o poder daquele sobre este. Maria Amélia Teles e Mônica de Melo entendem que se a relação violenta entre os gêneros é fruto do poder de dominação do homem e a consequente submissão da mulher, consolidados ao longo da história. (TELES E MELO, 2002)

Os códigos de conduta que acompanham os papéis sociais de cada gênero, estabelecidos no processo de educação e formação diferenciados, atribui ao homem controle das circunstâncias e à mulher, mera participação. Assim, delas é esperado "rituais de entrega, contenção de vontades, recato sexual, vida voltada a questões meramente domésticas, priorização da maternidade" (BIANCHINI, p. 35) numa verdadeira hierarquia de autoridade, cenário que produz condições para que o homem se sinta legitimado a utilizar a violência para exercer e manter seu controle sobre o comportamento feminino.

Mesmo após a consagração do princípio da igualdade pela norma constitucional brasileira e a crescente participação das mulheres no mercado de trabalho e funções públicas, espaços públicos anteriormente ocupados pelos homens, os estereótipos de papéis masculino e feminino permanecem enraizados, não apenas no ordenamento moral e ético da sociedade, mas inclusive no aspecto jurídico.

Nota-se que o Código Civil vigente até 2002 dispunha que ao marido cabia a chefia das relações conjugais. Ademais, conforme bem aponta André Stefan, o Brasil, não obstante ser reconhecido mundialmente pelo "mito do erotismo", possui ainda amarras moralistas e conservadores bastante fortes, especialmente no que se refere às questões relacionadas à sexualidade e às questões de gênero. O autor destaca que "basta ver que até metade dos anos 2000 ainda eram crimes no Código Penal o adultério, a sedução, o rapto consensual, isso sem falar da vetusta expressão "mulher honesta" antes presente em alguns dispositivos " conceitos ideológicos que ainda fazem parte da estrutura social brasileira. (ESTEFAM, p. 21)

A violência contra a mulher, guarda particular relação com a lógica patriarcal estrutural que designa um papel de inferioridade e submissão à condição feminina, a quem incumbem "o recato, a pureza, a subserviência, a maternidade, as emoções, as coisas do lar, o cuidado para com o homem etc." Aquelas que atuam de forma a romper com esse padrão, ou seja, não se comportam da forma "própria do seu gênero", são, com frequência, "punidas". Por essa lógica, às mulheres não cabe desviarem-se do comportamento afetivo e sexual esperado uma vez que "a traição, a liberdade, a decisão de permanecer ou terminar

um relacionamento, a possibilidade mesma de abandonar a família – é prerrogativa exclusiva do macho. ” (ABBOUD, SANTOS E KROSCHINSKY, 2021).

Nesse sentido, conforme a autoridade masculina é questionada através do comportamento feminino em dissonância com o modelo patriarcal, a honra dos homens deve ser reestabelecida através do exercício da violência, trazendo para essas relações a lógica arendtiana.

Embora ocorra com frequência no ambiente doméstico e familiar, a violência contra a mulher ultrapassa suas relações afetivas, ocorrendo também na esfera pública. Note-se que o conceito de violência contra a mulher é gênero da qual a violência doméstica é espécie. Ela se manifesta também em contextos não familiares como nas relações escolares e laborais e ou, ainda, de forma institucional, seja pelas instituições públicas ou privadas, relações de trabalho, na busca da prestação de serviços públicos e da tutela estatal ou em algumas relações de consumo. Em suma, está estruturada nas práticas cotidianas e em todos os aspectos das relações sociais e jurídicas. A situação da população carcerária feminina e a desvalorização social, econômica e jurídica do trabalho doméstico são exemplos de violência de gênero não relacionadas à violência doméstica ou familiar. (BIANCHINI, p. 48)

Importante salientar que a ideia de violência de gênero se comunica com outras formas de opressão, relacionando-se com o conceito de discriminação múltipla ou agravada presente na Convenção Interamericana Contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância que alguns autores denominam interseccionalidade. Os fatores de subordinação possuem naturezas e dinâmicas estruturais que muitas vezes se combinam, entre os quais destaca-se o racismo, o patriarcalismo e demais sistemas opressores. (CRENSHAW, 2002)

Ademais, a estreita ligação entre a vítima e o agressor, em regra na relação afetivo-conjugal e nas demais relações doméstica, familiar ou íntima de afeto e a continuidade e permanência nas situações de violência fazem das mulheres um grupo ainda mais vulnerável dentro do sistema de desigualdades, em especial considerando-se os demais desequilíbrios profundos existentes no Brasil, tais quais o econômico e étnico. (BIANCHINI, p. 36)

Em estudo de revisão de literatura publicado em 2021 na revista *Research, Society and Development*, as autoras concluíram que a violência tem prevalência em relação a mulheres mais jovens, pretas, com baixa escolaridade e o principal agressor é, em regra, o companheiro ao passo que o local mais frequente é o próprio domicílio da vítima e na tipologia da violência predominou a associação das formas físicas, sexual e psicológica. (ARAÚJO, RABELLO, SORIANO, MOREIRA, BENTO, ALMEIDA, 2021)



Tal achado corrobora com os índices apresentados no relatório Visível e Invisível: a vitimização das mulheres no Brasil, elaborado pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública e que concluiu que a maioria das vítimas de violência doméstica no último ano tinham entre 16 e 24 anos (35,2%), com maior incidência entre as mulheres pretas (28,3%) e 72,8% dos agressores eram pessoas próximas da vítima, com destaque para o companheiro ou ex-companheiro afetivo (25,4%).

Denota-se, portanto, muito embora presentes outros fatores de relevância social, econômica e racial, que há uma estreita relação entre a violência exercida contra a mulher e seu controle, destituindo-a de sua autonomia e poder de autodeterminação. Não obstante a violência ocorra de forma reiterada e sistêmica em nossa sociedade, no caso da violência contra mulheres, ela possui uma característica específica, que a separa do contexto de violência na qual os homens estão normalmente inseridos, agravando sua vulnerabilidade.

## **2. Da relação entre dignidade, igualdade e liberdade humanas**

Muito embora os direitos fundamentais não tenham sido reconhecidos na Antiguidade, a dimensão filosófica dos conceitos de direitos inerentes à condição humana, notadamente a dignidade humana, a liberdade e a igualdade encontram sua origem no pensamento clássico greco-romano e na moralidade judaico-cristã.

Porém, sua representatividade na dimensão jurídica é produto do constitucionalismo pós-guerras no século XX. A Constituição Federal Brasileira prevê, em seu artigo 1.º, III a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil. Muito embora somente em 1988 o conceito tenha adquirido tal destaque no ordenamento constitucional, a sua primeira menção expressa em um texto constitucional pátrio aconteceu em 1934 em razão da grande influência da Constituição de Weimar de 1919 em nosso processo constituinte, ou seja, de forma precoce em relação às reações jurídicas provocadas pela Segunda-Guerra Mundial.

De forma geral, em resposta às atrocidades cometidas durante o período e após a Declaração dos Direitos Humanos da ONU em 1948, a tendência constitucional mundial passou a ser, nos dizeres de Ingo Wolfgang Sarlet, uma verdadeira “crença” no princípio da dignidade de pessoa humana, a qual passa a ocupar lugar de valor de matriz constitucional, devendo também ser reconhecida sua estreita ligação com os direitos humanos e fundamentais protegidos e reconhecidos, seja no contexto do direito internacional, seja no processo das constituições. (SARLET, 2015, p. 118)

Por outro lado, identificar e definir a amplitude de tal conceito normativo, seja em seu sentido de valoração como princípio autônomo, seja em sua relação aos direitos

humanos e fundamentais como um todo, é tarefa que gera um grande nível de dissenso, tanto entre ordens constitucionais diferentes ou até mesmo no âmbito interno do Estado. Como bem aponta Flávio Martins, comumente são utilizados fundamentos na dignidade da pessoa humana em teses antagônicas e para defesa de direitos opostos entre si, existindo copiosa divergência jurisprudencial e doutrinária. (MARTINS, 2020, p. 1580). O presente estudo, portanto, limitar-se-á a tratar da dignidade humana como em sua condição principiológica geral, norteadora e fundamental, analisando-se tão somente suas linhas gerais.

Como já apontado, o estado Brasileiro conferiu fundamentalidade formal e material à dignidade da pessoa humana, sendo também tal princípio expressamente previsto em outros dispositivos da Carta Maior. Assim, o ordenamento brasileiro vigente determina que o Estado atue em razão da pessoa humana, a qual configura a “finalidade precípua e não meio da atividade estatal”. (SARLET, 2021, p. 118).

Tal conceito se aproxima da visão filosófica de Kant e Hegel, que propõe que a pessoa humana deve ser o propósito de tudo e jamais o meio ou instrumento. No tocante à aplicação do princípio em tela, destaca-se a doutrina de Jorge Reis Julais ao defender que a dignidade da pessoa humana deve ser entendida como critério de interpretação dos direitos humanos fundamentais em si; preceito de ponderação em caso de conflito entre eles e como proteção aos mesmos, seja do sentido de “limitação aos limites”, seja na concepção de seu núcleo essencial. (JULAIS, 2017 p. 81)

Na mesma direção segue o entendimento de Ingo Sarlet, que representando a doutrina majoritária, reconhece seu sentido norteador do sistema de direitos fundamentais, implicando um “dever de interpretação” de toda a ordem jurídica de acordo com tais fundamentos. (SARLET, 2021, p. 119)

Na seara da dignidade humana, destaca-se o princípio da igualdade, expresso e repetido ao longo do texto constitucional. O preâmbulo da Constituição já prevê a instituição de uma nação democrática que assegure “a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade pluralista, fraterna e sem preconceitos”. A doutrina entende a igualdade ou isonomia como valor central ou a “pedra angular” das constituições contemporâneas. (SARLET, MITIDIERO E MARINONI, 2021, p. 266)

A igualdade pode ser entendida como formal ou material. Por igualdade formal entende-se a estender tratamento idêntico a todas as pessoas, independentemente de gênero, cor, etnia, religião, etc. Tal acepção foi a historicamente adotada pelo Brasil e muitos países pelo mundo através do pensamento liberal dos últimos séculos. Uma vez tratadas com absoluta igualdade legal, as pessoas devem atingir seus objetivos através dos próprios méritos. Entretanto, em sociedades com profundas desigualdades, como a brasileira, a igualdade formal somente reforça as vulnerabilidades.

A Declaração dos Direitos Humanos de 1948 dispõe em seu artigo I que “todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos”. Já em seu art. VII, dispõe que “todos são iguais perante a lei e têm direito, sem qualquer distinção, a igual proteção da lei. Todos têm direito a igual proteção contra qualquer discriminação que viole a presente Declaração e contra qualquer incitamento a tal discriminação”.

Assim, ao interpretar-se sistematicamente a Constituição de 1988 e os tratados e convenções de Direitos Humanos ratificados pelo Brasil, percebe-se que o caput do art. 5º da Carta Maior, refere-se à igualdade material. Compreendida desde a Antiguidade no pensamento Aristotélico e bastante conhecida no discurso de Ruy Barbosa, consiste em tratar os desiguais de forma diferenciada, na medida de sua desigualdade, afim de equipará-los aos demais. (MARTINS, 2021, p. 357)

Ao se proibir discriminações arbitrárias, que violem a dignidade humana e ao promover o respeito e a proteção de características e circunstâncias individuais, extrai-se que princípio da dignidade da pessoa humana integra o próprio conceito de igualdade, assumindo seu papel de valoração jurídica ao identificar as discriminações ilegítimas, baseadas em critérios que possam ferir a dignidade. Nesse sentido, entende “o princípio da igualdade encerra tanto um dever jurídico de tratamento igual do que é igual quanto um dever jurídico de tratamento desigual do que é desigual” a fim de assegurar a existência digna de todas as pessoas. (SARLET, MITIDIERO E MARINONI, 2021, p. 268-273)

Outrossim, no ordenamento constitucional pátrio, a liberdade integra o rol de direitos humanos fundamentais, não abrangendo apenas os direitos específicos de direitos de liberdades expressamente previstos, mas sim um direito geral de liberdade. A carta maior brasileira é uma “constituição da liberdade”. Muito embora exista divergência sobre o conceito de liberdade, sua positivação constitucional guarda relação com as definições previstas na normatização internacional, funcionando como “cláusula de abertura constitucional” e com caráter hermenêutico para identificar liberdades não expressas no texto pátrio. (SARLET, MITIDIERO E MARINONI, 2021, p. 217)

Kant entende a liberdade como direito natural por excelência, que abrange todos os demais direitos fundamentais, inerente ao homem pela sua própria natureza humana, encontrando limites apenas na coexistência de liberdade das demais pessoas. A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789) a define como “poder fazer tudo o que não prejudica ao outro”. Trata-se do direito humano à liberdade plena a promover escolhas nas mais diversas dimensões de sua própria existência, norteadas pelos seus próprios valores e razões morais, guardando estreita relação com a personalidade humana. Tal direito, como todo direito humano fundamental, não é absoluto, estando sujeito à limitação no

sentido de sopesar a coexistência dos próprios direitos fundamentais e outros bens jurídicos que sejam essenciais para a coletividade e a dignidade humana.

Desde as revoluções liberais, passou-se a considerar os conceitos de igualdade e liberdade como “indissociáveis”. (SARLET, MITIDIERO E MARINONI, 2021, p. 268). Ademais, a dignidade humana encontra na liberdade um de seus elementos nucleares e, para muitos autores, “liberdade e dignidade praticamente convergem, especialmente quando se reduz a dignidade ao princípio da autonomia”. (SARLET, MITIDIERO E MARINONI, 2021, p. 217).

Assim, ao se assegurar tais valores como direitos fundamentais da pessoa humana, ambos alicerçados no princípio da dignidade humana, é possível concluir que igualdade e liberdade são conceitos que se complementam e pressupõem o equilíbrio entre as garantias fundamentais no contexto social. Nesse sentido, o princípio da igualdade relaciona-se de forma intrínseca com a liberdade individual e ambos encontram associação íntima com a garantia de dignidade da pessoa humana.

### **3. Direito humano à segurança pessoal, segurança humana e segurança da mulher**

É possível relacionar o desenvolvimento de uma sociedade à sua capacidade de oferecer segurança, entendida como bem-estar social e ausência de violência. O preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos do Homem (DUDH) considera que “o desprezo e o desrespeito pelos direitos humanos resultaram em atos bárbaros que ultrajaram a consciência da humanidade” e, portanto, proclama como a “mais alta aspiração” a formação de “um mundo em que mulheres e homens gozem de liberdade de palavra, de crença e da liberdade de viverem a salvo do temor e da necessidade”. Ademais, em seu artigo III o mesmo dispositivo proclama que “toda pessoa tem o direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal.” Já o Parecer sobre o Desenvolvimento Humano (1994), entende que o desenvolvimento humano é deve-se ao “processo de expansão das liberdades reais que desfrutam as pessoas”.

O pensamento sobre a segurança tradicional ou direcionada ao Estado, fortalecida e desenvolvida no período das Grandes Guerras e, notadamente, no contexto da Guerra Fria pressupõe ameaças externas e países em conflitos, sendo ampliada nos anos 80 e 90 para o conceito de segurança de pessoas. A Organização das Nações Unidas, em seu papel essencial na matéria de segurança e paz mundial, propõe, no início dos anos 2000, uma mudança de paradigma em face à julas inseguranças globais e a incapacidade de estados nacionais em promover o mínimo de existência digna a seus cidadãos. (SCHEVIER, 2015, p. 38-39)

Nesse sentido, verifica-se a concepção de Segurança Humana, apresentado pela primeira vez em 1994, no informe denominado “Nuevas Dimensiones de la Seguridad Humana” do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD) e que ampliou

os fundamentos do que se conhece como Desenvolvimento Humano, Segurança e Direitos Humanos.

A precípua finalidade da Segurança Humana é a de promover a proteção e garantia de duas liberdades essenciais para os indivíduos, quais sejam, a liberdade de viver sem temor e a liberdade de viver sem carência. O desenvolvimento humano surge como seu principal paradigma e por essa razão é orientado para as pessoas e não para os governos. O tema carece de aprofundamento acadêmico, uma vez que é tratado em poucas obras brasileiras e surge no contexto da sociedade civil com o escopo de proteger pessoas e comunidades, diferenciando-se da preocupação militar com a defesa do território e das ameaças externas tradicionalmente tratadas com a normatização internacional pós-guerra.

Trata-se de conceito que abrange entes estatais e não-estatais e a própria sociedade e os responsabiliza pelo desenvolvimento humano. Tem caráter multidimensional e demanda atuações que implicam no estabelecimento de políticas e ações que promovam a segurança e a dignidade humana, tanto na esfera política quanto econômica, social, cultural e ambiental. Ademais, identifica ameaças tradicionais e não-tradicionais relativas ao tema da segurança, enfatizando ainda a associação, esforço conjunto e cooperação nas nacionais e internacionais. (SILVA, 2009)

Em suma, o núcleo teórico do direito à segurança humana refere-se ao “uso de programas de bem-estar que os estados nacionais devem garantir a seus cidadãos” preservando a vida humana contra as ameaças aos seus direitos básicos e liberdades e deve regular as relações entre indivíduos e entre indivíduos e instituições, devendo ser compreendida não apenas como “ausência de ameaça física”, mas também como “liberdade de escolha e participação”. (SCHEVIER, 2014. p. 40-41 e 174)

A segurança humana pode ser compreendida, como a proteção conferida às pessoas contra violências cotidianas bem como a sua preservação em relação às situações de indignidades que provocam ofensas à própria vida. Trata-se de proteger as pessoas de “ameaças crônicas” e retirá-las de situações de vulnerabilidades ou fragilidades físicas evitáveis. ” (BALLESTEROS, 2014, p. 32)

Ao tratar do tema e suas concepções, o já citado Parecer sobre o Desenvolvimento Humano (1994), refere-se a sete tipos de segurança humana. Os quatro primeiros são segurança econômica, segurança alimentar, direito à saúde e segurança ambiental. Tais conceitos relacionam-se entre si em estão ligados à noção de vida livre de necessidades. Já os três últimos, relacionam-se com a ideia de viver livre de medos e são eles: a segurança pessoal, a segurança comunitária e a segurança política. Nesse sentido entende-se a proteção contra ameaças e violências que violam a integridade física, sejam eles provenientes dos agentes estatais, decorrentes de guerra, por razões étnicas, de rua, de

gênero ou domésticas ou ainda aquelas relacionadas ao grupo a que o indivíduo pertença ou ainda, contra os abusos totalitários do estado.

Desta forma, a concepção de segurança humana e os direitos humanos fundamentais estão intrinsecamente associados e impõe ao Estado, em seu papel na tutela dos direitos humanos, a missão de garantir a liberdade humana, a justiça e a paz nas relações sociais, de forma a assegurar aos indivíduos oportunidades e autonomia necessárias para o alcance todo seu potencial e a vivência conforme a própria natureza, livres de todas as formas de violência.

### **3.1 Normatização internacional e brasileira sobre a segurança da mulher**

A Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), de 1948, estruturou uma série de direitos básicos e fundamentais para uma existência digna, estabelecendo um mínimo existencial e estendendo sua promoção e proteção em todas as partes do mundo, sendo o primeiro ato normativo na esfera internacional a elencar direitos humanos em seus aspectos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais, sendo considerada o “marco normativo fundamental” do sistema protetivo das Nações Unidas e prevendo, em seu preâmbulo a igualdade de direitos do homem e da mulher.

No sistema interamericano temos a Convenção Americana de Direitos Humanos, também denominada Pacto de San José da Costa Rica, assinada em 1969, entrando em vigor em 1978. Em suma, reconhece e assegura um catálogo de direitos civis e políticos similares àqueles previstos pelo Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos a todos seres humanos.

Destacam-se ainda, no sistema interamericano, a Convenção Interamericana sobre a Concessão dos Direitos Civis à Mulher e a Convenção Interamericana sobre Concessão de Direitos Políticos à Mulher, ambas de 1948. Ainda no contexto convencional temos a Convenção n.º 100 sobre Igualdade de Remuneração (1951), a Convenção sobre os Direitos Políticos da Mulher (1952), e a Convenção n.º 111 sobre Discriminação em Emprego e Profissão (1958). Todos os tratados e convenções aqui mencionados foram ratificados pelo Brasil.

De suma influência no processo constituinte de 1988, a Convenção para Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher, de 1979. Foi ratificada pelo Brasil em 1984 e provocou a explicitação da igualdade entre os gêneros da Constituição Federal. Finalmente, ressalte-se a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher, também conhecida como Convenção do Belém do Pará de 1994, promulgada no ordenamento pátrio pelo Decreto n.º 1.973/96.

Nota-se a grande preocupação da agenda civilizatória dos últimos séculos em promover a diminuição da desigualdade entre homens e mulheres e combater a violência de gênero.

Na esfera constitucional brasileira, destaca-se de forma geral e inicial, os princípios fundamentais previstos em seu artigo 1.º, entre os quais já se tratou do superprincípio da dignidade da pessoa humana. Já o art. 3º institui os objetivos da República Federativa do Brasil, entre eles a construção de uma “sociedade livre, justa e solidária” (art. 3º, inciso I) e a promoção do “bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.” (art. 3º, inciso IV).

O artigo 5º da Carta Maior, ao prever os direitos e garantia fundamentais, estabelece em seu primeiro inciso que “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações”. A regra da igualdade formal também vem expressamente prevista no art. 226, parágrafo 5º que dispõe que “os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”. No tocante aos direitos sociais, art. 7º, inciso XXX proíbe a diferença de salários razão de sexo ao passo que o inciso XX do mesmo dispositivo estabelece a proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei.

Outros dispositivos constitucionais conferem expressa proteção aos direitos das mulheres, entre os quais citamos as regras especiais de aposentadoria (art. 40, parágrafo 1º, III, a e b e 201, parágrafo 7º, I e II), dispensa do serviço militar obrigatório (art. 143), entre outros.

No aspecto infraconstitucional, destaca-se a Lei n.º 12.034/2009 que visa estimular a ocupação de cargos políticos por mulheres e aumentar sua representatividade na vida pública, muito embora sua efetividade seja reduzida.

Em 2021 foi aprovada a Lei n.º 14.192/2021 que visa estabelecer normas para prevenir, reprimir e combater a violência política contra a mulher e, entre outras disposições, incluiu o art. 326-B para tipificar o crime eleitoral de violência política de gênero se caracteriza por assédio, constrangimento, humilhação, perseguição ou ameaça, fora ou dentro do meio virtual, contra candidatas ou detentoras de mandatos eletivos, com menosprezo ou discriminação em relação a seu gênero, cor, raça ou etnia, com a finalidade de impedir ou dificultar sua campanha eleitoral ou seu mandato.

Por fim, tem-se talvez o dispositivo legal de maior importância no tocante à temática dos últimos tempos. Trata-se da Lei n.º 11.340/06, conhecida como Lei Maria da Penha, analisada a seguir.

### 3.2 A Lei Maria da Penha

Inicialmente, vale destacar que a Lei Maria da Penha (Lei n.º 11.340/06) é fruto da atuação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) que condenou o Brasil no caso que gerou sua denominação. Muito embora tenha ratificado a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (Convenção de Belém do Pará), através da qual o Estado brasileiro assumiu o dever “incluir em sua legislação interna normas penais, civis e administrativas necessárias para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher”, até 2006 o estado brasileiro se omitiu gravemente, em matéria de direitos humanos, uma vez que inexistente a normatização nacional específica relacionada ao tema.

Maria da Penha Maia Fernandes sofreu grave violência por parte de seu então companheiro, entre elas tentativas de homicídio e agressões que a levaram a se tornar paraplégica de forma irreversível. Não obstante tenha sido condenado pela Justiça local, o réu valeu-se de instrumentos processuais e recursos para permanecer em liberdade durante quinze anos após decisão condenatória de Tribunal do Júri. O caso foi então apresentando à CIDH em 1998 e em 2001, a Comissão condenou o Brasil por omissão e negligência em relação à violência contra a mulher, recomendando, dentre outras medidas, que o estado brasileiro devesse “prosseguir e intensificar o processo de reforma, a fim de romper com a tolerância estatal e o tratamento discriminatório com respeito à violência doméstica contra as mulheres no Brasil” (PIOVESAN, 2021, p. 462)

O objetivo da lei é o de coibir e prevenir a violência contra a mulher no âmbito doméstico, familiar ou de uma relação íntima de afeto, nos termos de seu art. 1º. Muito embora o artigo refira-se à “violência doméstica e familiar contra a mulher”, o art. 5º amplia a sua incidência ao dispor que “para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero”.

Trata-se de instrumento normativo deveras abrangente, uma vez que não apenas cria tipos penais específicos para a violência contra a mulher, mas também dispõe sobre as políticas públicas para seu enfrentamento e atuação das autoridades policiais, Poder Judiciário e demais órgãos públicos diante do caso concreto, propondo um “conjunto articulado de ações da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios e de ações não-governamentais” na prevenção e enfrentamento do problema. (Art. 8º)

Ademais, faz uma conceituação extensa das formas pelas quais a violência pode ser empreendida, indicando, em seu artigo 7º cinco formas de violência contra a mulher, de forma exemplificativa, quais sejam, a física, psicológica, sexual, patrimonial e moral.

Percebe-se que a Lei Maria da Penha objetiva proteger a mulher de todas as formas de violência, e não apenas à agressão física, ultrapassando o conceito de violência e grave



ameaça comumente utilizado no contexto penal. Ademais, alarga o contexto de violência doméstica aplicando-o a qualquer relação íntima de afeto, ainda que não haja coabitação entre as partes e entende por família, quaisquer laços de união, sejam naturais ou de afinidade.

Outro aspecto considerável que se verifica no contexto da Lei Maria da Penha é a previsão de aplicação das medidas protetivas de urgência, previstas em seu Capítulo II, inclusive, tipificando criminalmente seu descumprimento. Elencadas nos artigos 22 e seguintes são entendidas como providências urgentes, em proteção da vítima de doméstica. Ademais, estipula critérios especiais de interpretação legal, considerando-se os princípios relacionados aos fins sociais a que ela se destina (art. 4º), denotando um caráter hermenêutico.

Propõe ainda medidas de assistência à mulher em situação de violência doméstica, termo utilizado pela norma para indicar o caráter transitório da situação e retirar o estigma vitimizatório, uma vez que, muito embora a mulher esteja numa situação de vulnerabilidade, em circunstância diferentes, sua igualdade de condições deveria ser reconhecida. (BIANCHINI, p. 277).

Finalmente, entende-se que o avanço mais significativo do instrumento normativo foi o de estabelecer de forma inconteste e definitiva no ordenamento pátrio que a discriminação e violência de gênero é forma grave de violação a direitos humanos, implicando na responsabilização estatal de conter e prevenir o problema, inserindo-se no contexto de “medidas especiais de caráter temporário” também denominadas ações afirmativas. (BIANCHINI, p. 280)

#### **4.A segurança humana como liberdade e emancipação feminina**

Segundo a pesquisa realizada pelo Fórum de Segurança Pública em 2021, chamada Visível e Invisível: a vitimização das mulheres no Brasil, mais de 17 milhões de mulheres brasileiras já sofreram algum tipo de violência ou agressão após o início da pandemia do Coronavírus, em março de 2020. Nesse sentido uma em cada quatro brasileiras acima dos 16 anos sofreu violência, o que equivale a 8 mulheres agredidas por minuto apenas no período de um ano. A maioria das vítimas (44,9%) narrou não ter buscado nenhum tipo de ajuda oficial, enquanto entre aquelas que tomaram atitude, a maior parte procurou pela família (21,6%), seguido de amigos (12,8%) e da igreja (8,2%). Somente 11,8% delas buscaram algum órgão oficial para proteção. Entretanto, o mesmo relatório concluiu que “que violências físicas consideradas mais graves implicam em maior busca pelas instituições oficiais”.

A demanda para que se positivem um regramento que reprima a violência doméstica e familiar contra a mulher, prevista tanto na ordem constitucional interna como nos tratados e convenções internacionais dos quais o Brasil é signatário, os quais integram o bloco de constitucionalidade brasileiro, conforme já defendido, é corroborada pelos dados estatísticos que demonstram sua ocorrência no cotidiano da mulher brasileira.

Conforme já abordado, a lógica da estrutura de poder na sociedade brasileira não privilegia o gênero feminino. Dessa forma, o problema da violência de gênero demanda princípios de ação afirmativa que tenham por objetivo implementar ações destinadas a corrigir as desigualdades de grupos sociais que sejam histórica e sistematicamente discriminados e promover a inclusão social através de políticas públicas específicas para as mulheres, dando a elas tratamento diferenciado que permitam que sejam compensadas as desvantagens sociais decorrentes da situação de discriminação e violência a que estejam expostas. Muito embora o caso de Maria da Penha não tenha sido fator único que culminou na criação da lei popularizada com seu nome, contribuiu para o aumento da conscientização pública para a violência doméstica e produziu mobilização jurídica transnacional o que gerou efeitos materiais e formais positivos.

Boaventura de Souza Santos entende que os direitos humanos convencionais observados por parte da contemporaneidade ocidental, falham ao reconhecer a “plena humanidade dos sujeitos que se encontram abissalmente excluídos”, sendo tal limitação entendida como ontológica. Para o autor, a “compreensão ocidental da universalidade dos direitos humanos não consegue conceber que existam princípios diferentes sobre a dignidade humana e a justiça social.” (SANTOS, 2019, p. 22)

Outrossim traz à luz a demanda da “procura suprimida”, que se refere aos titulares de direitos que tem consciência de suas violações, mas se sentem impotentes para reivindicá-los em razão do excesso de formalismo e cerimonialismo da estrutura judicial, não se reconhecendo como sujeitos aptos a levar às cortes suas demandas, e colocados à margem da estrutura social. (SANTOS, 2011, p. 37 a 38). Nesse sentido, aborda a concepção da “sociologia das ausências”, que implica no reconhecimento e afirmação de direitos dos cidadãos “intimidados e impotentes” cuja procura por justiça tem sido suprimida e tratada como inexistente. (SANTOS, 2011, p. 51).

O autor defende a “revolução democrática da justiça”, havendo a necessidade de se construir um “julo senso jurídico”, ampliando-se a compreensão do Direito como um instrumento de transformação social, notadamente em relação às classes menos favorecidas, num contexto emancipatório, trazendo um julo panorama nas aplicações do acesso à justiça e políticas públicas. O autor analisa o papel de protagonismo dos tribunais e do sistema judicial como decisivo da democracia e na efetivação de direitos, em especial na América latina após o fim dos anos 80, “apostando na constitucionalização do direito

ordinário como estratégia hermenêutica de um garantismo mais ousado dos direitos dos cidadãos” (SANTOS, 2011, p. 22).

Nesse sentido, propõe uma profunda transformação do sistema judiciário, abarcando não apenas reformas processuais, mas julos mecanismos de tutela estatal e uma cultura jurídica mais democrática e acessível, apontando o direito como instrumento para a transformação social ou manutenção do *status quo*, no qual uma grande parcela da população se encontra privada de sua própria dignidade humana através da não efetivação de seus direitos fundamentais ou na limitação ao acesso à justiça para supri-los. Em suma, são justamente os indivíduos mais comumente lesados em seus direitos que enfrentam os maiores obstáculos em obter a atuação estatal para corrigir essas lesões.

Estabelecendo uma convenção terminológica, entende-se que a expressão políticas públicas designa, de forma geral, a “coordenação dos meios à disposição do Estado, harmonizando as atividades estatais e privadas para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados”. Trata-se, portanto, de conceituação abrangente que abarca não apenas a prestação de serviços públicos ou atividades exercidas diretamente pelo poder executivo estatal, também em seu aspecto de “atuação normativa, reguladora e de fomento” em diversas áreas de atuação. Nesse sentido, podemos entende-la como resultado a aplicação harmônica de um “conjunto normativo adequado, uma regulação eficiente, uma política de fomento bem estruturada e ações concretas do Poder Público” com o condão de direcionar não apenas o Estado em si mas as instituições privadas para que se atinja os objetivos fundamentais constitucionais. (BARCELLOS, 2021).

Os estereótipos de gênero, ou seja, a agregação de ideias socialmente concebidas que atribui características a determinado grupo ou papéis que devam desempenhar, desconsiderando a características pessoais do indivíduo, conforme já abordado, permeiam a estrutura da sociedade e atividade estatal como um todo e acaba por reproduzir as formas de violência e discriminação contra as mulheres. Nesse contexto, a Lei Maria da Penha, ao tratar especificamente da segurança da mulher em situação de violência doméstica, se insere no sistema global de garantias e direitos que se direcionam a investigar, processar e julgar os delitos praticados contra a mulheres que por sua condição de gênero e demais situações de submissão, notadamente a econômica, social e racial, encontram-se em particular situação de vulnerabilidade, demandando a tutela estatal específica tutela.

Traz também a concepção, em seu artigo 8.º, de uma estrutura de enfrentamento, que abrange uma rede articulada de organizações governamentais, não governamentais e da sociedade civil para atuem no sentido de desenvolver medidas capazes de prevenir

todo e qualquer tipo de violência de gênero, além de prestar a necessária assistência às mulheres. A norma prevê que esse conjunto atue em quatro segmentos: combate, prevenção, assistência e garantia de direitos. Objetiva, portanto, contribuir para que ocorra o rompimento da situação de violência a qual esteja submetida através de uma proteção estatal célere, efetiva e integral, minimizando os efeitos da “demanda suprimida”, já abordada.

Outrossim, as medidas protetivas de urgência são instrumentos eficazes para prevenir e enfrentar a violência contra a mulher, uma vez que pode evitar a reiteração dos atos de violência e promover uma diminuição dos índices de feminicídio. Uma pesquisa realizada pelo Ministério Público do Estado de São Paulo constatou que 97% dos feminicídios ocorridos em São Paulo no ano de 2017, a mulher não estava sob a proteção das referidas medidas de urgência. Ressalte-se que as mesmas “podem ser deferidas de forma autônoma, apenas com base na palavra da vítima, quando ausentes outros elementos probantes nos autos”, nos termos do Enunciado 45 do Fonavid.

Uma vez que a violência contra a mulher ocorre, com frequência, nos ambientes domésticos ou de forma oculta ou clandestina, recai sobre a vítima o árduo ônus de provar a violência sofrida. Destaca-se não apenas a vulnerabilidade da mulher em situação de violência doméstica, mas toda dinâmica que envolve este contexto, notadamente a violência sexual.

Nesse sentido, entre outras garantias relativas à tutela jurisdicional e procedimentos processuais, o valor probatório da palavra da vítima trazido pela Lei Maria da Penha é de inegável importância para sua emancipação e libertação da dinâmica violenta.

Nessa linha, o combate à violência doméstica demanda a atuação do Poder Judiciário como última res sociológica, uma vez que a própria existência mulheres nessas condições aduz a uma falha na emancipação humana, no rompimento do pacto democrático e a ineficiência estatal na garantia de direitos humanos fundamentais, em especial a liberdade e dignidade humanas. Uma vez que se tenha falhado no dever de prevenção, claramente prioritária, a repressão judicial deve ter caráter pedagógicos e restaurativos consistentes, os quais foram majorados pela legislação analisada.

A adoção de medidas afirmativas ou ações positivas, que tenham por objeto a busca da igualdade real e a promoção da isonomia de oportunidades visam a criação de meios efetivos de obter a igualdade de tratamento constitucionalmente reconhecida. Ao relacionar-se a igualdade e ao reconhecimento da isonomia de tratamento, a liberdade e a dignidade humana como indissociáveis e a segurança humana em seu aspecto de liberdade para viver sem medo, que abrange a segurança pessoal da mulher, a proteção

específica da Lei Maria da Penha constitui instrumento de emancipação e liberdades femininas.

O ordenamento jurídico nacional e mundial, historicamente, serviu para legitimar a violência e a coação de certos indivíduos e grupos. Muito embora a emancipação exija uma “redefinição para muito além do quadro positivo estatal”, nota-se que a normatização do tema, seja no ordenamento internacional ou pátrio, visa abarcar e coibir toda e qualquer violência, aprisionamento e silenciamento feminino, guardando estreita relação com a máxima aplicação do princípio da dignidade humana. (CHAUI E SANTOS, 2013, P. 31). Ademais, ao instituir instrumentos processuais próprios, propõe uma maior efetividade da tutela jurisdicional.

Em suma, a Lei Maria da Penha surge como um sistema de políticas públicas pertinentes ao enfrentamento da violência de gênero, as quais se inserem num amplo quadro de regime judicial e de atuação estatal para garantia dos direitos humanos fundamentais. A violência contra a mulher, de destacada complexidade social e jurídica, demanda tutelas abrangentes e multidisciplinares com a finalidade de promover sua prevenção e repressão efetivas, muitos dos quais foram objetos de previsão pelo referido dispositivo legal e muito embora não contemple expressamente alguns contextos nos quais a violência de gênero possa se manifestar, como nos âmbitos institucionais, de trabalho e escolar, é um marco normativo de enorme importância paradigmática e pedagógica nesse contexto, dado também seu caráter hermenêutico. Ao objetivar a segurança pessoal, a emancipação e fortalecimento das mulheres com a consequente diminuição das demais desigualdades, é ação afirmativa coerente com o princípio da igualdade material, ou equidade que visa enfraquecer as circunstâncias que a justificou e provocou sua necessidade e ao conceito amplo de segurança humana que objetiva promover o desenvolvimento humano através da ampliação de suas liberdades.

## **Conclusão**

Embora a violência seja um fenômeno social presente nas sociedades humanas em quaisquer momentos históricos, atingindo estados e populações de forma global e cuja conceituação é constantemente modificada, a violência contra as mulheres ganha contornos específicos, apenas recentemente obtendo destaque e visibilidade através do mundo e cujas causas e enfrentamento possuem questões extremamente complexas, demandando esforço multidisciplinar e atuação de diversas esferas estatais e segmentos da sociedade, posto que de difícil identificação.

Definida na Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher, também conhecida como Convenção do Belém do Pará de 1994, promulgada no ordenamento pátrio pelo Decreto n.º 1.973/96, é possível observar que a

violência de gênero envolve a determinação social, histórica, sistemática e estrutural dos papéis masculino e feminino, aos quais se atribuem importância e valorização diferenciadas, guardando relação com o poder daquele sobre este em verdadeira estereotipação, os quais se encontram enraizados nas estruturas político, social e jurídica brasileiras.

Destacou-se então a diferença entre violência de gênero e violência doméstica, uma vez que, muito embora sua maior incidência ocorra no ambiente doméstico e familiar, a violência contra a mulher ultrapassa suas relações afetivas, ocorrendo também na esfera pública, salientando a ideia de que violência de gênero se comunica com outras formas de opressão, relacionando-se com o conceito de discriminação múltipla ou agravada denominado interseccionalidade. Nesse sentido, os fatores de subordinação possuem naturezas e dinâmicas estruturais, muitas vezes se relacionando, entre os quais destaca-se o racismo, o patriarcalismo e demais sistemas opressores, fazendo das mulheres um grupo ainda mais vulnerável dentro do sistema de desigualdades em especial considerando-se os demais desequilíbrios profundos existentes no Brasil.

A seguir, passou-se à breve análise da relação entre a dignidade, igualdade e liberdade humanas. A dignidade da pessoa humana figura na contemporaneidade como um valor de matriz constitucional mundial, sendo expressamente protegida pela Constituição Federal brasileira como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil. O presente artigo trata do princípio em sua condição principiológica geral, norteadora e fundamental de toda ordem jurídica, não obstante a divergência doutrinária sobre sua aplicação, entendendo-a como norma maior de orientação, reconhecida sua eficácia e aplicabilidade, não apenas como valor ético ou moral, mas com valor jurídico fundamental.

Na mesma direção, destacou-se a fundamentalidade do princípio da igualdade, expressamente previsto no ordenamento constitucional, a qual pode ser entendida sob o aspecto formal ou material, sendo que este prevê o tratamento desigual aos desiguais na proporção de suas desigualdades a fim de assegurar a existência digna de todas as pessoas. No tocante à liberdade, destacou-se sua natureza de norma principiológica além das liberdades expressamente previstas no texto constitucional, entendendo-a na concepção kantiana de direito natural e da aceção da promoção de escolhas nas mais diversas dimensões da sua própria existência, norteada pelos seus próprios valores e razões morais, guardando estreita relação com a personalidade humana. Assim, foi possível deduzir que igualdade e liberdade são conceitos que se complementam e pressupõem o equilíbrio entre as garantias fundamentais no contexto social e ambas encontram associação íntima com a garantia de dignidade da pessoa humana.

A seguir, passou-se à análise do direito humano à segurança pessoal e ao conceito de segurança humana, bem como das questões relativas à segurança feminina. Para os

organismos internacionais de direitos humanos, o desenvolvimento de uma sociedade relaciona-se com a sua capacidade de oferecer segurança a seus integrantes. Nesse sentido, analisou-se a concepção de Segurança Humana, apresentado pela primeira vez em 1994 pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD) e que ampliou os fundamentos do que se entende como direitos humanos.

A concepção de segurança humana afasta-se do conceito de segurança contra as ameaças externas, destinando-se a promover a proteção e garantia de duas liberdades essenciais para os indivíduos, quais sejam, a liberdade de viver sem temor e a liberdade de viver sem carência, preservando os indivíduos das situações de violência crônicas e cotidianas as quais estejam expostos. Nesse contexto, associou-se a segurança humana aos direitos humanos fundamentais, impondo ao Estado, em seu papel na tutela dos direitos humanos, a garantia da liberdade humana, a justiça e a paz nas relações sociais, de forma a assegurar a todas as pessoas que possuam oportunidades e autonomia afim de alcançar todo seu potencial, livres de todas as formas de violência.

Ao tratar da normatização relativa ao tema, salientou-se a importância das convenções e tratados de direitos humanos pertinentes ao tema na sua tratativa a níveis constitucionais, com particular destaque à grande preocupação da agenda civilizatória dos últimos séculos em promover a diminuição da desigualdade entre homens e mulheres e combater a violência de gênero. O estudo também aquiesce com o entendimento doutrinário minoritário de que todos os tratados internacionais sobre direitos humanos têm força de norma constitucional, independentemente de sua forma de recepção no ordenamento pátrio, formando o bloco de constitucionalidade brasileiro.

Ao se analisar o marco normativo da Lei Maria da Penha, concluiu-se por seu caráter abrangente e natureza de sistema de políticas públicas pertinentes ao enfrentamento da violência de gênero, as quais se inserem num amplo quadro de política judicial e de atuação estatal para garantia dos direitos humanos fundamentais. Quando se considera a positivação dos instrumentos de garantia de segurança pessoal da mulher contra as situações de violência doméstica e familiar e demais mecanismos previstos na lei objeto do presente estudo, inclusive os de natureza procedimental, observa-se que ela pretende garantir a tutela estatal de forma célere e efetiva, além de promover a visibilidade do problema.

Entendeu-se que, no cenário brasileiro, a ocorrência de graves violações dos direitos humanos das mulheres em situação de violência doméstica. Nesse sentido, imperioso o papel do poder Judiciário na tutela dos direitos humanos, aos qual a Constituição conferiu institucionalmente a missão de efetivar a garantia, diante do surgimento do conflito, da liberdade humana, da justiça e da paz nas relações sociais. Em

suma, uma vez falhada a via preventiva e com a existência de mulheres nas condições aduzidas, Lei Maria da Penha e suas derivações surgem em seu caráter pedagógico e restaurativo.

Objetivando a aplicação dos compromissos assumidos pelo Brasil através de seus tratados internacionais, e promovendo um diálogo com os grupos oprimidos, ao relacionar-se a igualdade e ao reconhecimento da isonomia de tratamento, a liberdade e a dignidade humana como indissociáveis e a segurança humana em seu aspecto de liberdade para viver sem medo, que abrange a segurança pessoal da mulher, a proteção específica da Lei Maria da Penha constitui instrumento de emancipação e liberdades femininas.

Conclui-se que, não obstante não contemple expressamente alguns contextos nos quais a violência de gênero possa se manifestar, a Lei Maria da Penha é marco normativo de enorme importância paradigmática e pedagógica nesse contexto. Ao objetivar a segurança pessoal, a emancipação e fortalecimento das mulheres, é ação afirmativa coerente com o princípio da igualdade material, ou equidade com o condão de promover, efetivamente, a opressão e prevenção da violência contra a mulher, quando as demais falhas nas estruturas sociais e estatais não são eficientes em assegurar uma existência em níveis dignos. Considera-se ainda o conceito amplo de segurança humana relacionado ao desenvolvimento humano através da ampliação de suas liberdades, resulta como instrumento capaz de promover significativas mudanças estruturais e consequente emancipação feminina para a configuração de uma sociedade mais justa, igualitária e democrática.

### Referências Bibliográficas

ABBOUD, Georges; SANTOS, Maira Bianca Scavuzzi de Albuquerque; KROSCHINSKY, Matthäus. **Entre a coisa e o homo sacer – a legítima defesa da honra e a condição feminina**. Revista dos Tribunais. vol. 1032. ano 110. p. 205-223. São Paulo: Ed. RT, outubro 2021. Disponível em <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/158908>. Acesso em: 18 jul. 2022

ALEXY, Robert. Colisão de Direitos Fundamentais e Realização de Direitos Fundamentais no Estado de Direito Democrático. **Revista de Direito Administrativo**. n. 217, Rio de Janeiro, jul/set 1999, p. 67-79. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/revfacdir/article/view/70952/40290>. Acesso em: 11 jul. 2022

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Editora Malheiros, 2017.

ARAÚJO, S. M. C. de .; RABELLO, P. M.; SORIANO, E. P.; MOREIRA, M. H. B. de A.; BENTO, M. I. C.; ALMEIDA, A. C. de. **Violence against women: a literature review**. Research, Society



and Development, v. 10, n. 14, p. e29101421616, 2021. Disponível em: <https://rsdjournal.org/index.php/rsd/article/view/21616>. Acesso em: 16 jul. 2022.

ARENDR, Hanna. **A condição humana**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008.

ARENDR, Hanna. **Sobre a violência**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2021.

BALLESTEROS, Jesus. **Segurança humana, direitos e políticas públicas. Direito & Justiça**. v. 40, n. 1, p. 30-38, jan./jun. 2014

BARCELLOS, Ana Paula de. **Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas**. Cadernos da Escola de Direito Unibrasil. V.1 N.º 5, p. 125-146, jan/dez. 2005. Disponível em: <https://portaldeperiodicos.unibrasil.com.br/index.php/cadernosdireito/article/view/2521>. Acesso em: 11 jul. 2022.

BARCELLOS, Ana Paula de. Políticas públicas e o dever de monitoramento: "levando os direitos a sério". **Revista Brasileira de Políticas Públicas**. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/5294>. Acesso em: 17 jun. 2022

BIANCHINI, Alice. **Coleção Saberes Monográficos - Lei Maria da Penha**. São Paulo: Editora Saraiva, 2018. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553600236/>. Acesso em: 21 jul. 2022

BOBBIO, Norberto. **A era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Campos, 1992.

CHAUÍ, Marilena. **Sobre a violência**. São Paulo. Grupo Autêntica, 2017. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788551300855/>. Acesso em: 17 jul. 2021.

CHAUÍ, Marilena; SANTOS, Boaventura de Souza. **Direitos Humanos, democracia e desenvolvimento**. São Paulo: Cortez. 2013.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (BRASIL). **Protocolo para julgamento com perspectiva de gênero**. Brasília: Conselho Nacional de Justiça – CNJ; Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados — Enfam, 2021. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/10/protocolo-18-10-2021-final.pdf>. Acesso em: 20 jul.2022

CRENSHAW, Kimberlé. **Documento para o Encontro de especialistas em aspectos da discriminação racial relativos ao gênero**. Revista Estudos Feministas, Florianópolis, v. 10, n. 1, 2002. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/ref/v10n1/11636.pdf>. Acesso em: 22 jul. 2022

ESTEFAM, André. **Homossexualidade, prostituição e estupro: um estudo à luz da dignidade humana**. São Paulo. Editora Saraiva, 2016. 9788547210571. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547210571/>. Acesso em: 22 jul. 2022.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **Visível e invisível: a vitimização de mulheres no Brasil**. 3. ed. São Paulo: Datafolha, 2021. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2021/06/relatorio-visivel-e-invisivel-3ed-2021-v3.pdf>. Acesso em: 22 jul. 2022

JESUS, Damásio. **Violência contra a mulher: aspectos criminais da Lei n. 11.340/2006**, 2ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2014. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502616028/>. Acesso em: 18 jul. 2022

MARTINS, Flávio. **Curso de Direito Constitucional**. 5ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2021. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555595314/>. Acesso em: 09 jul. 2022

JULAIS, Jorge Reis. **A dignidade da pessoa humana**. Coimbra: Almedina, 2017.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. Editora Saraiva, São Paulo: 2018. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553600298/>. Acesso em: 08 jul. 2022

PIOVESAN, Flavia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. Editora Saraiva, 2018. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553600274/>. Acesso em: 08 jul. 2022

PROGRAMA DE NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO (PNUD). **El enfoque de la seguridad humana desde tres estudios de caso**. Instituto Interamericano de derechos humanos. San José, Costa Rica: 2011. Disponível em: [https://www.iidh.ed.cr/multic/UserFiles/Biblioteca/IIDHSeguridad/11\\_2011/d31ae043-1976-4d83-86e9-35323eef3393.pdf](https://www.iidh.ed.cr/multic/UserFiles/Biblioteca/IIDHSeguridad/11_2011/d31ae043-1976-4d83-86e9-35323eef3393.pdf). Acesso em 11 nov. 2021.

SANTOS, Boaventura de S.; MARTINS, Bruno. S. **O pluriverso dos direitos humanos**. São Paulo: Grupo Autêntica, 2019. Disponível em:

<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788551304839/>. Acesso em: 22 jul. 2022.

SANTOS, Boaventura de Souza. **Para uma revolução democrática da Justiça**. São Paulo: Cortez, 2007.

SÃO PAULO (Estado). Ministério Público. **Raio X do feminicídio em São Paulo: é possível evitar a morte**. São Paulo: MPSP. Disponível em: [http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Nucleo\\_de\\_Genero/Femicidio/RaioXFemicidioC](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Nucleo_de_Genero/Femicidio/RaioXFemicidioC). PDF. Acesso em: 19 nov. 2021.

SARLET, I.W.; MITIDIERO, D.; MARINONI, L.G. **Curso De Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Saraiva, 2021. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555593402/>. Acesso em: 10 jul. 2022

SARLET. Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2018.

SARLET. Ingo Wolfgang. **Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2015.

SCHEVIER, Zelia. **Segurança Humana para o Brasil**. Curitiba: CRV, 2014.

TELES, Maria A. de Almeida. MELO, Mônica. **O que é violência contra a mulher**. São Paulo: Brasiliense, 2002.

## **O IMPEDIMENTO DA APLICAÇÃO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO PARA RÉUS REINCIDENTES, A DUPLA VALORAÇÃO DO INSTITUTO NA DOSIMETRIA DA PENA E O EXCESSO DE JUSTIÇA NA LEI 11.343/06**

**ANA CAROLINA ROBLES THOMÉ:** Bacharel em Jornalismo pela Universidade Federal de Santa Catarina (2019), com formação complementar pela Queensland University of Technology (2017). Bacharel em Direito pelo Complexo de Ensino Superior de Santa Catarina (2021). Pós-graduação em Ciências Criminais pela Faculdade de São Vicente – Unibr. Sócia Proprietária do Escritório Robles Thomé Advogados Associados.

**JONAS MACHADO RAMOS**

(orientador)

*“A tarefa não é tanto ver aquilo que ninguém viu, mas pensar o que ninguém ainda pensou sobre aquilo que todo mundo vê.”*

*(Arthur Schopenhauer)*

**RESUMO:** Na última década o encarceramento de pequenos traficantes reincidentes ocasionou a superlotação de estabelecimentos penitenciários e estabeleceu uma injusta situação penal fundamentada em dogmas aparentemente insuperáveis. O objetivo deste trabalho é o de demonstrar que é possível desconstruir axiomas na aplicação do tráfico privilegiado, sendo analisado se a primariedade deveria ser considerada como critério de aplicação para o referido delito, previsto no art. 33, §4º, da Lei 11.343/06. O trabalho foi consolidado com embasamentos teóricos de autores que norteiam o pensamento crítico em relação à Política Criminal de Drogas no Brasil, seja a partir de elementos da Criminologia, seja a partir dos postulados do Direito Penal Mínimo, passando ainda pelo suporte referente a aspectos legislativos e jurisprudenciais. Estuda-se também a evolução legislativa acerca do combate às substâncias entorpecentes ilícitas no Brasil, seguindo para uma análise sobre a Lei de Drogas, com a apresentação da causa especial de diminuição da pena para o delito de tráfico, ou seja, o denominado tráfico privilegiado, e seu requisito fundamental consistente na primariedade do réu. Assim, será analisado o fenômeno da dupla valoração da reincidência na Lei de Drogas, bem como a recepcionalidade do instituto da reincidência frente à Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, sob enfoque do direito penal do autor e do garantismo penal. Posteriormente, far-se-á uma análise jurisprudencial do TJSC sobre réus reincidentes condenados no art. 33 da Lei

11.343/06. Por fim, permitiu-se o reconhecimento do potencial dano (*summum ius summum iuria*) causado pelo advento da Lei de Drogas e pela insensata aplicação indiscriminada da reincidência, sendo que a relevância do trabalho está na apresentação, discussão e indicação de possíveis alternativas ao atual modelo de política criminal de substâncias entorpecentes ilícitas.

**Palavras-Chave:** Lei 11.343/06. Tráfico privilegiado. Reincidência. Garantismo penal. Direito penal do autor.

**SUMÁRIO:** 1 INTRODUÇÃO. 2 O COMBATE ÀS DROGAS NO BRASIL. 2.1 ANÁLISE HISTÓRICA E SOCIAL DO MODELO DE COMBATE ÀS DROGAS ILÍCITAS NO BRASIL. 2.1.1 Definição de Drogas. 2.1.2 Apresentação da Legislação de Drogas no Brasil. 2.1.3 Antecedentes Legislativos da Lei 11.343/06. 2.2 ASPECTOS GERAIS DA LEI 11.343/2006. 2.2.1 Da figura do usuário de drogas - O art. 28 da Lei 11.343/06. 2.2.2 Da figura do traficante (art. 33 da Lei 11.343/06) e do aumento da pena mínima para o delito de tráfico de drogas. 2.2.3 Obscuridade da Lei nos critérios de distinção entre usuário e traficante de drogas e seletividade da atuação da Justiça Penal. 2.3 O TRÁFICO PRIVILEGIADO: CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. 2.3.1 Questões processuais sobre a aplicação do benefício previsto no parágrafo quarto. 3 A REINCIDÊNCIA À LUZ DA LEI 11.343/06. 3.1 CONCEITO DE REINCIDÊNCIA PENAL E CRITÉRIOS PARA SUA VERIFICAÇÃO. 3.2 A LEI DE DROGAS E A DUPLA VALORAÇÃO DA REINCIDÊNCIA. 3.3 A SUPERVENIÊNCIA DA CONSTITUIÇÃO DE 1988 E A NECESSIDADE DE VERIFICAÇÃO DA RECEPCIONALIDADE DO INSTITUTO DA REINCIDÊNCIA. 3.3.1 Análise da reincidência sob o enfoque dos princípios constitucionais do direito penal moderno. 3.3.2 O estigma imposto ao infrator reincidente e o mito da periculosidade. 3.3.3 Considerações sobre a abolição do instituto da reincidência no âmbito jurídico. 3.3.4 Entendimentos Jurisprudenciais sobre aplicabilidade da reincidência. 3.4 DIREITO PENAL DO FATO VS. DIREITO PENAL DO AUTOR. 3.5 ASPECTOS DA REINCIDÊNCIA SOB A PERSPECTIVA DO GARANTISMO. 4 A ATUAL CONDIÇÃO DO RÉU REINCIDENTE CONDENADO NO ART. 33 DA LEI DE DROGAS. 4.1 RECENTE POSIÇÃO JURISPRUDENCIAL NO ESTADO DE SANTA CATARINA DE RÉUS REINCIDENTES CONDENADOS NO ART. 33 DA LEI 11.343/06. 4.2 OS DANOS CAUSADOS APÓS O ADVENTO DA LEI 11.343/06. 4.2.1 Guerra às Drogas e o impacto na população carcerária nacional. 4.2.2 Legitimação da violência pelo Estado. 4.2.3 O reforço da exclusão social e a seletividade da justiça penal. 4.2.4 A não diferenciação da posição ocupada pelo agente na rede de tráfico. 4.3 POSSÍVEIS ALTERNATIVAS AO ATUAL MODELO DE POLÍTICA CRIMINAL DE DROGAS. 5 CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

## 1 INTRODUÇÃO

Atualmente, o réu acusado por tráfico de drogas faz jus ao benefício previsto no §4º do art. 33 da Lei 11.343/06, o delito denominado “tráfico privilegiado”, se preencher os seguintes requisitos: ser primário, de bons antecedentes, não se dedicar às atividades criminosas nem integrar organização criminosa. Preenchidos os requisitos, o réu, além de ter sua pena reduzida de um sexto a dois terços, poderá tê-la substituída por uma restritiva de direito. No entanto, após ser beneficiado pelo “tráfico privilegiado” e ser preso novamente, o réu será considerado reincidente e será condenado com penas sempre superiores a 5 anos, mesmo que tenham sido apreendidas quantidades ínfimas de drogas.

A partir dessa situação, o presente trabalho tem como objetivo analisar se a primariedade deveria ser considerada como critério de aplicação do tráfico privilegiado, previsto no artigo 33, §4º, da Lei 11.343/06. Isto porque, ao ser considerado reincidente, o réu perderá o benefício da diminuição de pena, e, ao mesmo tempo, terá sua pena aumentada, em razão da agravante da reincidência, bem como não fará jus ao regime semiaberto, à liberdade condicional e às penas restritivas de direitos, sendo assim encarcerado. Este conjunto de fatos impulsiona a superlotação dos presídios; estimula o abismo entre a figura do usuário e do traficante e atinge diretamente os pequenos traficantes selecionados pela justiça penal para cumprirem pena, como será demonstrado.

O tema deste trabalho de conclusão de curso é de grande importância, primeiro, por ser inédito, sendo raro que algum autor tenha como objeto de estudo um dos benefícios que o réu reincidente deixa de receber: no caso em questão, o redutor do § 4º do art. 33 da Lei de Drogas. Também, porque tal situação demonstra a punição do agente por aquilo que ele representa, devido à sua vida pregressa, e não pelo ato cometido em si, sendo assim incompatível com os ditames do Estado Democrático de Direito e com a teoria garantista. Terceiro, pela tamanha injustiça desse sistema em relação aos pequenos traficantes reincidentes, que estão encarcerados em todo o Brasil por delitos que poderiam ser considerados insignificantes, posto que não envolvem violência nem dano direto a vítimas concretas. Esses traficantes são facilmente substituíveis quando postos em restrição - o sistema de tráfico de drogas continua funcionando normalmente sem eles -, visto que representam o grupo mais vulnerável na estrutura do comércio de drogas ilícitas. No entanto, sofrem toda a intensidade da repressão. Ademais, o comércio de drogas ilícitas tem um papel importante como alternativa econômica para as comunidades mais pobres; e, por último, tal situação intensifica a grave situação atual das prisões brasileiras.

Com relação ao método de procedimento, essa pesquisa é teórica, científica, descritiva e bibliográfica; e, em relação ao método de abordagem, será adotado o dedutivo. Será adotado como marco teórico os autores que norteiam o pensamento crítico em relação à Política Criminal de Drogas no Brasil, seja a partir de elementos da Criminologia, seja a partir dos postulados do Direito Penal Mínimo.

O desenvolvimento deste estudo está dividido em três capítulos:

1. O primeiro capítulo da monografia analisa, de forma geral, o combate às drogas no Brasil. Para isso, é feita uma análise histórica e social do modelo de combate às drogas no país, elucidando as ideologias e movimentos que influenciaram essa política criminal, desde o Brasil-Colônia até o surgimento da Lei 11.343/06. A seguir, passa-se ao estudo jurídico da referida Lei, sendo observado: a figura do usuário de drogas (art. 28 da Lei 11.343/06); a figura do traficante (art. 33 da Lei 11.343/06); o aumento da pena mínima para o delito de tráfico de drogas de três para cinco anos; a obscuridade da lei nos critérios de distinção entre usuário e traficante de drogas e suas consequências; e, por último, o delito denominado “tráfico privilegiado”, previsto no § 4º do art. 33.
2. No segundo capítulo, o estudo é aprofundado para um dos requisitos da aplicação do tráfico privilegiado: a primariedade do réu. Assim, o capítulo irá trabalhar o instituto da reincidência à luz da Lei 11.343/06, que resulta em um obstáculo às sanções substitutivas. O capítulo analisa o conceito de reincidência penal e os critérios para a sua verificação, bem como a dupla valoração da reincidência na lei de drogas, uma vez que nas decisões judiciais o julgador agrava a pena do acusado com fundamento no art. 61, I, do CP e, após, deixa de aplicar o redutor do § 4º do art. 33. A seguir, analisa-se a recepcionalidade do instituto da reincidência pela CF/88, sob enfoque dos princípios constitucionais do direito penal moderno, dos entendimentos jurisprudenciais sobre aplicabilidade da reincidência, do direito penal do autor e do garantismo penal.
3. O terceiro capítulo visa mostrar a atual condição do réu reincidente condenado no art. 33 da Lei de Drogas em relação à dosimetria da pena. Assim, far-se-á uma análise de cinco acórdãos de câmaras diferentes do TJSC sobre réus reincidentes condenados no art. 33 da Lei 11.343/06. A seguir, será investigado os danos causados pelo advento da lei de drogas: o impacto na população carcerária nacional, a legitimação da violência pelo Estado, o reforço da exclusão social, a seletividade da justiça penal, e a não diferenciação da posição ocupada pelo agente na rede de tráfico. Por último, são indicadas possíveis alternativas ao atual modelo de política criminal de drogas.

Por fim, o trabalho busca responder os seguintes questionamentos: Quais os caminhos percorridos no Brasil no que diz respeito às drogas até a instituição da Lei 11.343/06? Quais as consequências da obscuridade da lei nos critérios de distinção entre usuário e traficante de drogas? Há uma colisão do instituto da reincidência com os

princípios constitucionais garantistas? O sujeito que volta a delinquir deve ter sua pena agravada em função de sua maior periculosidade? O que é o direito penal do autor? O instituto da reincidência opera em consonância com os ditames do Estado Democrático de Direito e com a teoria garantista? Qual o entendimento jurisprudencial do TJSC sobre a dupla valoração da reincidência? Qual é a repercussão das condenações por tráfico na realidade das instituições carcerárias brasileiras? Qual é o principal alvo da justiça penal em relação ao tráfico de drogas? Os traficantes são substituíveis na rede do tráfico? A circulação e a venda de drogas foram reduzidas com o advento da nova lei de drogas? E, principalmente: **a primariedade do réu deveria ser considerada como requisito para a aplicação do tráfico privilegiado, previsto no artigo 33, §4º, da Lei 11.343/06?**

## 2 O COMBATE ÀS DROGAS NO BRASIL

*"Guerra às drogas é sinônimo da criminalização arbitrária de certas relações que o ser humano trava com algumas substâncias, mas drogas não morrem, não levam tiros e não são encarceradas, enfim, aos poucos o termo guerra às drogas vem revelando a sua face exclusivamente desumana de uma guerra contra pessoas."*

*(Luís Carlos Valois)*

### 2.1 ANÁLISE HISTÓRICA E SOCIAL DO MODELO DE COMBATE ÀS DROGAS ILÍCITAS NO BRASIL

#### 2.1.1 Definição de Drogas

O consumo de drogas lícitas e ilícitas não é um fenômeno da modernidade, sendo estas utilizadas ao longo da história em diversas civilizações. O uso dessas substâncias pode ocorrer por diferentes razões (motivos religiosos, culturais, para o aprimoramento físico, busca de novas sensações, socialização, ou mesmo para se isolar). Consequentemente, a questão das drogas têm sido alvo de debate em variados campos de conhecimento, dentre eles o Direito Penal.

A priori, faz-se necessário o esclarecimento de o que se entende pelo vocábulo "droga", para que, deste modo, possamos discorrer sobre o tema delimitado que este Trabalho de Conclusão de Curso se propõe a estudar.

O termo droga tem origem na palavra *droog*, proveniente do holandês antigo, cujo significado é folha seca. Esta denominação se deu em consequência de que, antigamente, quase todos os medicamentos tinham vegetais em sua composição. Carneiro discorre sobre a origem da palavra droga:



A palavra “droga” provavelmente deriva do termo holandês droog, que significa produtos secos e servia para designar, do século XVI ao XVIII, um conjunto de substâncias naturais utilizadas, sobretudo, na alimentação e na medicina. Mas o termo também foi usado na tinturaria ou como substância que poderia ser consumida por mero prazer (CARNEIRO, 2005, p. 11).

Atualmente, a terminologia droga, segundo a Organização Mundial da Saúde (OMS), se refere a “qualquer substância não produzida pelo organismo que tem a propriedade de atuar sobre um ou mais de seus sistemas produzindo alterações em seu funcionamento”<sup>373</sup>.

Por sua vez, a Lei 11.343/2006<sup>374</sup>, estabelece em seu artigo 1º, parágrafo único, o conceito jurídico da terminologia:

Para fins desta Lei, consideram-se como drogas as substâncias ou os produtos capazes de causar dependência, assim especificados em lei ou relacionados em listas atualizadas periodicamente pelo Poder Executivo da União (BRASIL, 2006).

Nesse sentido, Elisangela Reghelin reitera:

Não se pode deixar de entender a droga como um fato social complexo, que envolve diversas frentes de estudo, onde a interdisciplinaridade e a abordagem holística permitem que os efeitos das drogas não sejam determinados exclusivamente pelas suas características psicofarmacológicas, mas, sobretudo, pela interação entre produto, o sujeito e o contexto do uso (REGHELIN, 2002, p. 25).

### **2.1.2 Apresentação da Legislação de Drogas no Brasil**

Adentrando na história do combate às drogas ilícitas no Brasil, o caminho legal seguido começa com algumas remotas manifestações legislativas nas Ordenações Filipinas, sistema jurídico que vigorou durante todo o período do Brasil-Colônia, o mesmo que existia em Portugal. O livro V, título 89 dispõe que “nenhuma pessoa tenha em sua casa para vender rosas branco, nem vermelho, nem amarelo, nem solimão, nem escamonéa,

---

<sup>373</sup> Disponível em: <http://www.denarc.pr.gov.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=40>. Acesso em: 19 mai. 2019.

<sup>374</sup> Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm). Acesso em: 4 out. 2019.

nem ópio, salvo se for boticário examinado e que tenha licença para ter botica, e usar do ofício” (LUIZI, 1990, p.152) [sic]. Percebe-se que, por mais que haja uma certa regulamentação de determinadas substâncias, ainda não havia de fato uma incriminação específica, até pela falta de um órgão judiciário local responsável pela sua aplicação.

No Brasil, a primeira lei restritiva às drogas é de 1830, quando a Câmara Municipal do Rio de Janeiro proibiu a "venda e o uso do pito de pango" (cachimbo de barro para maconha). O § 7º da Lei de Posturas Municipais<sup>375</sup> estabelecia pena de três dias de cadeia para o escravo - ou seja, o negro -, que pitasse. Vale ressaltar que, com o advento desta lei, o Brasil é considerado o primeiro país do mundo em que foi editada uma legislação para proibir a maconha (BARROS; PERES, 2011).

Já em 1890, o país passava por um momento de tensão social e criminalidade crescente, o que ocasionou respostas repressivas, contexto que levou à edição do primeiro Código Penal Republicano<sup>376</sup>. No artigo 159 foi previsto o crime de “expor à venda ou ministrar substâncias venenosas sem autorização e sem as formalidades previstas nos regulamentos sanitários”. Além do Código Penal, foi implantada a “Seção de Entorpecentes Tóxicos e Mistificações”, que era, na realidade, uma delegacia criada para reprimir os cultos de origem africana, chamados de “baixo espiritismo”, e o uso da maconha (BARROS, 2017).

Em 1912, ocorreu a Convenção de Haia, que estabeleceu o primeiro tratado internacional a propor o controle sobre a venda de ópio, morfina, heroína e cocaína, caso tais usos não obedecessem às recomendações médicas. Salo de Carvalho (2016) expressa que como o consumo de ópio estava até então associado a grupos considerados à margem da sociedade, principalmente imigrantes orientais no ocidente, criou-se o estereótipo de consumidor – que se moldou à visão moralista que a sociedade tinha sobre os indivíduos tipicamente entendidos como usuários da droga – ao lado do crescimento das leis penais que tratavam do assunto, surgindo assim o “discurso ético-jurídico”. No Brasil, o Decreto 11.481, de 10.02.1915<sup>377</sup>, determinou o cumprimento da Convenção, sendo o marco inicial de um sistema legal fundamentado em acordos internacionais no Brasil.

---

375 Disponível em:

[http://wpro.rio.rj.gov.br/arquivovirtual/web/fontes/exibirObjDigital.php?id\\_objetoDigital=22169](http://wpro.rio.rj.gov.br/arquivovirtual/web/fontes/exibirObjDigital.php?id_objetoDigital=22169). Acesso em: 20 mai. 2019.

376 Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1851-1899/D847.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/D847.htm). Acesso em: 23 mai. 2019.

377 Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1910-1919/decreto-11481-10-fevereiro-1915-574770-republicacao-98061-pe.html>. Acesso em: 19 mai. 2019.

No ano de 1921, o decreto nº 4294, 6/07/1921<sup>378</sup> é sancionado, tratando-se da primeira lei específica sobre drogas no Brasil. O decreto previa, dentre outras coisas, penalizar quem "vender, expôr á venda ou ministrar substancias venenosas, sem legitima autorização e sem as formalidades prescriptas nos regulamentos sanitarios" [sic]. Por substância venenosa, entendia-se o ópio, seus derivados e cocaína. Além disso, a embriaguez que acarretasse "atos nocivos a si próprio, a outrem ou à ordem pública" passou a ser punida com a internação compulsória em "estabelecimento correccional adequado", vide o art. 3º da legislação.

O passo decisivo foi dado no Governo Provisório de Getúlio Vargas com o Decreto 20.930/32379, que previu expressamente o rol das substâncias consideradas tóxicas, dentre as quais estava o ópio, a cocaína e a *cannabis*. No art. 25 foram previstas penas de prisão de 1 a 5 anos para as nove ações que estivessem relacionadas aos núcleos principais do tipo penal: vender, ministrar, dar, trocar, ceder, proporcionar, propor-se, induzir e instigar. Esse fenômeno é o que Zaffaroni posteriormente denomina de "multiplicação dos verbos", característica das legislações de drogas latino-americanas sob a influência da política internacional proibicionista (ZAFFARONI, 1990, p. 18).

Em abril de 1936, foi criada a Comissão Nacional de Fiscalização de Entorpecentes (CNFE) pelo decreto nº 780380. E em 1938, foi promulgada a Convenção para representação do tráfico ilícito das drogas nocivas, por meio do decreto nº 2.994/38381. Sobre estas novas legislações, Salo de Carvalho (2016) reitera que estas passaram a delinear um novo modelo de gestão repressiva, sendo o primeiro "grande impulso na luta contra as drogas no Brasil" e o "surgimento de uma política proibicionista sistematizada".

Em novembro do mesmo ano, o decreto-lei nº 891382 aprovava a "Lei de Fiscalização de Entorpecentes". Segundo Jonas Carvalho, a lei tinha como objetivo "dotar o país de uma legislação capaz de regular eficientemente a fiscalização de entorpecentes" (CARVALHO, 2011, p.11). O autor proclama que há dois fatores inovadores e fundamentais

---

378 Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1920-1929/decreto-4294-6-julho-1921-569300-republicacao-92584-pl.html>. Acesso em: 19 mai. 2019.

379 Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-20930-11-janeiro-1932-498374-publicacaooriginal-81616-pe.html>. Acesso em: 19 mai. 2019.

380 Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-780-28-abril-1936-472250-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 19 mai. 2019.

381 Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-2994-17-agosto-1938-348813-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 19 mai. 2019.

382 Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/1937-1946/Del0891.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/1937-1946/Del0891.htm). Acesso em: 19 mai. 2019.

no decreto-lei de 1938, primeiramente o fato de pela primeira vez se determinar em território nacional a proibição total do plantio, tráfico e consumo das substâncias relacionadas. O outro fator encontra-se no capítulo III da lei, onde se estabelece o direito legal da internação compulsória por parte do Estado.

Em 1940 sobrevém um novo Código Penal<sup>383</sup> que revoga todos os dispositivos penais vigentes relacionados à matéria. Além da redução do número de verbos incriminadores do tipo, o referido código confirmou a opção do Brasil de não criminalizar o consumo, ainda que os usuários estivessem submetidos a rigoroso tratamento, com internação obrigatória. Segundo a página do Senado Federal, a visão de que as drogas seriam tanto um problema de saúde quanto de segurança pública, desenvolvida pelos tratados internacionais da primeira metade do século passado, foi paulatinamente traduzida para a legislação nacional. Conforme Roberta Duboc Pedrinha, especialista em Direito Penal e Sociologia Criminal, estabeleceu-se uma "concepção sanitária do controle das drogas"<sup>384</sup>.

Já na década de 60, Silva (2011) afirma que ocorreu uma reação da sociedade à contracultura dos *hippies* que havia sido instaurada – e que era intrinsecamente ligada ao consumo de substâncias psicoativas tais como a maconha e o LSD. Assim, verificou-se um endurecimento das leis penais já existentes sobre drogas tendo por fundamento um rechaço moral da cultura belicista dominante, principalmente nos Estados Unidos. No mesmo sentido, Salo de Carvalho (2016) afirma que, com a entrada do consumo de drogas no espaço público, aumentando sua visibilidade, gerou-se um pânico moral que deflagrou intensa produção legislativa em matéria penal, bem como o início da transnacionalização do controle sobre os entorpecentes. Conclui:

Passa a ser gestado, neste incipiente momento de criação de instrumentos totalizantes de repressão, o modelo médico-sanitário-jurídico de controle dos sujeitos envolvidos com drogas, fundado em duplo discurso que estabelecerá a ideologia de diferenciação. A principal característica deste discurso é traçar nítida distinção entre consumidor e traficante, ou seja, entre doente e delinquente (CARVALHO, 2016, p. 43-54).

A ação contra o tráfico e o tratamento dos toxicômanos solidificam o discurso do "combate ao mal" e a adequação das normas internas brasileiras aos compromissos

---

383 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: 1 nov. 2019.

384 Disponível em: <https://www.senado.gov.br/noticias/Jornal/emdiscussao/dependencia-quimica/iniciativas-do-governo-no-combate-as-drogas/historia-do-combate-as-drogas-no-brasil.aspx>. Acesso em: 23 mai. 2019.

internacionais de repressão. Com o mesmo entendimento, Nilo Batista (1997) reitera que assim surgiu um novo modelo para a sistemática legal referente a drogas, o modelo bélico – sucessor do modelo sanitário vigente desde o início do século XX –, o qual “opõe-se à droga com métodos de guerra”.

Conforme Karam (2013), a política proibicionista subiu de tom a partir da década de 1970, passando a explicitamente associar o sistema penal à guerra. Assim, em 1971, o então presidente norte-americano Richard Nixon declarou uma “guerra às drogas”, que logo se expandia para o mundo. Sobre o tema:

A expansão do poder punitivo incorpora ao controle social exercido através do sistema penal parâmetros bélicos que exacerbam a hostilidade contra os selecionados sofrendores concretos e potenciais da pena, ao acrescentar às ideias sobre o “criminoso” – tradicionalmente visto como o “mau”, o “outro”, o “perigoso” – e a seu papel de “bode expiatório” o ainda mais excludente perfil do “inimigo” (KARAM, 2013, p. 2).

Nesse contexto, com o golpe militar de 1964, o Brasil se comprometeu em efetivar uma guerra contra as drogas, punindo severamente quem as consumisse ou vendesse. A criação da Lei nº 4.483, de 16 de novembro de 1964<sup>385</sup>, reorganizou o Departamento Federal de Segurança Pública, estabelecendo uma nova composição na estrutura da Polícia Federal, criando o SRTE – Serviço de Repressão a Tóxicos e Entorpecentes. Em 1968, é editado o Decreto-Lei 385/68<sup>386</sup>, que altera o artigo 281 do Código Penal, criminalizando o usuário com pena idêntica àquela imposta ao traficante e rompendo o discurso de diferenciação.

Batista ressalta que o período da ditadura no Brasil foi essencial para a imposição da política criminal de drogas:

**A ditadura, com suas campanhas de lei e ordem e sua política de segurança nacional, construiu assim o estereótipo político criminal do novo inimigo interno: o traficante.** A guerra contra as drogas pôde assim garantir a permanência do aparato repressivo, aprofundando seu caráter autoritário e assegurando investimentos crescentes para o controle social e a segurança pública. **Não foi só a infraestrutura que se manteve após o período militar: o novo**

385 Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L4483.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L4483.htm). Acesso em: 23 mai. 2019.

386 Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/1965-1988/Del0385.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1965-1988/Del0385.htm). Acesso em: 23 mai. 2019.

**inimigo propiciou também a renovação dos argumentos exterminadores, o aumento explosivo das execuções policiais e a naturalização da tortura. Tudo é normal se o alvo é o traficante nas favelas** (BATISTA, 2016, p. 7, grifo nosso).

Segundo Machado e Miranda, "com o incremento do consumo de drogas ilícitas no país, verificado a partir da década de 1960, devido a expansão do consumo de maconha, antes restrito a setores marginalizados das grandes cidades, para as classes médias", em 1976 foi sancionada a Lei 6.368/76387 (MACHADO; MIRANDA, 2007, p. 805). Mais conhecida como a Lei de Entorpecentes, permaneceu em vigência até o dia 09 de outubro de 2006. Na prática, tratava-se de cumprir as convenções de 1971 (Viena) e 1972 (Protocolo de Emendas à Convenção Única sobre Entorpecentes de 1961 – Genebra).

No entendimento de Salo de Carvalho, a lei maximizou o discurso repressivo belicista de Guerra às Drogas, tornando este discurso jurídico-político a dimensão de modelo oficial do repressivismo brasileiro, com a priorização da repressão em detrimento da prevenção:

No plano político-criminal, a Lei 6.368/76 manteve o histórico discurso médico-jurídico com a diferenciação tradicional entre consumidor (dependente e/ou usuário) e traficante, e com a concretização moralizadora dos estereótipos consumidor-doente e traficante-delinquente. Outrossim, com a implementação gradual do discurso jurídico-político no plano da segurança pública, à figura do traficante será agregado o papel (político) do inimigo interno, justificando as constantes exacerbações de pena, notadamente na quantidade e na forma de execução, que ocorrerão a partir do final da década de setenta (CARVALHO, 2016, p.74).

Vera Malaguti Batista percebe a cisão do discurso jurídico-político-médico conforme a identidade do sujeito criminalizado:

Aos jovens de classe média que a consumiam, aplicou-se sempre o estereótipo médico e aos jovens pobres que a comercializavam, o estereótipo criminal. Este quadro propiciou um colossal processo de criminalização de jovens pobres que hoje superlotam os sistemas de atendimento dos adolescentes infratores. A visão seletiva do sistema penal para adolescentes infratores e a diferenciação no tratamento dado aos jovens pobres e aos jovens ricos, ao lado da aceitação social que existe quanto ao consumo de drogas, permite-nos afirmar que o

---

387 Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L6368.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6368.htm). Acesso em: 23 mai. 2019.

problema do sistema não é a droga em si, mas o controle específico daquela parcela da juventude considerada perigosa (BATISTA, 2008, p. 122).

A base ideológica dessa política criminal da intolerância, segundo Salo de Carvalho, é o tripé ideológico representado pelos Movimentos de Lei e Ordem (MLOs), pela Ideologia da Defesa Social (IDS) e, subsidiariamente, pela Ideologia da Segurança Nacional (ISN):

Com a interação dos horizontes de punitividade, obtém-se modelo super positivista de combate à criminalidade cujo efeito, através do uso propagandístico fornecido pelos *mass media* sensacionalistas, é a potencialização do princípio do bem e do mal na cisão da sociedade entre criminosos e não criminosos. Não por outro motivo Hulsman sustenta que "as produções dramáticas tradicionais e parte da mídia tendem a perpetuar a ideia simples - e simplista - de que há os bons de um lado e os maus do outro" (HULSMAN, 1993, p. 56 apud CARVALHO, 2016, p. 90).

Segundo Bittencourt (1986), as orientações legislativas previstas na Lei 6.368/76 favoreceram o surgimento da assistência à saúde para usuários de drogas a partir da década de 1980, quando foram criados os primeiros centros de tratamento (públicos ou religiosos) no Brasil, como a criação do Sistema Nacional de Prevenção, Fiscalização e Repressão de Entorpecentes<sup>388</sup>, e do Conselho Federal de Entorpecentes (Confen). Machado e Miranda (2007) ressaltam que em vários momentos de sua história, o Confen dedicou-se ao campo das ações de repressão ao uso e ao de tráfico de drogas. Com a redemocratização do país, a partir do fim da década de 1980, ultrapassou os limites desse campo, favorecendo o surgimento de práticas de prevenção, de tratamento e de pesquisa.

A Constituição de 1988,<sup>389</sup> determinou que o tráfico de drogas é crime inafiançável e sem anistia. Em seguida, a Lei de Crimes Hediondos (Lei 8.072/90<sup>390</sup>) proibiu o indulto e a liberdade provisória e dobrou os prazos processuais, com o objetivo de aumentar a duração da prisão provisória. Em 1994, em cooperação com o UNDCP – Programa das Nações Unidas para o Controle Internacional de Drogas – "o Ministério da Saúde reconheceu a redução de danos como estratégia de saúde pública no Brasil, tendo

388 Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1980-1987/decreto-85110-2-setembro-1980-434379-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 23 mai. 2019.

389 Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 23 mai. 2019.

390 Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8072.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8072.htm). Acesso em: 23 mai. 2019.

ainda como meta a prevenção da AIDS, das DSTs e de hepatites entre usuários de drogas injetáveis" (MACHADO; BOARINI, 2013, p. 586).

Por meio do decreto 2.362, de 19 de junho de 1998<sup>391</sup> – substituído posteriormente pelo decreto 3.696, de 21 de dezembro de 2000<sup>392</sup> – o presidente Fernando Henrique Cardoso instituiu o Sistema Nacional Antidrogas (Sisnad), que tinha como função integrar as atividades de repressão (ao uso indevido, ao tráfico ilícito e à produção de drogas) e de prevenção (tratamento, recuperação e reinserção social dos dependentes).

Segundo Machado e Boarini (2013), a estratégia de redução de danos foi progressivamente sendo incorporada à legislação brasileira. Nesse sentido, a partir da aprovação da Lei 10.216/2001<sup>393</sup>, foram ressaltados os direitos à saúde e à proteção do usuário e do dependente de álcool e de outras drogas.

Ainda em 2001, foi aprovada a Política Nacional Antidrogas – PNAD - que, segundo as autoras, ao mesmo tempo que propagava o discurso proibicionista e idealizava uma sociedade livre do uso de drogas, também apoiava a criação e a implementação de estratégias de redução de danos para o indivíduo, com enfoque na prevenção de doenças e na formação de redutores de danos. Em 2003, a estratégia de redução de danos ganha visibilidade por meio da política do Ministério da Saúde para atenção integral a usuários de álcool e de outras drogas<sup>394</sup>. "Essa política apresenta críticas ao ideal de abstinência e às políticas proibicionistas, e alerta para a responsabilidade da saúde pública pelo problema das drogas e para a necessidade de superar os atuais modelos assistenciais e de atenção integral" (MACHADO; BOARINI, 2013, p. 588).

Machado e Miranda (2007) analisam que ainda que o fenômeno do uso de drogas tenha sido objeto das intervenções governamentais durante o século XX, foi apenas em 2003 que o Ministério da Saúde reconheceu que houve um atraso histórico do Sistema Único de Saúde (SUS) na admissão da responsabilidade ao enfrentamento de problemas associados ao consumo de álcool e outras drogas. Deste modo, propôs que o consumo de álcool e outras drogas fosse considerado um problema de saúde pública e não médico-psiquiátrico ou jurídico e sugeriu a adoção de uma política baseada na concepção ampliada de redução de danos.

---

391 Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/D2632.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D2632.htm). Acesso em: 23 mai. 2019.

392 Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/D3696.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3696.htm). Acesso em: 23 mai. 2019.

393 Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/leis\\_2001/l10216.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10216.htm). Acesso em: 23 mai. 2019.

394 Disponível em: [http://bvsm.s.saude.gov.br/bvs/publicacoes/politica\\_atencao\\_alcool\\_drogas.pdf](http://bvsm.s.saude.gov.br/bvs/publicacoes/politica_atencao_alcool_drogas.pdf). Acesso em: 23 mai. 2019.



No ano 2005, "a PNAD teve seu nome modificado e ocorreram outras disposições da política balizadora das ações no âmbito da prevenção, tratamento, reinserção social e repressão ao tráfico" (MACHADO; BOARINI, 2013, p. 589). Hoje seu nome passou a ser Política Nacional sobre Drogas<sup>395</sup>, e tem como princípio a redução de danos (Brasil, 2005). Essa mudança, aparentemente de caráter semântico, representou o desejo de reverter o foco da PNAD, que trazia como bandeira a guerra às drogas, e de resgatar o usuário nessa discussão (GARCIA; LEAL; ABREU, 2008).

### 2.1.3 Antecedentes Legislativos da Lei 11.343/06

Já em relação ao sistema jurídico, a necessidade de reforma integral do texto da lei de Drogas de 1976 vinha sendo debatida no Congresso desde o início da década de 1990 e, nesse contexto, nasceu a lei 10.409/02<sup>396</sup>. Segundo Salo de Carvalho (2016), houve um quadro de reformas legais e de práticas repressivas que desembocou na nova Lei de Drogas (Lei 11.343/06), com um percurso que: 1. define seu rito processual inquisitório (através da referida Lei 10.409/02 e também da Lei 9.034/95<sup>397</sup> - Lei do Crime Organizado); 2. densifica a estrutura da execução da pena (através da Lei 10.792/03<sup>398</sup> - Regime Disciplinar Diferenciado); e que 3. regula práticas de intervenção invasivas no controle de aeronaves suspeitas de tráfico de entorpecentes (Decreto 5.144/04<sup>399</sup> - Lei do Abate de Aeronaves). Isto porque "a emergência da Lei 11.343/06 ocorre sob o signo da repressão às organizações criminosas responsáveis pelo comércio ilegal de entorpecentes" (CARVALHO, 2016, p. 94).

Ainda sobre o advento da nova lei 11.343/06, Boiteux ressalta que foi longo o caminho percorrido pelos projetos de leis de drogas que tramitaram a partir da Lei 10.409/02:

O Poder Executivo encaminhou ao Congresso um novo projeto de lei (n. 6.108/02), que tramitou por dois anos na Câmara dos Deputados, e foi apensado ao Projeto de Lei n. 7.134/02, originário do Senado Federal (PLS no 115/02). A Câmara analisou os dois conjuntamente e

---

395 Disponível em: <http://www.justica.gov.br/central-de-conteudo/politicas-sobre-drogas/cartilhas-politicas-sobre-drogas/2011legislacaopoliticaspublicas.pdf>. Acesso em: 23 mai. 2019.

396 Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/2002/L10409.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10409.htm). Acesso em: 1 nov. 2019.

397 Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9034.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9034.htm). Acesso em: 1 nov. 2019.

398 Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2003/l10.792.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.792.htm). Acesso em: 1 nov. 2019.

399 Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2004-2006/2004/Decreto/D5144.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Decreto/D5144.htm). Acesso em: 1 nov. 2019.

aprovou no Plenário, em 2004, o Substitutivo da Câmara de Deputados (PLS no 7.134-B). Devido às alterações feitas pela Câmara, o projeto retornou ao Senado, onde tramitou como SCD n. 115/02, que deu origem à nova lei de drogas (n. 11.343/06) (BOITEUX, 2006 p. 1).

Assim, após 30 (trinta) anos de vigência, a Lei 6.368/76 fora revogada expressamente pela nova Lei de Drogas, da mesma maneira que a Lei 10.409/2002. Conforme Carvalho (2016), é possível afirmar que a base ideológica da Lei 11.343/06 mantém inalterado o sistema proibicionista inaugurado com a Lei 6.368/76. O autor entende que a sinalização da lei 10.409/02 no sentido do incremento da repressão do tráfico, juntamente à recepção dos modelos de intervenção psiquiátrico-terapêutica, em usuários e dependentes, projetaram a estrutura material (delitos e penas) e processual (investigação, processamento e julgamento) da Lei 11.232/06.

A introdução em nossa legislação de "algumas novidades no processo penal, novidades que provêm da Idade Média e agora viraram pós-modernas" (ZAFFARONI, 2005, p. 17) gerou um "incremento nos níveis de encarceramento (preventivo e executivo), bem como a ruptura com o sentido humanitário previsto da Lei de Execução Penal (LEP)" (CARVALHO, 2016, p. 98-99).

## 2.2 ASPECTOS GERAIS DA LEI 11.343/2006

Analisado o histórico de combate às drogas no Brasil, bem como as ideologias e movimentos que influenciaram na política criminal em relação à matéria, passa-se ao estudo da Lei 11.343/2006, em conjunto com as questões jurídicas que a envolvem.

Boiteux (2009) salienta que, com a nova Lei, houve a positivação dos princípios do sistema nacional de políticas públicas sobre drogas, marcando um paradigma proibicionista moderado, com reconhecimento de estratégias de redução de danos. Dentre eles, destacam-se:

O respeito aos direitos fundamentais da pessoa humana, especialmente quanto à sua autonomia e liberdade" (art. 4º, I), o reconhecimento da diversidade (art. 4º, II), a adoção de abordagem multidisciplinar (inciso IX), além de fixar as seguintes diretrizes com relação à prevenção do uso de drogas, por meio do "fortalecimento da autonomia e da responsabilidade individual em relação ao uso indevido de drogas" (art. 19, III), e o reconhecimento expresso de que

“reconhecimento da redução de riscos como resultados desejáveis das atividades de natureza preventiva” (inc. VI) (BOITEUX, 2009, p. 35).

### **2.2.1 Da figura do usuário de drogas - O art. 28 da Lei 11.343/06**

Passando a vigorar no país 45 (quarenta e cinco) dias após sua publicação, ou seja, no dia 08 de outubro de 2006, as principais normas incriminadoras da Lei 11.343/06 são os chamados delitos de tráfico e de porte para consumo.

O delito de porte para consumo está tipificado no título III (Das Atividades de Prevenção do Uso Indevido, Atenção e Reinserção Social de Usuários e Dependentes de Drogas), no Capítulo III (Dos Crimes e das Penas), art. 28, Caput, que assim prevê:

Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas:

I - advertência sobre os efeitos das drogas;

II - prestação de serviços à comunidade;

III - medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo (BRASIL, 2006).

Há previsão de condutas equiparadas, sujeita às mesmas penas:

§ 1º Às mesmas medidas submete-se quem, para seu consumo pessoal, semeia, cultiva ou colhe plantas destinadas à preparação de pequena quantidade de substância ou produto capaz de causar dependência física ou psíquica (BRASIL, 2006).

O artigo anterior correspondente (art. 16 da Lei 6.368 de 1976) tinha pena de detenção de 6 meses a 2 anos e multa àquele que adquirisse, guardasse ou trouxesse consigo, para o uso próprio, substâncias legalmente classificadas como drogas. Percebe-se que a nova Lei deixou de punir o usuário com pena privativa de liberdade: ao usuário não se comina pena de prisão e a intenção é que ele nem sequer passe pela polícia. Conforme previsto no art. 48, § 1º, da Lei 11.343/06, o usuário ou dependente será enviado diretamente aos Juizados Criminais.

Em qualquer das modalidades previstas (art. 28, caput e § 1º) é necessário um especial fim de agir: a droga deve destinar-se “para uso próprio”, ou seja, as condutas elencadas no art. 28 não suportam a forma culposa. Conforme ensina Marcão (2011), o sujeito ativo da conduta pode ser qualquer pessoa, já o passivo, trata-se da coletividade, pois visa à punição do perigo a que fica exposto. O objeto jurídico da tutela penal é a saúde pública e a razão jurídica da punição é o perigo social que a conduta representa.

De acordo com a doutrina majoritária, o art. 28 não trata da descriminalização ou legalização do porte de entorpecentes, mas sim de uma despenalização, como ensina Capez:

Entendemos, no entanto, que não houve descriminalização da conduta. O fato continua a ter a natureza de crime, na medida em que a própria Lei o inseriu no capítulo relativo aos crimes e às penas (Capítulo III); além do que as sanções só podem ser aplicadas por juiz criminal e não por autoridade administrativa, e mediante o devido processo legal (no caso, o procedimento criminal do Juizado Especial Criminal, conforme expressa determinação legal do art. 48, parágrafo 1º, da nova Lei). (...) No sentido de que não houve abolitio criminis, mas apenas ‘despenalização’ (...) (CAPEZ, 2017, p. 764).

Segundo Boiteux (2009), houve uma redução do controle penal acerca dos usuários, especialmente se comparada com a anterior Lei n. 6.368/76. Conforme a autora, isso se deu, além da despenalização, devido à equiparação dos usuários com a conduta do *grower*, ou seja, quem planta para consumo pessoal (art. 28, § 1º); e à redução da pena para a hipótese de consumo compartilhado de droga ilícita (art. 33, § 3º), antes equiparada ao tráfico.

### **2.2.2 Da figura do traficante (art. 33 da Lei 11.343/06) e do aumento da pena mínima para o delito de tráfico de drogas**

No que tange, porém, ao tráfico de drogas, a Lei 11.343/06 deu tratamento penal bastante diferente ao delito, tendo em consideração o aumento da pena mínima do tráfico de três para cinco anos, fato que impede a aplicação das penas alternativas de liberdade. Observemos a redação conferida ao art. 33, presente no Título IV (Da Repressão à Produção Não Autorizada e ao Tráfico de Drogas), Capítulo II (Dos Crimes), que tipifica o delito de tráfico de drogas:

Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa (BRASIL, 2006).

Também são previstas, no parágrafo primeiro, figuras equiparadas ao tráfico de drogas, sujeitas às mesmas penas:

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem:

I - importa, exporta, remete, produz, fabrica, adquire, vende, expõe à venda, oferece, fornece, tem em depósito, transporta, traz consigo ou guarda, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, matéria-prima, insumo ou produto químico destinado à preparação de drogas;

II - semeia, cultiva ou faz a colheita, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, de plantas que se constituam em matéria-prima para a preparação de drogas;

III - utiliza local ou bem de qualquer natureza de que tem a propriedade, posse, administração, guarda ou vigilância, ou consente que outrem dele se utilize, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, para o tráfico ilícito de drogas (BRASIL, 2006).

Com a nova lei, a expressão "substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica" foi substituída por "drogas" e foram mantidos os dezoito verbos nucleares pelos quais é possível praticar o crime de tráfico na forma fundamental, de forma que, se o agente realizar qualquer uma das condutas, estará praticando o delito. Com o advento da lei, a já mencionada pena mínima passou a ser de cinco anos, podendo chegar até o máximo de quinze anos, devendo ser cumprida inicialmente em regime fechado (em razão do Art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072). Ademais, proíbe-se praticamente todos os benefícios que o agente poderia ter: fiança, indulto, sursis, anistia, liberdade provisória, vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos (art. 44 da Lei 11.343/06).

Conforme Marcão (2011), assim como no art. 28, o objetivo jurídico tutelado é a saúde pública. Assim o sujeito ativo é qualquer pessoa, ressalvada a modalidade de prescrever, em que se cuida de crime próprio; e o sujeito passivo em regra é a coletividade. Gomes (2011) ensina que o delito previsto no art. 33 da Lei de Drogas é punido somente na forma dolosa, isto é, o agente, com consciência e vontade, pratica qualquer dos núcleos verbais trazidos pelo tipo, ciente de que explora substância entorpecente proibida (droga)

sem autorização ou determinação legal ou regulamentar. Caso o agente não tivesse conhecimento de que tem consigo, guarda ou tem a posse etc. de droga, configurado estará o chamado erro de tipo, que é excludente do dolo (e, portanto, da tipicidade).

A respeito do paralelo traçado entre o art. 28 e o art. 33 da nova lei, Boiteux entende que a despenalização apenas foi arquitetada para compensar o aumento da pena do delito de tráfico de drogas:

Diante desta grande diferença imposta às duas condutas supõe-se que o grande destaque dado à despenalização da posse de entorpecentes, com pequena representatividade estatística, teve por objetivo atuar como uma "cortina de fumaça", para encobrir o desproporcional aumento da pena do delito de tráfico de drogas ilícitas constante do mesmo diploma legal (BOITEUX, 2006 p. 2).

A autora destaca que a posse de drogas ilícitas para uso próprio já havia sido despenalizada, na prática, desde a Lei 6.416/77, que ampliou o *sursis*, e foi reforçada mais adiante pela Lei 9.099/95, que trouxe a possibilidade da suspensão condicional do processo e, ainda, pela Lei 10.259/01, que aumentou o alcance da transação penal. Boiteux (2006, p.3) aponta que a nova lei de drogas foi apenas um símbolo, "por ser a primeira vez em que se deixa de prever pena de prisão para um delito, ainda que mantendo o usuário dentro da esfera de controle penal, enquanto que, na prática, pouco altera a realidade social". Sendo a única mudança substancial trazida pela nova lei o aumento da pena de tráfico para cinco anos, conclui:

Não se considera ter havido um avanço, e que melhor seria manter a lei anterior, já que o usuário não era preso da mesma forma, mas encaminhado ao Juizado Especial, enquanto que a pena mínima para o tráfico prevista era de três anos. Ao contrário, com a lei nova haverá um reforço do abismo já existente entre a figura do usuário e do traficante, que atingirá diretamente os pequenos traficantes selecionados pelo sistema para cumprirem pena (BOITEUX, 2006 p. 3).

Carvalho (2016) sustenta equivalente convicção, entendendo que mesmo diante de diversas alternativas ao proibicionismo na época de edição e promulgação da Lei 11.343/06 – sendo uma destas a redução de danos –, a escolha legislativa foi a manutenção do ideológico proibicionista vigente desde a década de 70:

Embora perceptíveis substanciais alterações no modelo legal de incriminação, notadamente pelo desdobramento da repressão ao comércio ilegal em inúmeras hipóteses típicas e pelo processo de descarcerização da conduta de porte para uso pessoal, é possível

afirmar que a base ideológica da Lei 11.343/06 mantém inalterado o sistema proibicionista inaugurado com a Lei 6.368/76, reforçando-o (CARAVALHO, 2016, p. 118).

### **2.2.3 Obscuridade da Lei nos critérios de distinção entre usuário e traficante de drogas e seletividade da atuação da Justiça Penal**

Outra questão emblemática no campo da política criminal de drogas que a nova lei trouxe é o não estabelecimento de critérios objetivos distintivos entre usuário e traficante. Entende-se que o dispositivo chave que difere a aplicação do artigo 28 (usuário) ou do art. 33 (traficante) da Lei de drogas está assentado no texto do § 2º, do art. 28 da referida lei, que assim assevera:

§ 2º Para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente.

A Lei determina, em seu art. 28, § 2º, não ser suficiente para determinar se a droga se destinava ao consumo pessoal somente a quantidade e a natureza da droga apreendida, devendo-se também se atentar ao local e condições da apreensão e a questões sociais e pessoais, bem como a conduta e antecedentes do agente. A grande problemática é que o art. 33 repete cinco verbos já tipificados no art. 28 da mesma lei: "adquirir", "ter em depósito", "guardar", "trazer consigo" e "transportar".

Gomes discorre sobre os sistemas legais para diferenciar o usuário do traficante:

Há dois sistemas legais para se decidir sobre se o agente (que está envolvido com a posse ou porte de droga) é usuário ou traficante: (a) sistema de quantificação legal (fixa-se, nesse caso, um quantum diário para o consumo pessoal; até esse limite legal não há que se falar em tráfico); (b) sistema do reconhecimento judicial ou policial (cabe ao juiz ou à autoridade policial analisar cada caso concreto e decidir sobre o correto enquadramento típico). A última palavra é a judicial, de qualquer modo, é certo que a autoridade policial (quando o fato chega ao seu conhecimento) deve fazer a distinção entre usuário e traficante (GOMES, 2011, p. 172).

O autor enfatiza que o ordenamento jurídico brasileiro adotou o segundo critério, o do sistema de reconhecimento judicial ou policial. Dessa forma, compete ao juiz ou a

autoridade policial reconhecer, com fundamento nos critérios legais objetivos, se a droga encontrada se destina ao consumo pessoal ou ao tráfico.

De acordo com Costa e Marcelino, essa dualidade de tipificação causa tremenda insegurança jurídica, certo que o único aspecto concreto de diferenciação entre uma conduta e outra é o fator consumo. Percebe-se que a lei de drogas tentou fazer a distinção do que seja usuário e do que seja traficante, mas por não oferecer parâmetros objetivos para isso, fica a cargo da autoridade policial, promotor, ou magistrado essa caracterização, "que muitas vezes é embasada em dogmas sociais, poder aquisitivo, ou até mesmo racial" (COSTA; MARCELINO, 2017, p. 13).

Assim, de acordo com Salo de Carvalho, em não ficando demonstrado o dolo específico de consumo pessoal, qualquer outra intenção, independente da destinação comercial, direcionaria a subsunção da conduta ao art. 33, decorrência da generalidade do dolo:

Cria-se, em realidade, espécie de zona gris de alto empuxo criminalizador na qual situações plurais são cooptadas pela univocidade normativa. Esta situação, inclusive, não invariavelmente potencializa na jurisprudência tendência à inversão do ônus da prova, recaindo ao réu o dever de provar durante a cognição a especial finalidade de agir, eximindo a acusação do dever processual imposto pela Constituição, qual seja, confirmar, à exaustão, todas as hipóteses narradas na denúncia e efetivamente apresentar as evidências que permitem concluir não ser a ação direcionada ao uso próprio ou compartilhado (CARVALHO, 2016. p. 201).

Neste sentido, Lima (2012) defende que a (in)distinção entre usuário e traficante, torna muitas vezes meramente subjetiva a determinação, pelas autoridades policiais e judiciais, daquilo que seria uma "grande" ou "pequena" quantidade de entorpecentes apreendidos quando da prisão por tráfico. Assim, ampla discricionariedade se abre às autoridades responsáveis pela aferição da conduta sob análise, tal como quando se analisa a variedade e natureza das drogas ilícitas apreendidas.

Segundo Costa e Marcelino (2017), a falta de parâmetros quantitativos concretos, além de gerar danos ao agente do delito injustamente acusado, acarreta em consequências para a sociedade, como a constituição de insegurança jurídica e até mesmo a banalização do exercício policial. Isso se dá pois nos casos concretos que não se apresentarem claros, as autoridades policiais passam a enquadrar todos como traficante, para isentar de dúvidas o seu trabalho, ainda que não fossem. Ocorre aqui uma inversão do ônus da prova que não deveria acontecer.



Weigert (2010) afirma que a distinção entre usuário e traficante, na justiça penal brasileira, é realizada de forma seletiva. Significa dizer que o processo de seleção da criminalidade, diagnóstico feito pelo paradigma criminológico da Reação Social, permeia constantemente a criminalização de consumo e comércio ilegal de drogas no Brasil, notadamente em relação à diferenciação entre estes delitos. Referente ao conteúdo, destaca Nucci:

Naturalmente, espera-se que, com isso, não se faça um juízo de valoração ligado às condições econômicas de alguém. Ex.: Se um rico traz consigo cinco cigarros de maconha, seria usuário porque pode pagar pelas drogas. Entretanto, sendo o portador pessoa pobre, a mesma quantidade seria considerada tráfico. [...] Ilustrando, de modo mais razoável: aquele que traz consigo quantidade elevada de substância entorpecente e já possui anterior condenação por tráfico evidencia, como regra, a correta tipificação no art. 33 desta Lei. [...] o agente que traz consigo pequena quantidade de droga, sendo primário e sem qualquer antecedente, permite a conclusão de se tratar de mero usuário [...]. Não há entre os critérios o predomínio de uns sobre os outros, tudo a depender do caso concreto. **Visto que o poder aquisitivo da agente apreendido, pode facilmente oferecer uma visão final equivocada de classificação, ou seja, o agente com poder aquisitivo menor deve ser automaticamente condenado por tráfico de drogas?** Ou um o agente com poder aquisitivo maior, mesmo portando uma grande quantidade de drogas deve ser tido como usuário? (NUCCI. 2007, p. 308, grifo nosso)

Ao considerar circunstâncias de natureza sociais e pessoais, bem como a conduta e os antecedentes do agente como elementos para incriminar alguém, entra-se em questão a etnia, a religião, a preferência sexual, a raça, entre outros. Diante disto, é inevitável que as classes menos favorecidas da sociedade sejam alvos principais do sistema punitivo estatal. Já as classes privilegiadas dificilmente serão atingidas por esta norma penal.

A corroborar com exposto acima, Maria Lúcia Karam:

A posição precária no mercado de trabalho, as deficiências da socialização familiar, o baixo nível de escolaridade, presentes entre os que ocupam uma posição inferior na sociedade, são, não como se

costumam a pontar, causas da criminalidade, mas sim características desfavoráveis, que, identificando seus portadores com o estereótipo de criminoso, terão influência determinante naquele processo de seleção dos que vão desempenhar o papel de criminoso (KARAM, 1993, p. 58).

Conforme Vilar (2009), a miserabilidade econômica e social de um indivíduo não pode se tornar causa para imputação de penalidade, bem como não pode servir de argumento para concebê-lo como criminoso, sob pena de estar-se a violar a própria política de prevenção trazida pela vigente Lei de Drogas que traz uma proteção acrescida aos vulneráveis, em seu art. 18, ao estabelecer como atividade de prevenção do uso indevido de drogas, aquelas que estejam direcionadas para a redução dos fatores de vulnerabilidade e risco, com a finalidade da promoção e fortalecimento dos fatores de proteção.

Sobre o tema, impõe transcrever lições de Zaffaroni:

Nossos sistemas penais reproduzem sua clientela por um processo de seleção e condicionamento criminalizante que se orienta por estereótipos proporcionados pelos meios de comunicação de massa [...] Os órgãos do sistema penal selecionam de acordo com esses estereótipos, atribuindo-lhes e exigindo-lhe esses comportamentos, tratando-os como se se comportassem dessa maneira, olhando-os e instigando a todos a olhá-los do mesmo modo, até que se obtém, finalmente a resposta adequada ao papel assinalado (ZAFFARONI, 2001, p. 133)

### 2.3 O TRÁFICO PRIVILEGIADO: CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA

Evidenciadas as questões jurídicas da nova lei de drogas, passemos a analisar o art. 33, parágrafo quarto, objeto de estudo do presente Trabalho de Conclusão de Curso:

§ 4º Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.

Freitas Júnior (2006) defende que a possibilidade de redução da pena prevista no § 4º decorre de antigo anseio dos juristas, a fim de corrigir distorções existentes nas leis anteriores revogadas:

Antes da vigência da Lei n. 11.343/06, qualquer pessoa condenada pela prática de tráfico ilícito de drogas, teria que cumprir, no mínimo 3 (três) anos de reclusão, em regime integralmente fechado, possibilitando-se, apenas, a concessão de livramento condicional após cumpridos  $\frac{2}{3}$  (dois terços) da reprimenda. A redução, assim, caracteriza significativo avanço legislativo, possibilitando ao julgador analisar, com amplitude, as condições subjetivas do agente, a fim de melhor obedecer ao princípio da individualização da pena (FREITAS, 2006, p. 59-60).

Para Thums e Pacheco (2008, p. 93), trata-se de inovação legislativa, verdadeira *novatio legis in mellius*, "visto que permite ao juiz, no caso concreto, minorar a pena daquele traficante que teve seu primeiro envolvimento com drogas flagrado pelo sistema repressor". A respeito do surgimento da nova causa de diminuição, discorrem Mendonça e Carvalho:

Realmente, como aumentou a pena base do delito, poderia ser fonte de iniquidades aplicar a todo traficante no mínimo a pena de cinco anos de reclusão, principalmente para o traficante eventual. Assim, visando evitar uma padronização severa e com o intuito de diferenciar o grande do pequeno traficante, surgiu a nova causa de diminuição de pena (MENDONÇA; CARVALHO, 2012, p. 120).

### **2.3.1 Questões processuais sobre a aplicação do benefício previsto no parágrafo quarto**

Aprofundando o estudo da legislação, vejamos: foi criado o delito denominado "tráfico privilegiado", previsto no § 4º do referido artigo, que dispõe sobre a redução das penas de um sexto a dois terços, permitindo, inclusive, a substituição da pena privativa de liberdade por uma restritiva de direito. Para isso, o réu deverá cumprir com quatro requisitos cumulativos: a) agente primário, b) bons antecedentes, c) não dedicação a atividades criminosas, d) não integração de organização criminosa.

Conforme Rangel e Bacila (2015), trata-se de causa especial de diminuição de pena, para os tipos de tráfico ou equiparados ao tráfico do artigo 33, caput e § 1º. O instituto dedica-se a causa mais favorável, que deverá proporcionar novo cálculo das penas daqueles que praticaram os referidos crimes nessas condições. A diminuição deverá ser feita na última fase do cálculo da pena (terceira fase).

O conceito de primariedade é alcançado por exclusão: é o agente não reincidente. Sobre o termo, o Código Penal dispõe, em seu art. 63: "verifica-se a reincidência quando o

agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior" (BRASIL, 1940). Salienta-se que para efeito de reincidência, conforme o art. 64, não prevalece a condenação anterior, se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior tiver decorrido período de tempo superior a 5 (cinco) anos.

No que se refere ao conceito de bons antecedentes, o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula 444400: "é vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base". Verifica-se que os antecedentes do agente como parâmetro a ser avaliado pelo juiz é alvo de críticas. Conforme Arruda (2007), a utilização dos antecedentes criminais para se identificar, no caso concreto, a conduta típica que o agente praticou, enseja o retorno ao direito penal do autor. Tendo em vista que o legislador deixa de analisar o fato criminoso objetivamente para realizar uma apreciação subjetiva do agente, consagra-se uma verdadeira presunção de culpabilidade, contrariamente ao princípio de presunção da não-culpabilidade, previsto constitucionalmente.

Ademais, exige-se que o agente não se dedique a atividades criminosas. Assim, deverá o réu comprovar, para fazer jus ao benefício, que possui atividade lícita e habitual, não demonstrando personalidade e conduta voltadas para o crime. Por fim, não terá direito à diminuição o agente que integrar organização criminosa. Como a Lei não distinguiu, tanto faz se a organização criminosa é voltada para o tráfico de drogas ou apenas para outros ilícitos (MENDONÇA; CARVALHO, 2012).

Cabe evidenciar, que inicialmente o legislador proibiu que a pena resultante da diminuição, mesmo que inferior a quatro anos, fosse substituída por pena restritiva de direitos, porém o Plenário do STF entendeu inconstitucional esta proibição<sup>401</sup>. Posteriormente, o Senado Federal, fazendo uso da competência prevista no art. 52, X, da Constituição, suspendeu a execução da expressão que estava presente no § 4º - "vedada a conversão em penas restritivas de direitos"<sup>402</sup>, baseando-se no julgamento proferido pelo STF no HC 97.256/RS. Assim, a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direito é plenamente possível.

A simples leitura do parágrafo pode induzir o intérprete a imaginar que o benefício está na órbita discricionária do juiz. Contudo, Gomes et al (2008, p. 199) leciona que refere-se a direito subjetivo do réu: "parece-nos que, preenchidos os requisitos, o magistrado não

400 Disponível em: [http://www.coad.com.br/busca/detalhe\\_16/2362/Sumulas\\_e\\_enunciados](http://www.coad.com.br/busca/detalhe_16/2362/Sumulas_e_enunciados). Acesso em: 7 nov. 2019.

401 Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoTexto.asp?id=3072285&tipoApp=RTF>. Acesso em: 7 nov. 2019.

402 Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2012/Congresso/RSF-05-2012.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Congresso/RSF-05-2012.htm). Acesso em: 7 nov. 2019.

só pode, como deve reduzir a pena, ficando a sua discricionariedade (motivada) limitada à fração minorante (orientada pela quantidade e/ou espécie da droga apreendida)". Assim, caberá ao juiz examinar os requisitos e decidir se o réu de fato faz jus ao benefício da redução de pena, ficando a cargo do julgador o quantum descontado e a possibilidade da conversão da pena.

Outrossim, para Thums e Pacheco (2008), embora os requisitos para a diminuição da pena estejam apresentados cumulativamente, isso não impede que o juiz, no caso concreto, aplique a minorante sem exigir a presença de todos. No entanto, no caso de o agente integrar organização ou associação criminosa para traficar, haverá a incidência do art. 33, 'caput', ou § 1º, mais o art. 35, em concurso material, não se podendo falar na minorante em concreto. Neste sentido, lecionam Mendonça e Carvalho:

A Lei evidentemente impede que o benefício seja aplicado ao agente condenado pelo crime de associação para o tráfico, previsto no art. 35. Em primeiro lugar, porque o § 4º somente se refere aos crimes definidos no caput e no § 1º do art. 33. Além disso, se o réu também é processado pelo delito de associação, não se pode dizer que não se dedique a atividades criminosas e não integre organização criminosa. Ou seja, o reconhecimento da associação para o tráfico afasta terminantemente o privilégio (MENDONÇA; CARVALHO, 2012, p.122).

A grande questão é sobre o *quantum* a diminuir, dentro do parâmetro fixado pelo legislador (1/6 a 2/3). Mendonça e Carvalho entendem que o magistrado deverá analisar o quanto diminuir à luz dos elementos do art. 42, notadamente a natureza e quantidade de droga. Esta vem sendo a posição dos Tribunais Superiores (STJ – HC 182.142-SP403 e STF – HC 104.195404)

Ademais, a redução da pena aplica-se somente aos crimes tipificados no art. 33, 'caput', § 1º, I, II e III, não sendo aplicável ao § 2º e § 3º, já que são formas privilegiadas de traficância. Além de que, a aplicação dos benefícios previstos neste dispositivo legal aos fatos já julgados pode ser feita pelo Juízo da Execução, nos termos da súmula 611 do STF,

---

403 Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21122786/habeas-corpus-hc-182142-sp-2010-0149282-9-stj/inteiro-teor-21122787>. Acesso em: 7 nov. 2019.

404 Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?numero=110802&classe=HC>. Acesso em: 7 nov. 2019.

tendo em vista que necessariamente não envolve exame de mérito sobre circunstâncias fáticas (THUMS; PACHECO, 2008).

Quanto ao ônus da prova, orientam Rangel e Bacila (2015) que cabe ao acusado demonstrar os bons antecedentes, mas as provas de primariedade e de que não se dedica às atividades criminosas nem integra organização criminosa incumbem exclusivamente ao Estado, isto é, se nada foi demonstrado no processo que estabeleça ligação entre o réu e organização criminosa, a minorante beneficia-lhe automaticamente.

Deve o Ministério Público, portanto, livrar-se deste encargo e comprovar que ao menos um dos requisitos não está presente. Neste sentido vem decidindo o STF (STF, HC 103.225405; STF, RHC 107.759406; e STF, HC 99.608407). Sobre o ônus da prova, discorrem Thums e Pacheco (2008):

Quanto às exigências legais para a aplicação da redução da pena, cabe ao Ministério Público provar sua ausência e não ao réu provar sua presença. Se não houver provas de que o agente integra organização criminosa ou que se dedica ao crime, não havendo provas de reincidência nem de maus antecedentes, é porque o agente tem direito à redução (THUMS; PACHECO, 2008, p. 94).

Importante questão, em razão das consequências processuais desfavoráveis, é saber se, uma vez incidente a causa de diminuição do art. 33, § 4º, o delito poderia ser qualificado ou não como hediondo. Pronunciam-se Rangel e Bacila:

A figura do tráfico privilegiado recebeu tratamento diferenciado daquele previsto no artigo 33, caput, da Lei no 11.343/2006, haja vista a menor reprovabilidade da conduta do agente, culminando no abrandamento considerável da sanção imposta e no afastamento da hediondez do delito, sob pena de tratarmos igualmente os desiguais. **A regra do § 4o do art. 33, em comento, não é crime hediondo.** Logo, não poderá ter o tratamento da Lei no 8.072/1990, sendo

---

405 Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=629779>. Acessado em 7 nov. 2019.

406 Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=629907>. Acesso em: 7 nov. 2019.

407 Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=629907>. Acesso em: 7 nov. 2019.

chamada de tráfico privilegiado (RANGEL; BACILA, 2015, p. 111, grifo nosso).

Os autores concluem que afastando a figura do tráfico privilegiado do rol taxativo dos crimes equiparados a hediondo, desaparece a imposição legal quanto ao regime inicial de cum-primento de pena que, aliás, está a merecer uma interpretação que se harmonize com o texto constitucional, sob pena de inconstitucionalidade (RANGEL; BACILA, 2015).

O legislador não pode tratar de maneira idêntica condutas cuja reprovabilidade é diferente, pois o excesso punitivo esbarra no princípio da razoabilidade (proporcionalidade). Essa é a principal razão para não darmos tratamento idêntico ao tráfico de drogas e ao tráfico privilegiado (RANGEL; BACILA, 2015, p.112).

Neste passo, importante analisar se a causa de diminuição de pena em estudo poderá retroagir para beneficiar aqueles que praticaram fatos anteriores à nova Lei de Drogas. Como sabido, a lei anterior estabelecia uma pena para o tráfico que ia de três a quinze anos, e, neste aspecto era mais benéfica que a Lei atual. Contudo, poderia o juiz aplicar nos casos que ocorreram sob a vigência da Lei no 6.368 de 1976 a causa de diminuição de pena da Lei atual?

É necessário curvar-se à Súmula 501408 do STJ, *in verbis*: "É cabível a aplicação retroativa da Lei 11.343/2006, desde que o resultado na incidência das suas disposições, na íntegra, seja mais favorável ao réu do que o advindo da aplicação da Lei no 6.368/1976, sendo vedada a combinação de leis". Acerca desta enunciação, dissertam Rangel e Bacila:

O que a súmula não quer é a combinação de leis: pena de 3 anos de reclusão da Lei no 6.368/76 com diminuição de um a dois terços da Lei no 11.343/06 levando o réu a ficar, se diminuída de dois terços, com pena de 1 ano de reclusão bem inferior a 1 ano e 8 meses de reclusão da Lei no 11.343/06. Isto para a Súmula é combinação de leis. Não pode. Ou se aplica a integralidade da Lei no 11.343/06 por ser mais benéfica ou não se pode combinar as duas leis (6.368/76 e 11.343/06) para se achar um benefício ao réu (RANGEL; BACILA, 2015, p. 113-114).

Isto posto, o presente Trabalho de Conclusão de Curso possui o objetivo de estudar a figura penal prevista no art. 33, combinada com o § 4º, que prevê uma causa especial de redução de pena em determinadas hipóteses, quando a conduta é considerada

---

408 Disponível em: <http://www.criminal.mppr.mp.br/pagina-1273.html>. Acesso em: 7 nov. 2019.

menos grave, sendo assim um tipo privilegiado em relação ao caput. Um dos requisitos, como já explicitado, é a primariedade do réu. O foco da presente pesquisa, portanto, é a compreensão desta figura, ou seja, o instituto da reincidência.

Isto porque, ao olhar através de outra perspectiva o § 4º, nota-se que após ser beneficiado com o tráfico privilegiado e ser preso novamente, mesmo que com quantidades muito pequenas de drogas, o réu será considerado reincidente por cinco anos e estará sujeito a penas sempre superiores a cinco anos. Este conjunto de fatos impulsiona a superlotação dos presídios; estimula o abismo entre a figura do usuário e do traficante e atinge diretamente os pequenos traficantes selecionados pela justiça penal para cumprirem pena, como será a seguir demonstrado.

### **3 A REINCIDÊNCIA À LUZ DA LEI 11.343/06**

*“A reincidência é a prova do fracasso do Estado na sua tarefa ressocializadora.”*

*(Rogério Greco)*

#### **3.1 CONCEITO DE REINCIDÊNCIA PENAL E CRITÉRIOS PARA SUA VERIFICAÇÃO**

Superada a análise geral da modalidade do tráfico privilegiado (art. 33, § 4º), passemos a aprofundar o estudo para um dos requisitos deste dispositivo legal: a primariedade do réu. Conforme Capez e Prado (2016), a lei não define o que se deve entender por criminoso primário. Disso resulta que todo aquele que não for reincidente deve ser considerado primário. Como já exposto no tópico anterior, o Código Penal define a reincidência, em seu art. 63:

Art. 63. Verifica-se a reincidência quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior (BRASIL, 1940).

Insta, ainda, observar os dizeres de Zaffaroni e Pierangeli sobre as diferentes classificações da reincidência:

Na legislação comparada, encontramos várias maneiras de considerar a reincidência e seus efeitos. Assim, fala-se em reincidência genérica, que se conceitua como o cometimento de um delito, depois de ter sido o agente condenado e submetido à pena por outro delito, enquanto se denomina de reincidência específica a que exige a prática de um novo delito igual, ou da mesma categoria, daquele pelo qual sofreu anterior condenação. Também costuma-se chamar de reincidência ficta, que consiste na prática de um delito depois de ter sido condenado por outro, e de reincidência real, que consiste no



cometimento de um delito depois de ter sido condenado e "sofrido pena", por delito anterior (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2019, p. 744).

Cumpra estabelecer um brevíssimo histórico da reincidência no Brasil:

A reincidência no Brasil esteve presente desde o Código Criminal do Império de 1830 (artigo 16, §3º) e no Código Penal de 1890 (artigo 40); em ambos diplomas era tida como circunstância agravante, em relação ao "novo" delito, desde que da mesma natureza do antecedente (reincidência específica). Somente no Código de 1940, é que o legislador adotou simultaneamente a reincidência genérica e específica (artigos 46 e 47), porém em caráter perpétuo. No ano de 1977, com advento da Lei 6.416, o legislador brasileiro alterou o critério de aplicação da reincidência, impondo limite ao lapso temporal (5 anos) e abolindo a forma específica do instituto em análise (CARRAZZONI, 2019, p. 1 apud PRADO, 2004, p. 488).

Destarte, a reincidência requer o concurso de dois requisitos: a) trânsito em julgado de sentença penal condenatória por crime anterior; b) cometimento de novo crime. Conforme Delmanto et al. (2016), não é necessário que o agente tenha cumprido, efetivamente, a condenação (reincidência real), bastando a simples existência dela para que haja reincidência (a chamada reincidência ficta).

Percebe-se o maior rigor advindo da reincidência ficta, que é a espécie adotada pelo nosso Código Penal, pois a simples condenação com trânsito em julgado é suficiente para a aplicação do instituto. Já a reincidência específica, conforme Capez e Prado (2016), está prevista: a) na Lei de Crimes Hediondos - art. 5º da Lei n. 8.072/90, com efeito de impedir o livramento condicional; b) no art. 44, § 3º, do CP; c) na Lei n. 9.605/98, art. 15; d) na própria Lei 11.343/2006, art. 44, parágrafo único, também com efeito de impedir o livramento condicional.

Queiroz (2018) ressalva que pode ocorrer de o agente praticar diversos crimes sucessivamente e, apesar disso, ser considerado não reincidente em todos os processos contra si instaurados. Isto porque a configuração da reincidência necessita que o novo crime tenha sido cometido após transitar em julgado a sentença que o tenha condenado por crime anterior. Capez e Prado (2016) salientam que não importa qual é a natureza dos crimes praticados. Assim, a reincidência pode dar-se entre crimes dolosos, culposos, tentados e consumados.

Como a lei se refere especificamente ao cometimento de *crime* anterior, compreende-se que *contravenção anterior* não gera reincidência. Segundo Zaffaroni e Pierangeli (2019), em conformidade com a lei contravencional, uma anterior condenação por crime somada a uma nova condenação por contravenção dá lugar a reincidência contravencional (art. 7º da Lei de Contravenções Penais). Todavia, se o agente praticar contravenção e depois crime, não haverá reincidência.

Queiroz elenca as principais situações que não induzem reincidência:

Não tem caráter condenatório, e, pois, não induzem reincidência: a) a sentença concessiva de perdão judicial (CP, art. 120); b) a sentença que aplica medida de segurança (de acordo com a doutrina majoritária); c) a decisão que aplica pena restritiva de direito em transação penal (Lei 9.099/95, art. 76, § 4º); d) a decisão concessiva de suspensão condicional do processo (Lei 9.099/95, art. 89); e) a decisão que homologa a composição civil (Lei 9.099/95, art. 74) (QUEIROZ, 2018, p. 486).

Por conseguinte, examinemos os arts. 61, I e 67 do CP:

Art. 61 - São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime:

I - a reincidência;

Art. 67 - No concurso de agravantes e atenuantes, a pena deve aproximar-se do limite indicado pelas circunstâncias preponderantes, entendendo-se como tais as que resultam dos motivos determinantes do crime, da personalidade do agente e da reincidência (BRASIL, 1940).

O artigo 61, I, do CP, consagrou a reincidência como uma circunstância agravante, devendo ser apreciada na 2ª fase do sistema da dosimetria da pena. Conforme Capez e Prado (2016), trata-se de circunstância agravante genérica de caráter subjetivo ou pessoal. Sendo circunstância subjetiva, não se comunica ao partícipe ou coautor. Em consonância, o art. 67 estabelece que, em caso de concurso de circunstâncias agravantes e atenuantes, a reincidência deve ser uma das circunstâncias preponderantes a se tomar em consideração.

Ademais, para efeito de reincidência, conforme o art. 64, I, não prevalece a condenação anterior, se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração

posterior tiver decorrido período de tempo superior a 5 (cinco) anos. Ou seja, passado os 5 anos, o agente readquire a sua condição de primário.

O Código vigente estabelece que, para que se produza os efeitos, computa-se o tempo do livramento condicional e da suspensão condicional da pena. "Este dispositivo elimina o "estado de reincidência" perpétuo, como estatuiu o Código de 1940, que mantinha um efeito estigmatizador por toda a vida da pessoa condenada. A limitação, em 5 anos, foi introduzida, entre nós, pela Lei 6.416/77 [...]", ensinam Zaffaroni e Pierangeli (2019, p. 749). A dúvida reside na possibilidade da aplicação do art. 64, I, aos antecedentes criminais, e há jurisprudência tanto no sentido de que não se aplica o disposto aos maus antecedentes; quanto em sentido contrário, sustentando a vedação da perpetuidade dos efeitos da condenação.

Mediante o exposto, Zaffaroni discorre sobre os efeitos da reincidência:

Quanto aos efeitos da reincidência, esta não somente se limita a agravar a pena, dentro dos limites da cominação pertinente, mas também impede a concessão do *sursis*, ou suspensão condicional da pena (art. 77, I, do CP), aumenta, de um terço a metade, o prazo de efetiva privação de liberdade para o livramento condicional (art. 83, II, do CP), interrompe a prescrição (art. 117, VI, do CP), impede a substituição da pena privativa de liberdade por uma restritiva de direitos (art. 44, II, do CP), pode provocar a conversão da pena substitutiva por uma privativa de liberdade (art. 44, § 4º, do CP) (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2019, p. 749).

Similarmente, Queiroz (2018) indica, além destes, alguns outros efeitos penais da reincidência, de modo a restringir ou inviabilizar o exercício de certos direitos: a figura da reincidência como circunstância agravante obrigatória; a constituição de circunstância preponderante quando houver concurso de agravantes e atenuantes; e o impedimento do livramento condicional quando houver reincidência específica em crime hediondo ou afim.

No entanto, nenhum dos autores entram no mérito de todos os outros benefícios que o réu deixa de receber ao ser considerado reincidente, resultando em um obstáculo à liberdade condicional e às sanções substitutivas. O presente Trabalho de Conclusão de Curso tem como objeto de estudo justamente um desses benefícios que o réu reincidente deixa de receber: a redução de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas.

### 3.2 A LEI DE DROGAS E A DUPLA VALORAÇÃO DA REINCIDÊNCIA

Como já explicitado, uma vez comprovada a reincidência, é incabível a aplicação da causa especial de redução da pena prevista no artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/06. Ou seja, se o réu é reincidente, ele não tem direito ao benefício da redução de um sexto a dois terços da pena previsto na norma. Recorda-se que os quatro requisitos presentes na redação do artigo (agente primário, bons antecedentes, não se dedicar às atividades criminosas e não integrar organização criminosa) são cumulativos e não alternativos, ou seja, ausente um deles, o réu não tem direito ao benefício.

Por consequência desse requisito, o que acaba ocorrendo nas decisões judiciais é uma dupla valoração da reincidência. Isto porque o julgador agrava a pena do acusado com fundamento no art. 61, I, do CP e, após, deixa de aplicar o redutor do § 4º do art. 33. Desta maneira, Fábio Juliate Lopes (2018) expressa:

Temos que, sendo a reincidência duplo apenamento sobre um único delito, deixar o julgador de aplicar o redutor do § 4º do art. 33 e, após, agravar a pena do acusado com fundamento no art. 61, I, do Código Penal, a violação se torna ainda mais latente. Ora, ao não aplicar a redução da pena em razão da reincidência, tal circunstância já foi devidamente apreciada e valorada na dosimetria, não havendo que se falar em, ao final, ser novamente considerada para majorar a sanção imposta ao acusado (LOPES, 2018, p. 1).

Semelhante ponto de vista é demonstrado no julgamento do HC nº 108.523/MS, relatado pelo então Ministro do Supremo Tribunal Federal, Joaquim Barbosa, em 2012. A única diferença é que, no caso em questão, o réu preenchia todos os requisitos para ser elegível ao benefício. Foi decidido que a fixação do *quantum* da causa de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06 deve ser suficientemente fundamentada e não pode utilizar os mesmos argumentos adotados em outras fases da dosimetria da pena, sob pena de *bis in idem*. Assim o Ministro Joaquim Barbosa votou:

Nesse ponto, verifico que o magistrado sentenciante e o TRF da 3ª Região utilizaram a quantidade (2,128 kg) e a natureza da droga traficada (cocaína) como fundamentos tanto para a fixação da pena-base acima do mínimo legal (1ª fase da dosimetria) quanto para deixar de aplicar a causa de diminuição no patamar máximo, motivação esta considerada inidônea pela jurisprudência desta Segunda Turma. (STF, 2012. p. 6)

No entanto, o entendimento de incluir na dosimetria da pena o fato de o julgador "deixar de aplicar" não é a visão jurisprudencial atual. Longe disso, o Superior Tribunal de Justiça entende que o redutor pode ser afastado tendo como fundamento apenas inquéritos policiais ou ações penais em andamento (REsp nº 1.431.091-SP409), o que contraria não só o princípio do *non bis in idem*, mas, também, o princípio constitucional da presunção de inocência.

Surpreendentemente, o entendimento do STJ é contrário aos enunciados de duas de suas próprias Súmulas, a nº 241 e a nº 444, assim expressas:

Súmula 444 - É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base (STJ, 2010).

Súmula 241 - A reincidência penal não pode ser considerada como circunstância agravante e, simultaneamente, como circunstância judicial (STJ, 2000).

A Súmula 444 veda a utilização de Inquéritos ou processos em andamento, que ainda não tenham transitado em julgado, para considerar como maus antecedentes na dosimetria da pena-base (primeira fase da dosimetria). Já a Súmula 241 veda a utilização da mesma condenação para reconhecer os maus antecedentes (na primeira fase) e a reincidência (na segunda fase), sob pena de *bis in idem*.

No que diz respeito à vedação da utilização da mesma condenação para reconhecer os maus antecedentes e a reincidência na dosimetria da pena, há duas decisões jurisprudenciais controversas. Em 2007, em julgamento do RE nº 813.019/SP410, foi decidido que a reincidência, com grau de maior intensidade, afasta a função dos antecedentes penais como circunstância judicial, sob pena de violação do princípio *non bis in idem*. Em que pese esta decisão, no HC nº 306.222/RS411, de 2016, foi decidido que a reincidência e os maus antecedentes podem coexistir, desde que fundados em condenações distintas e transitadas em julgado. Desta maneira, assinala-se que quando duas decisões judiciais versarem sobre o mesmo tema, porém com entendimentos

---

409 Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/425874923/embargos-de-divergencia-em-recurso-especial-eresp-1431091-sp-2014-0015576-0/inteiro-teor-425874925>. Acesso em: 16 mar. 2020.

410 Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19210125/recurso-especial-resp-813019-sp-2006-0014816-7/inteiro-teor-19210126>. Acesso em: 23 mar. 2020.

411 Disponível em:

[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1516863&num\\_registro=201402591726&data=20160608&formato=HTML](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1516863&num_registro=201402591726&data=20160608&formato=HTML). Acesso em: 23 mar. 2020.

divergentes, deve prevalecer a que transitar em julgado por último, ou seja, na matéria em questão, a de 2016 (conforme EAREsp nº 600.811).

Queiroz (2018) contesta este entendimento:

Alguns autores entendem que, se a reincidência decorrer de duas ou mais condenações, o juiz poderá considerar uma delas como maus antecedentes para aplicação da pena-base, e a outra como agravante, para fixação da pena provisória. Mas um tal aproveitamento do instituto ofende o princípio da legalidade e implica *bis in idem*, uma vez que, embora com nome diverso, estar-se-á ainda a elevar a pena com base na mesma circunstância: a reincidência. Além disso, não se pode ignorar que a reincidência é espécie do gênero maus antecedentes, sua máxima expressão, motivo pelo qual não pode ensejar múltiplos aumentos, ora com o nome de maus antecedentes, ora com o nome de reincidência (QUEIROZ, 2018, p. 487).

Ao analisar a Lei de Drogas e a dosimetria da pena, o art. 68 do CP prevê as três fases para aplicação da pena, da seguinte forma: a pena-base será fixada atendendo ao critérios do art. 59 do Código (1ª fase); em seguida, na pena provisória, serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes (2ª fase); e, por último, na pena final, as causas de diminuição e de aumento (3ª fase).

No crime de tráfico, a pena é igualmente aplicada de acordo com o sistema trifásico. Imaginemos agora o caso de um réu condenado no art. 33 da Lei de Drogas, que foi condenado por outros dois crimes nos últimos cinco anos. Ele poderá ter a pena base (1ª fase) aumentada em até 1/8, devido aos maus antecedentes (art. 59, CP), em razão, por exemplo, do primeiro crime; a seguir, poderá ter a pena provisória (2ª fase) aumentada em até 1/6, devido à reincidência como circunstância agravante genérica (art. 61, I, CP), em razão do segundo crime em questão. Por fim, a reincidência também será uma barreira para adquirir a causa de diminuição de pena relativa ao tráfico privilegiado, sendo afastada a concessão dessa hipótese. O mesmo instituto jurídico (reincidência) confere três prejuízos ao réu. Por ser reincidente, o réu passa de uma pena mínima de 1 ano e 8 meses (máximo de redução previsto pelo § 4º) para 5 anos e 10 meses de reclusão (pena mínima do tráfico de drogas somada ao agravante da reincidência no patamar de 1/6),

Neste sentido, necessário se atentar para o fato de que o próprio Tribunal de Justiça do Estado do Paraná (AC nº 1.1184600-3412) já decidiu que a causa de diminuição deveria ser aplicada para reincidentes, quando se tem notícias de que a parte não se envolve com organização criminosa.

EMENTA: APELAÇÃO CRIME - TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES (ARTIGO 33, "CAPUT", DA LEI Nº 11.343/2006) - SENTENÇA CONDENATÓRIA - RECURSO DE APELAÇÃO DA DEFESA. PEDIDOS DE ISENÇÃO DAS CUSTAS PROCESSUAIS E DA PENA DE MULTA INDEFERIDOS PRELIMINARMENTE - INCOMPETÊNCIA - MATÉRIAS AFEITAS AO JUÍZO DE EXECUÇÃO - PRECEDENTES DESTA CORTE. A DEFESA REQUER, NO MÉRITO, A ABSOLVIÇÃO DO APELANTE COM BASE NO PRINCÍPIO "IN DUBIO PRO REO" E, ALTERNATIVAMENTE, APLICAÇÃO DO BENEFÍCIO PREVISTO NO PARÁGRAFO 4º DO ARTIGO 33 DA LEI Nº 11.343/2006 - ABSOLVIÇÃO INCABÍVEL - AUTORIA E MATERIALIDADE DEVIDAMENTE COMPROVADAS - AUSÊNCIA DE DÚVIDAS - CONJUNTO PROBATÓRIO ACUSATÓRIO SUFICIENTE E APTO A EMBASAR A CONVICÇÃO DO ÓRGÃO JULGADOR - DEPOIMENTOS DOS POLICIAIS QUE EFETUARAM A PRISÃO EM FLAGRANTE IDÔNEOS E COERENTES COM AS PROVAS PRODUZIDAS - APLICAÇÃO DO PARÁGRAFO 4º DO ARTIGO 33 DA LEI DE DROGAS NO GRAU DE 1/6 (UM SEXTO) - PENA REDUZIDA PARA 4 (QUATRO) ANOS E 2 (DOIS) MESES DE RECLUSÃO E 416 (QUATROCENTOS E DEZESSEIS) DIAS MULTA - APLICAÇÃO DE OFÍCIO DA DETRAÇÃO PENAL - PENA RESTANTE INFERIOR A 4 (QUATRO) ANOS - FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO EM SEMIABERTO - RÉU REINCIDENTE - ARTIGO 33, PARÁGRAFO 2º, ALÍNEA "C", DO CÓDIGO PENAL. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

[...] Conforme de extrai de certidão de fls. 161/163 verso, RODRIGO **não é réu primário e possui maus antecedentes. Entretanto, inexistem nos autos elementos que indiquem que o apelante participava de organização criminosa. Assim sendo, aplico o benefício do parágrafo 4º do artigo 33 da Lei de Tóxicos em 1/6 (um sexto).** (TJPR, 2014, p. 8).

---

412 Disponível em: [http://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/11688247/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-1184600-3#integra\\_11688247](http://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/11688247/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-1184600-3#integra_11688247). Acesso em: 19 mar. 2020.

No entanto, o STJ se orienta em outro sentido. Para o tribunal, nestes casos, a circunstância da reincidência traz duas consequências jurídicas, mas distintas, podendo ser utilizada em ambos os momentos. Conforme ementas dos HC nº 468578/MG413 e HC nº 391985/SP414:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. REINCIDÊNCIA. CONSIDERAÇÃO COMO AGRAVANTE E COMO IMPEDITIVO DE APLICAÇÃO DA MINORANTE DO ART. 33, § 4.º, DA LEI N.º 11.343/2006. BIS IN IDEM. INEXISTÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. A jurisprudência da Suprema Corte, seguida por este Superior Tribunal de Justiça, é no sentido de que a agravante genérica da reincidência foi recepcionada pela Constituição da República, afastando-se a alegada violação aos princípios da isonomia, da culpabilidade e do *non bis in idem*.

2. A reincidência, específica ou não, não se compatibiliza com a causa especial de diminuição de pena prevista § 4.º do art. 33 da Lei n.º 11.343/2006, dado que necessário, dentre outros requisitos, seja o agente primário. **Tal óbice e a exasperação da pena, na segunda fase, não importam em bis in idem, mas em consequências jurídico-legais distintas de um mesmo instituto.** Precedentes.

3. Agravo regimental desprovido (STJ, 2018).

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO § 4º DO ART. 33 DA LEI DE DROGAS. RÉU REINCIDENTE. NÃO APLICAÇÃO. ENVOLVIMENTO DE MENOR NA PRÁTICA DELITIVA. CIRCUNSTÂNCIA UTILIZADA PARA CONFIGURAR O DELITO DO ART. 35 E MAJORAR A PENA PELO ART. 40, VI, AMBOS DA LEI N. 11.343/2006. BIS IN IDEM. NÃO OCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE MANIFESTA ILEGALIDADE. WRIT NÃO CONHECIDO. [...] 2. **A utilização da reincidência como agravante genérica e com o objetivo de afastar a causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/2006 não configura bis in idem, conforme reiterada jurisprudência desta Corte, pois, desde que haja previsão legal específica, é possível a apreciação de um**

413 Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/625679570/habeas-corpus-hc-468578-mg-2018-0234615-2/decisao-monocratica-625679580?ref=serp>. Acesso em: 19 mar. 2020.

414 Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/485215766/habeas-corpus-hc-391985-sp-2017-0055044-0/relatorio-e-voto-485215796?ref=juris-tabs>. Acesso em: 19 mar. 2020.



**mesmo instituto jurídico em fases distintas da dosimetria da pena, conferindo-lhe efeitos diversos.** Precedentes. 3. A reincidência, específica ou não, impede a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, dado que necessário, dentre outros requisitos, seja o agente primário. Precedentes. 4. Não há bis in idem no fato de o envolvimento do menor ter sido utilizado tanto para configurar o delito de associação para o tráfico de drogas como para majorar a pena nos termos do art. 40, VI, da Lei de Drogas. Precedentes. 5. Habeas corpus não conhecido. (STJ, 2017).”

Vale ratificar que o objetivo do tráfico privilegiado é dar um tratamento diferente aos traficantes profissionais dos ocasionais. É o que ensinam Masson e Marçal: “Com o escopo de diferenciar o grande do pequeno (e acidental) traficante, o legislador criou por esse dispositivo a figura do tráfico de drogas privilegiado” (MASSON; MARÇAL, 2019, p. 84). O próprio Promotor de Justiça César Dario Mariano da Silva, em livro publicado pela Associação Paulista do Ministério Público, aponta que a causa de diminuição de pena “cuida-se de dispositivo que visa beneficiar o pequeno e eventual traficante” (SILVA, 2016, p. 102). A jurisprudência também costuma seguir esse raciocínio. “Segundo reiterada jurisprudência desta Corte, a causa especial de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, tem como objetivo favorecer os pequenos e eventuais traficantes, não alcançando aqueles que fazem do tráfico de drogas um meio de vida. Precedentes.” (STJ, 2016).

Ora, se o objetivo do art. 33, § 4º é diminuir a pena para o traficante ocasional, é de rigor ponderar que o réu reincidente não remete necessariamente ao “traficante profissional”. Visto que, primeiramente, no caso de reincidência genérica, uma condenação anterior por um crime de roubo ou furto nada diz sobre o envolvimento de um cidadão com tráfico de drogas. Segundamente, no caso de reincidência específica, a quantidade deveria ser o termômetro para a avaliação da diferenciação entre um traficante profissional ou um traficante ocasional, e não o fato de já ter o réu cometido crime de tráfico. Neste sentido:

O legislador no caso do agravante da reincidência agrava a mesma conduta, do mesmo sujeito, contra o mesmo bem jurídico anterior, nos casos de reincidência específica, e nos casos de reincidência genérica o caso é ainda mais grave, pois o legislador não tem interesse em saber se o sujeito voltou a cometer a mesma espécie de crime, a dupla punição será aplicada de qualquer forma, isso faz com que a partir de segundo crime o sujeito venha a ser julgado não mais pelo fato delituoso e sim pelo que o mesmo é, ou

seja, um criminoso já condenado e que não “ressocializou-se” e voltou a delinquir (PIACESKI, 2012, p. 1).

Não obstante, não convence o argumento de que os réus com condenações anteriores têm um específico dever de não delinquir novamente. Esse argumento, assegura Hornle, “é estabelecido como premissa prévia num autoritário ponto de vista que deveria ser rechaçado. Desde uma perspectiva liberal, não é possível justificar um específico dever adicional ao dever geral de respeitar os direitos dos demais” (HÖRNLE, 2003, p. 111).

Outrossim, com efeito, o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad, busca tratar com menor rigor aquele que se envolve circunstancialmente com o tráfico. Dessa maneira, destacam-se o art. 3º e o art. 4º, X, da Lei 11.343/06:

Art. 3º O Sisnad tem a finalidade de articular, integrar, organizar e coordenar as atividades relacionadas com:

I - a prevenção do uso indevido, a atenção e a reinserção social de usuários e dependentes de drogas;

Art. 4º São princípios do Sisnad:

X - a observância do equilíbrio entre as atividades de prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas e de repressão à sua produção não autorizada e ao seu tráfico ilícito, visando a garantir a estabilidade e o bem-estar social;

Assim sendo, considerando uma interpretação teleológica e sistemática à luz do Sisnad (arts. 3º e 4º da Lei 11.343/06), conclui-se que seria justo possibilitar a aplicação da causa de diminuição mesmo aos réus reincidentes. Uma vez que o réu não tenha maior envolvimento com organizações criminosas ou habitualidade na prática delitiva, este deveria ser considerado ocasional e careceria do benefício.

Feito esse breve diagnóstico a respeito da problemática da dupla valoração da reincidência na Lei de Drogas, dos respectivos entendimentos jurisprudenciais, do próprio objetivo do art. 33, § 4º da Lei, bem como do objetivo do Sisnad, conclui-se que não parece justo que um único instituto possua o condão de elevar a pena do patamar mínimo de 1 ano e 8 meses (máximo de redução previsto pelo § 4º) para 5 anos e 10 meses de reclusão (pena mínima do tráfico de drogas somada ao agravante da reincidência no patamar de 1/3), e, assim, influenciar negativamente a fixação da pena. Em vista disso, nas próximas seções deste Trabalho de Conclusão de Curso, iremos além, e avaliaremos se o instituto da reincidência deveria sequer existir no ordenamento jurídico.

### 3.3 A SUPERVENIÊNCIA DA CONSTITUIÇÃO DE 1988 E A NECESSIDADE DE VERIFICAÇÃO DA RECEPCIONALIDADE DO INSTITUTO DA REINCIDÊNCIA

Com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, faz-se necessário analisar a compatibilização das normas infraconstitucionais com as regras e os princípios hierarquicamente superiores, ou seja, as normas constitucionais. Não sendo possível essa adequação, tem-se aquelas que não foram recepcionadas pela Constituição. Desta forma, como bem ressalta Freitas, "o processo de interpretação da Lei Maior, almejando conferir-lhe vida e realidade marcadamente axiológica, apresenta-se, com certeza, como o núcleo e a parte mais fascinantes do direito constitucional" (FREITAS, 2001, p. 226).

A atividade interpretativa da Constituição demonstra-se, algumas vezes, como tarefa não tão simples, de modo que, em diversos ramos do Direito, já se identificaram acirradas discussões sobre a constitucionalidade de certos institutos jurídicos e dispositivos legais. Sob tal ótica, diversos críticos e estudiosos consideram que a reincidência, assim como todas as previsões legais paralelas acerca de "antecedentes", "conduta social" ou "personalidade", seria incompatível com os princípios de um direito penal de garantias, sendo a sua constitucionalidade sumamente discutível. Ora vejamos:

O que é possível inferir-se é que a manutenção da reincidência no sistema, mais uma vez, realça o caráter estigmatizante que sempre maculou o direito penal. Essa distinção convencionalizada acerca dos graus de agravação em razão dos delitos anteriores, aponta, na verdade, a função simbólica da pena, com o objetivo de reafirmar a autoridade do Estado frente ao indisciplinado (COPETTI, 2000, p. 194).

#### **3.3.1 Análise da reincidência sob o enfoque dos princípios constitucionais do direito penal moderno**

Conforme Alberto Silva Franco (2010), há uma colisão do instituto da reincidência com os princípios constitucionais garantistas, sejam eles implícitos ou explícitos, tais como: culpabilidade, *non bis in idem*, legalidade, proporcionalidade, direito penal do fato, igualdade, presunção de inocência, e a dignidade da pessoa humana. Discorreremos brevemente sobre cada um destes.

- **Princípio da culpabilidade**

Conforme Aníbal Bruno, a teoria da culpabilidade do fato tenta justificar a reincidência pela maior reprovabilidade que recai sobre o agente, em "razão de sua vontade rebelde particularmente intensa e persistente, que resistiu à ação inibidora da ameaça da sanção penal" (ANÍBAL BRUNO, 1984, p. 114).

Ocorre que, consoante Franco (2010), o princípio da culpabilidade decorre, em escala constitucional, do caráter personalíssimo da responsabilidade penal, que somente há como ser reconhecida quando decorrente do dolo ou da culpa do agente, pelo que não se sustenta qualquer agravamento de pena por fator estranho à subjetividade do autor de um fato típico. Senão vejamos:

Como conciliar esse entendimento com o *plus* de agravação punitiva que é imposto fora do querer do agente - e não há cogitar, no caso, de culpa - ou, dito de outra forma, como fundamentar juridicamente a agravante da reincidência com base no querer derivado, não do fato objeto de julgamento, mas de um outro fato, já julgado, distinto e anterior? Como pode o agente ser penalmente responsabilizado com carga punitiva maior em face da conduta em julgamento, se o dolo e a reprovabilidade de seu comportamento estão incrustados no fato criminoso antecedente, objeto de uma condenação transitada em julgado? E, sem culpabilidade, qual o fundamento possível do acréscimo punitivo? (FRANCO, 2010, p.10).

Já no escólio de Rocha (2007), a reincidência viola este princípio porque sanciona mais gravemente a quem é menos culpável. O fracasso da pena anterior atribuída ao agente significa menos a sua culpabilidade, uma vez que o agente, por ter estado mais tempo no cárcere, está também mais deteriorado pela segregação marginalizante a que foi submetido. Considerá-lo reincidente "afrontaria o princípio da culpabilidade, por estabelecer-se sobre uma pessoa cuja imputabilidade está diminuída por obra do próprio Estado" (GARCIA, 1985, p. 117/118).

Em relação ao tema, afirma Boschi:

O aumento de pena pela reincidência vem sendo intensamente contestado. Argumenta-se, primeiro, que a prática de nova infração pelo mesmo réu decorre menos de sua predisposição de não atender às recomendações da pena e mais da falta de assistência ao deixar a penitenciária. Os presos, em razão do estigma, dificilmente conseguem restabelecer seus vínculos sociais e recolocarem-se no mercado de trabalho. É nessa direção a proposta de consideração da co-culpabilidade como fator de influência na dosimetria da pena, examinada no capítulo anterior [sic] (BOSCHI, 2002, p. 244).

Um setor da doutrina vai além e defende que o sujeito reincidente atua exatamente com menor culpabilidade devido a sua menor capacidade para resistir ao delito. De acordo com Bacigalupo, "a investigação profunda e sutil da personalidade do autor conduzirá, segundo todos os conhecimentos disponíveis sobre o autor reincidente, previsivelmente a

afirmar que sua culpabilidade pelo fato deve ser, por regra, atenuada” (BACIGALUPO ZAPATER, 1998, p. 118).

- **Princípio do *non bis in idem***

A reincidência também violaria o princípio do *non bis in idem*, princípio de direito segundo o qual uma pessoa não pode ser punida duas vezes pelo mesmo fato. O princípio não está positivado na Constituição, porém é conceito subjetivo e o próprio Supremo Tribunal Federal, em decisão do HC nº 80263 SP415, afirmou que “a incorporação do princípio do *non bis in idem* ao ordenamento jurídico pátrio, ainda que sem o caráter de preceito constitucional, vem, na realidade, complementar o rol dos direitos e garantias individuais já previsto pela Constituição” (STF, 2003).

Com efeito, Queiroz (2018) enuncia que a reincidência importa em *bis in idem* porque, ao se punir mais gradativamente um crime, tomando-se por fundamento um delito anterior, está-se, em verdade, a valorar e castigar, por mais uma vez, a infração anteriormente praticada, em relação à qual o autor já foi sentenciado. O jurista FALCONI também é da opinião que a reincidência, como fator de agravamento da pena, implica a escancarada prática do “*bis in idem*”: “Afinal, ir buscar subsídio numa outra conduta já consumada e julgada, com sentença condenatória para o fim de exacerbar a pena, é mesmo uma heresia” (FALCONI, 2002, p. 287).

Do mesmo modo, Silva Franco assevera:

Não se compreende como uma pessoa possa, por mais vezes, ser punida pela mesma infração. O fato criminoso que deu origem à primeira condenação não pode, depois, servir de fundamento a uma agravamento obrigatória de pena, em relação a um outro fato delitivo, a não ser que se admita, num Estado Democrático de Direito, um Direito Penal atado ao tipo de autor (ser reincidente), o que constitui uma verdadeira e manifesta contradição lógica (SILVA FRANCO, 2001, p. 1.179/1.180)

Importante, nessa direção, a constatação fundamental de Ferrajoli, *in verbis*.

A condição de reincidente (o pré-julgado) [...], foi severamente criticado por muitos escritores renomados que com razão

---

415 Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/771653/habeas-corpus-hc-80263-sp>. Acesso em: 21 mar. 2020.

rechaçaram, por respeito ao princípio da retribuição, em considerá-la como um motivo de agravamento da pena. A pena, escreve Pagano, cancela e extingue integralmente o delito, e o condenado que já a sofreu se transforma em inocente [...]. Portanto, não se pode incomodar o cidadão por aquele delito cuja pena já foi cumprida. E Morelly chega inclusive a pedir que se castigue a quem ousar recordar publicamente as penas sofridas no passado por alguém por causa delitos precedentes (FERRAJOLI, 2001, p. 507).

Ao menos, conforme Queiroz (2018), temos que o acréscimo da pena que resulta da reincidência não poderá acarretar aumento igual ou superior, mas sempre inferior (proporcionalmente) à pena aplicada na sentença anterior que a gerou, uma vez que o acréscimo pode exceder à própria pena antes imposta.

- **Princípio da legalidade**

Alberto Silva Franco ensina que "o princípio da legalidade não admite, em caso algum, a imposição de pena superior ou distinta da prevista e assinalada para o crime e que a agravação da punição, pela reincidência, faz, no fundo, com que o delito anterior surta efeitos jurídicos duas vezes" (FRANCO, 2001, p. 781). Consoante Ferrajoli (2001), o garantismo penal busca, em uma simples síntese, a estrita legalidade em se tratando de direito penal e, plano político, a máxima legalidade dos direitos inerentes ao cidadão e minimização da violência.

Franco discorre sobre *este "transbordamento judicante"*, como diz, e na consequente gravosa ofensa ao princípio da legalidade, já consagrado constitucionalmente:

Com efeito, na medida em que a reincidência acarreta uma espécie de ultratividade das consequências de um delito anterior já julgado, estendendo seus efeitos a um delito posterior totalmente independente, e provoca necessariamente o aumento do quantum punitivo por extensão do fato criminoso anterior, põe em xeque o princípio da legalidade que obriga o juiz a permanecer estritamente atado aos dados componentes da figura típica em julgamento e à quantidade sancionatória nela cominada (FRANCO, 2010, p. 07/08).

- **Princípio da proporcionalidade**

Freitas traz uma definição deste tópico, nos ensinando que "o princípio da proporcionalidade quer significar que o Estado não deve agir com demasia, tampouco de

modo insuficiente na consecução dos seus objetivos” (FREITAS, 1997, p. 56). Sobre o tema, Canotilho diz que o princípio da proporcionalidade "proíbe nomeadamente as restrições desnecessárias, inaptas ou excessivas de direitos fundamentais". E "os direitos fundamentais só podem ser restringidos quando tal se torne indispensável, e no mínimo necessário, para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos" (CANOTILHO, 2002, p. 134).

Ou seja, aplicando ao condenado um agravamento de pena por conta de fato anterior, a nova pena no processo subsequente não guarda proporção com os fatos nele apurados e, portanto, com a infração concretamente praticada. Neste sentido, Franco:

A reincidência, ao materializar uma sanção penal não cominada legalmente, provoca uma reação punitiva desproporcionada na medida em que inflige ao condenado uma sanção que não guarda a necessária proporção com a infração cometida. Com inteira propriedade, considera-se que 'a pena provocada pela reincidência, ao exceder a gravidade do injusto cometido, para a ele somar-se um *plus* que obedece a outro injusto, é desproporcionada e, em consequência, injusta' (FRANCO, 2010, p. 08).

- **Princípio da igualdade**

Seguindo a linha de Franco (2010), o princípio da igualdade contrapõe-se, em verdade, ao arbítrio, ou seja, proíbe as diferenciações de tratamento sem fundamento material bastante, que o mesmo é dizer sem qualquer justificação razoável, segundo os critérios de valor objetivo constitucionalmente relevantes. Também proíbe a discriminação, ou seja, as diferenciações de tratamento fundadas em categorias meramente subjetivas.

Roborando o assunto, Piaceski (2012) defende que o instituto da reincidência viola o princípio da igualdade, uma vez que o sujeito apenado estará estigmatizado em razão da sua pena durante o período de latência, ou seja, por cinco anos ele será quase um pária social, pois estará apartado daqueles que vivem em conformidade.

Sob outra ótica, Franco demonstra que coautores de um mesmo fato devem ser punidos de uma mesma forma, eis que desigualar os iguais, neste contexto, é flagrantemente injustificável e essencialmente injusto. O autor assevera:

Trata-se, no caso, de um tratamento punitivo que deixa uma discriminação perversa. 'e o relevante para os efeitos da determinação da pena é a gravidade do fato punível censurável, não

pode levar-se em conta um fato punido anteriormente porque aí reside a discriminação e conseqüentemente a violação ao princípio da igualdade: outro acusado que haja cometido um fato igualmente grave e reprovável, se não registra uma pena anterior, vai receber uma pena mais baixa, legítima e que é ajustada à gravidade do fato considerado individualmente como deve ser o direito penal do fato e não do autor'. (FRANCO, 2010, p.10/11).

- **Princípio da presunção de inocência**

Conforme o Art. 5º, LVII, da CF, ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Contudo, conforme Franco, a reincidência cria uma inadmissível presunção absoluta de periculosidade do agente: "Além disso, fere ainda o princípio da presunção de inocência o fato da perigosidade do agente ser presumida *iuris et de iure*. Ocorrida a reincidência, não cabe discutir se é ela reveladora ou não de uma pessoa perigosa" (FRANCO, 2010, p.10/11).

- **Princípio da dignidade da pessoa humana:**

O Art. 1º, III, da CF enuncia a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito. Neste sentido as palavras de Bitencourt (2018) trazem luz a questão quando o mesmo explana que o princípio da humanidade recomenda que seja reinterpretado o que se pretende com "reeducação e reinserção social", uma vez que se forem determinados coativamente implicarão atentado contra a pessoa como ser social.

Salo de Carvalho visiona que "qualquer ser humano inadequado à moral punitiva ou à estética criminológica passa a ser percebido como objeto a ser eliminado, como inimigo. E para estes seres objetificados pelo estigma periculosista, os direitos humanos não podem e não devem ser garantidos" (CARVALHO, 2008, p. 123).

Assim, cabe observar as lições de Azevedo:

O sistema prisional é um espetáculo de horrores, que não choca a opinião pública e não comove os governantes, porque exatamente isso o que se espera dele: a expiação da culpa, o sofrimento, a punição do corpo e da alma dos depositários das nossas mazelas sociais (AZEVEDO, 2006, p. 12).

Similar é o entendimento de Lopes:

Se o direito a igualdade já foi reduzido para um direito de igualdade formal, pela simples isonomia diante da lei, é imperioso impedir que



o mesmo venha a ocorrer com a dignidade da pessoa humana. Evitar que venha a tornar-se o miserável formalmente digno diante do abastado, conferindo-lhe apenas a titularidade de um direito subjetivo a dignidade (LOPES, 2000. p. 398).

- **Princípio da isonomia**

Por fim, a reincidência viola o princípio da isonomia, pois, conforme Rocha (2007), ao se proibir a concessão de liberdade condicional aos reincidentes, há a consagração de uma desigualdade de tratamento entre aqueles que a lei classifica como reincidentes e os que carecem dessa condição. Segundo o autor:

Trata-se, na realidade, de emprestar ao indivíduo, por determinado período de tempo, um estigma, que o acompanhará e sobre ele incidirá, no caso da prática de outro fato delituoso. É a forma objetiva de desintegração social, que descumpra a finalidade oficial da pena, qual seja, a ressocialização, eis que o reincidente é indivíduo rotulado, pertencente a um grupo especial de pessoas, diferente dos demais (ROCHA, 2007, p. 1).

### **3.3.2 O estigma imposto ao infrator reincidente e o mito da periculosidade**

Ao se falar em reincidência, comumente se ouve o argumento de que o sujeito que volta a delinquir deve ter sua pena agravada em função de sua maior periculosidade. No entanto, conforme Silva, o conceito de periculosidade apresenta elementos subjetivos, pois funda-se em um perigo abstrato, e que “por periculosidade, relativamente às pessoas, entende-se a propensão delas para o mal, a tendência para o mal, revelada por seus atos anteriores ou pelas circunstâncias em que praticam o delito”, concluindo que “a periculosidade criminal é a que se evidencia ou resulta da prática do crime, e se funda no perigo de reincidência” (SILVA, 2007 p. 1030).

Como descrito por Rosa (2004), a reincidência serve para, junto com a análise da personalidade do agente, fixar a pena necessária para sua recuperação, com franca influência da ‘Escola Positiva’, e fundamentada na periculosidade do agente. Importante, nessa direção, a constatação fundamental de Carvalho: “Entendemos que, muito embora o discurso oficial tente ocultar tal justificativa, a teoria que melhor explicita nosso modelo justificador da reincidência é o da teoria criminológica derivada do positivismo, visto a adoção do critério ‘periculosidade” (CARVALHO, 2001, p. 55).

Indubitável é que nem sempre o réu reincidente é mais perigoso que o não reincidente. Queiroz (2018) exemplifica que o agente pode ser primário, não obstante pode ter praticado diversos delitos, assim como pode ser reincidente, mas em crimes de menor potencial ofensivo. "É de reconhecer, portanto, que a reincidência já não constitui uma prova segura de maior perigosidade, não se justificando, também por essa razão, sua existência. Por isso não é exato dizer que a reincidência é um sinal de periculosidade" (QUEIROZ, 2018, p. 488).

Para Zaffaroni e Pierangeli "a periculosidade, no caso de se poder valorá-la, constitui um juízo fático, e, por conseguinte, jamais poderia ser presumido *juris et de jure*, porque se assim, fosse, estabeleceria a presença de um fato quando o fato não existe" (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2019, p. 745). Carvalho (1999) defende que a pena agravada em virtude da reincidência não se justifica, pois a aplicação do instituto acaba por prejudicar o agente na sua ressocialização, em razão da estigmatização que se verifica. Consoante o autor, a reincidência, induz uma segregação, isto porque, os que contraíram a mácula da reincidência acabam por constituir um restrito agrupamento de pessoas que diferem dos demais membros da sociedade, refutados pela sua "marca".

Pertinente é a colocação de Delmanto a respeito da readaptação da vida em sociedade após o cumprimento de sentença:

Não podemos lidar com a sanção penal como uma espécie de "neutralização" da pessoa condenada por determinado período de tempo, como vem ocorrendo em nosso país há décadas, descuidando-se, por completo, do egresso, isto é, daquele que sai da cadeia e, de modo completamente desamparado, é jogado de volta em uma sociedade com toda a sorte de preconceito, inclusive de familiares. Uma sociedade que não é mais a sua, onde não é mais reconhecido e não tem espaço (DELMANTO et al, 2016, p. 274)

Logo, "admitir um tratamento penal diferenciado para inimigos não identificáveis, nem fisicamente reconhecíveis, significa exercer um controle social autoritário sobre toda a população" (ZAFFARONI, 2007, p. 118). Devemos observar as lições de Copetti sobre a estigmatização dos condenados:

A agravação da pena do delito posterior é dificilmente explicitável em termos racionais, e a estigmatização que sofre a pessoa prejudica a sua reincorporação social. Em termos de direitos humanos, a igualdade perante a lei, o fim da readaptação da pena privativa de liberdade, a racionalidade das penas e a presunção da inocência, entre outros, resultam afetados. O registro da condenação uma vez

cumprida e a sua relevância potencial futura colocam o condenado que cumpriu sua condenação em inferioridade de condições frente ao resto da população, tanto jurídica como faticamente (COPETTI, 2000, p. 194).

A própria Corte Interamericana de Direitos Humanos, em julgamento proferido no caso *Fermín Ramírez vs. Guatemala*, entendeu a total incompatibilidade de dispositivos legais que se baseiam direta ou indiretamente no conceito de periculosidade face aos superiores princípios que regem o direito internacional dos direitos humanos.

Fundamental, portanto, invocar Peixoto, ao lembrar que o Brasil, assim como a Guatemala – também é signatário da Convenção Americana de Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica (adotada e aberta à assinatura na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, em San José da Costa Rica, em 22/11/1969, e ratificada pelo Brasil em 25/09/1992). Sobre o caso *Fermín Ramírez vs. Guatemala*, Peixoto corrobora: "Logo, os fundamentos da sentença acima citada igualmente se aplicam, em nosso país, como sólido e importante critério interpretativo de todos os ditames legais direta ou indiretamente relacionados à periculosidade do agente – ainda que os efeitos desta sentença não se estendam automaticamente ao Brasil por não ter sido parte no processo (2010, p. 1).

Ao analisar as prisões, Tourinho Filho atesta que:

A pena não reeduca, não regenera, não tem o poder de reinserir o cidadão no meio social. Pelo contrário, perverte, embrutece, animaliza o homem. Como pode adaptar-se ao meio social aquele que está vindo de irritante promiscuidade com a marginalidade? (TOURINHO FILHO, 2010, v1, p. 774).

Cumprido observar, nesse sentido, palavras de Michel Foucault:

Desde o começo a prisão devia ser um instrumento tão aperfeiçoado quando a escola, a caserna ou o hospital, e agir com precisão sobre os indivíduos. O fracasso foi imediato e registrado quase ao mesmo tempo que o próprio projeto. Desde 1820 se constata que a prisão, longe de transformar os criminosos em gente honesta, serve apenas para fabricar novos criminosos ou para afundá-los ainda mais na criminalidade. Foi então que houve, como sempre nos mecanismos de poder, uma utilização estratégica daquilo que era um

inconveniente. A prisão fabrica delinquentes, mas os delinquentes são úteis tanto no domínio econômico como no político. Os delinquentes servem para alguma coisa (FOUCAULT, 1984, p. 75).

### **3.3.3 Considerações sobre a abolição do instituto da reincidência no âmbito jurídico**

Queiroz (2018) aponta que Cobo del Rosal e Vives Antón propõem a abolição pura e simples do instituto, porque, além de incompatível com um direito penal da culpabilidade pelo fato, está evidenciada sua total ineficácia. Indica que há autores, como Juarez Cirino dos Santos, que propõem que a reincidência, em vez de ensejar o agravamento da pena, deve, ao contrário, justificar sua atenuação. Isto porque, cumprida a pena criminal, há um processo de deformação e embrutecimento pessoal promovido pelo próprio sistema penitenciário, produto específico da atuação deficiente e predatória do Estado.

A análise de Cirino dos Santos é precisa:

É necessário reconhecer: a) se novo crime é cometido após a passagem do agente pelo sistema formal de controle social, com efetivo cumprimento da pena criminal, o processo de deformação e embrutecimento pessoal do sistema penitenciário deveria induzir o legislador a incluir a reincidência real entre as circunstâncias atenuantes, como produto específico da atuação deficiente e predatória do Estado sobre sujeitos criminalizados; b) se novo crime é cometido após simples formalidade do trânsito em julgado de condenação anterior, a reincidência ficta não indica qualquer presunção de periculosidade capaz de fundamentar circunstância agravante. Em conclusão, nenhuma das hipóteses de reincidência real ou de reincidência fletiva indica situação de rebeldia contra a ordem social garantida pelo Direito Penal: a reincidência real deveria ser circunstância atenuante e a reincidência fletiva é, de fato, um indiferente penal (CIRINO, 2014, p. 541).

Como disse o Desembargador Aramis Nassif, “a pena é um mal necessário. A reincidência, não. Sem função teleológica, sem aplicação a agravante. Nada a justifica” (NASSIF, 2002). Maia Neto compartilha desse posicionamento, aduzindo:

O instituto da reincidência é polêmico e incompatível com os princípios reitores do Direito Penal democrático e humanitário, uma vez que a reincidência na forma de agravante criminal configura um *plus* para a condenação anterior já transitada em julgado. Quando o

Juiz agrava a pena na sentença posterior, está, em verdade, aumentando o quantum da pena do delito anterior, e não elevando a pena do segundo crime (MAIA NETO, 1998, p. 147).

É o que também ensina Zaffaroni:

Um instituto que leva a exaltar como valores a ordem e a obediência em si mesmas; que leva o Estado a se atribuir a função de julgar o que cada ser humano escolhe ser e o que cada ser humano é; que implica num bis in idem; que contribui para afastar o discurso jurídico da realidade, ignorando dados que se manifestam há séculos e que as ciências sociais demonstram de maneira incontestável; que, com tudo isto, contraria a letra e o espírito da consciência jurídica da comunidade internacional, moldada nos instrumentos jus-humanistas; um instituto como este **deveria desaparecer do campo jurídico, da mesma forma que desapareceram, a seu tempo, a tortura no âmbito processual ou a analogia no campo penal** (ZAFFARONI, 1993, p. 58, grifo nosso).

### 3.3.4 Entendimentos Jurisprudenciais sobre aplicabilidade da reincidência

No Brasil, já houve entendimento jurisprudencial afastando a agravante da reincidência, no sentido de que esta não fora recepcionada pela Constituição. As posições são antigas, uma vez que a Câmara ficou impedida de afastar a agravante da reincidência após a edição da Súmula vinculante nº 10 do STF. No entanto, as posições dos relatores das Apelações Criminais nº 699291050 e nº 70014843163, ambas do TJRS, eram precisas:

FURTO. CIRCUNSTÂNCIA AGRAVANTE. **REINCIDÊNCIA - INCONSTITUCIONALIDADE POR REPRESENTAR 'BIS IN IDEM'**. VOTO VENCIDO. NEGARAM PROVIMENTO AO APELO DA ACUSAÇÃO POR MAIORIA (TJRS, 1999).

Roubo triplamente majorado. Emprego de arma, concurso de agentes e restrição da liberdade da vítima. Concurso formal. Materialidade e autoria comprovadas. Condenação mantida. **Agravante da reincidência desconsiderada por inconstitucional.** [...] (TJRS, 2006, grifo nosso).

Sob o mesmo ponto de vista são as considerações do eminente juiz do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Rubens Roberto Rebello Casara, lançadas nos autos do Processo nº 0000623-76.2011.8.19.0001:

Aduzo que não pretendo abdicar dos fatos descritos na denúncia para julgar o autor. Impossível substituir a moderna noção de culpabilidade pela ultrapassada ideia de periculosidade do réu ou por outros meios de valoração moral da pessoa do acusado (lições de Salo de Carvalho). Nesse sentido, deve-se preservar a diretriz da presunção de inocência (artigo. 5º, LXII, da Constituição da República). [...] Procura-se, nesta sentença, fugir dessas (habituais) práticas antigarantistas.

[...] Reconheço, ainda, a ilegitimidade/inconstitucionalidade da circunstância agravante prevista no artigo 61, inciso I, do Código Penal (lições de ZAFFARONI). Os princípios da secularização e da dignidade da pessoa humana impedem que um cidadão seja punido duas vezes pelo mesmo fato (*non bis in idem*). **Ninguém pode ser punido pelo que é (ser traficante, ser criminoso), mas tão somente pelo que faz (ato de traficância, ato criminoso). O conceito de reincidência é autoritário (uma espécie de estigma inquisitorial) e mostra-se em oposição às diretrizes constitucionais (liberdade, dignidade humana, presunção de inocência,...). Agravar a pena por um fato pretérito, pelo qual o agente já foi punido, é ressuscitar a culpabilidade do mesmo, instrumental teórico de sistemas totalitários** (TJRJ, 2011, grifo nosso).

Este também é o julgamento do Relator Desembargador Amilton Bueno de Carvalho, que reconhece em apelação criminal nº 70004496725:

A valoração negativa da personalidade é inadmissível em Sistema Penal Democrático fundado no Princípio da Secularização: 'o cidadão não pode sofrer sancionamento por sua personalidade - cada um a tem como entende'. (...) Mais, a alegação de 'voltada para a prática delitiva' é retórica, **juízes não têm habilitação técnica para proferir juízos de natureza antropológica, psicológica ou psiquiátrica, não dispondo o processo judicial de elementos hábeis (condições**

**mínimas) para o julgador proferir 'diagnósticos' desta natureza** (TJRS, 1993, grifo nosso).

Ainda no Tribunal de Justiça do RS, o desembargador Sylvio Baptista em um posicionamento em acórdão criminal (AC nº 7000097659 TJRS) também se manifesta contrário à aplicação da majoração da pena em função do agravante da reincidência, e no caso em questão, contrário aos demais agravantes (TJRS, 2000).

Ainda assim, em 2013, o Supremo Tribunal Federal, apreciando o RE nº 453.000/RS416, aplicando o regime de repercussão geral, declarou de forma unânime a constitucionalidade da reincidência, ignorando as críticas previamente feitas e, também, a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Caso Fermín Ramírez vs. Guatemala).

### 3.4 DIREITO PENAL DO FATO VS. DIREITO PENAL DO AUTOR

O direito penal do autor, proposto pelos penalistas nazistas, fundamenta a aplicação da pena em razão do "ser" daquele que o pratica e não em razão do ato praticado. No direito penal do autor surge o denominado tipo de autor, pelo qual o criminalizado é a personalidade, e não a conduta. Em oposição ao direito penal do autor, o direito penal do fato não permite sancionar o caráter ou modo de ser do indivíduo, devendo julgar exclusivamente seus atos. Ninguém é culpado de forma geral, mas somente em relação a um determinado fato ilícito (MUZZI, 2015).

Apesar de não haver um consenso sobre o conceito de direito penal do autor, para buscarmos entender a ideia, podemos usar a sabedoria de Zaffaroni:

[O direito penal do autor] é uma corrupção do direito penal, em que não se proíbe o ato em si, mas o ato como manifestação de uma *forma de ser* do autor, esta sim considerada verdadeiramente delitiva. O ato teria valor de sintoma de uma personalidade; o proibido e reprovável ou perigoso, seria a personalidade e não o ato. Dentro desta concepção não se condena tanto o furto, como o *ser ladrão* (ZAFFARONI; ALAGIA; SLOKAR, 2002, p. 66 apud CASTANHEIRA, p. 120).

---

416 Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4614110>. Acesso em: 20 mar. 2020.

A partir da concepção do direito penal do autor, o direito não deve castigar o ato, que em si mesmo não expressa muito valor, mas sim a atitude interna jurídica corrompida do agente. O delito em si tem um significado sintomático. "O ato é apenas uma lente que permite ver alguma coisa daquilo onde verdadeiramente estaria o desvalor e que se encontra em uma característica do autor" (ZAFFARONI; ALAGIA; SLOKAR, 2002, p. 131). Ou seja, "a pena se associa de modo imediato à periculosidade do autor, pelo que para a justificação da sanção aquela deve ser atribuível a ele" (JESCHECK; WEIGEND, 2002, p. 58).

Por ser um ser inferiorizado e perigoso, como nas hipóteses do sujeito nocivo para o povo e do delinquente habitual, o autor deve ser punido ou neutralizado, porque representa um perigo à sociedade (BRUNONI, 2007, p. 1). Para o autor:

Com o Direito Penal de autor surge o denominado *tipo de autor*, pelo qual o *criminalizado* é a personalidade, e não a conduta. A *tipologia etiológica* tem por fim último detectar os autores sem que seja preciso esperar o acontecimento da conduta. Ou seja, não se coíbe o subtrair coisa alheia móvel, mas **ser** ladrão; não se proíbe matar, mas **ser** homicida, etc. Não se despreza o fato, o qual, no entanto, tem apenas significação sintomática: presta-se apenas como ponto de partida ou como pressuposto da aplicação penal. Nela também se possibilita a criminalização da *má vida* ou *estado perigoso*, independentemente da ocorrência do delito, por meio da seleção de indivíduos portadores de determinados caracteres estereotipados: vagabundos, prostitutas, dependentes tóxicos, jogadores, ébrios, etc. Ou, também, a aplicação de penas *pós-delituais*, em função de determinadas características do autor, por meio de tipos normativos de autor: reincidentes, habituais, profissionais, etc (BRUNONI, 2007, p. 1, grifo nosso).

De acordo com Franco (2010), o que passa a ser levado em conta no direito penal do autor é quem praticou o fato, sua personalidade e suas características pessoais. Para o autor:

É óbvio que o princípio do autor é um caminho aberto a todo tipo de totalitarismo, e o Direito Penal acolhedor da tipologia de autores não encontra forma de acomodação à ideia de um Estado de Direito. Ora, adicionar uma agravação de pena por ser o réu reincidente constitui consagrar um tipo de autor, o que é de todo insuportável num direito penal de conteúdo garantístico. E mais do que isso, é uma perigosa oportunidade de alastramento de perniciosa infecção no organismo



penal por meio de vírus do direito penal do inimigo (FRANCO, 2010, p. 08/09).

Ademais, conforme Muzzi (2015), existem dois tipos de autor, o tipo normativo e o tipo criminológico. De acordo com a concepção do tipo normativo de autor, o fato somente se aplica ao tipo no caso de se moldar à imagem ou modelo do autor: o que se faz é comparar o fato concreto com o modelo de conduta representado da ação que se espera de um típico autor do delito. Diferentemente, na concepção do tipo criminológico de autor, o que conta não é um juízo de valor, mas sim a constatação empírica de que a personalidade do autor concorda com as características do criminoso habitual.

Muito similar ao direito penal do autor, em 1999 surgiu na Alemanha a teoria do direito penal do inimigo, publicada pelo penalista Günter Jakobs. Para Jakobs: "Certamente, o Estado tem direito a procurar segurança frente a indivíduos que reincidem persistentemente na comissão de delitos" (JAKOBS, 2003, p. 29).

No que diz respeito à reincidência, para Lopes (2018), "trata-se de evidente aplicação do chamado direito penal do autor, em que se afasta a punição pelo ato cometido, e passa-se a punir o agente por aquilo que ele representa". Neste sentido, pertinente é a colocação de Zaffaroni:

É inquestionável que quando se quebra esta regra e se entra, ainda que com pretensões limitadas, num direito penal de autor, abre-se caminho para o exercício de um poder meramente disciplinar, que exalta a ordem como um valor autônomo, onde vêm se juntar ambos os discursos de justificação da reincidência (o que pretende o injusto maior e o que pretende a maior culpabilidade). A quebra desta regra implica na quebra do princípio fundamental que, desde 1948, preside a elaboração da teoria dos Direitos Humanos: todo ser humano é pessoa. Pode-se mesmo dizer que todo o resto da teoria dos Direitos Humanos é exegese e desenvolvimento desta afirmação fundamental, ameaçada a partir do momento em que o Estado se atribui o direito de julgar o 'ser' dos homens" (ZAFFARONI, 1993, p. 57/58).

De fato, na prática existem várias disposições legisladas que se moldam a uma concepção ligada ao direito penal de autor, como a reincidência e os maus antecedentes. No entanto, conforme Pierangeli (1999), não é possível a combinação do direito penal do fato com o direito penal de autor: ou se reprova pelo ato concreto praticado, ou como fato que resulta de uma conduta de vida. Impossível conciliar o livre-arbítrio aristotélico com uma gama de determinismo para a formulação do juízo de censura.

O mestre Paulo Queiroz (2014) explica que o Estado é ilegítimo quando concretiza sua ação ao direito penal do autor, pois o direito penal respalda todas as garantias

constitucionais e os fundamentos do Estado Democrático Social de Direito, sendo vedado ao julgador invadir discricionariamente a esfera pessoal do agente, isto é, a interioridade da pessoa. De fato, as tentativas de explicar a reincidência dentro dos limites de um direito penal são todas insatisfatórias.

Conforme Jakobs (1997), por mais que se afirme que a reincidência só afeta a pena por ser algo externo ao delito como formulação jurídica, o certo é que o agente terá a pena agravada por fatores alheios ao fato concretamente realizado, ou seja, em razão de sua tendência criminosa. Ademais, o conhecimento acentuado da proibição não justifica um aumento de pena porque do que se trata, em todo caso, é da vivência do sofrimento de pena, cujo processamento positivo, desde o ponto de vista jurídico, é assunto do autor.

### 3.5 ASPECTOS DA REINCIDÊNCIA SOB A PERSPECTIVA DO GARANTISMO

Conforme visto, diversas críticas pairam sobre o instituto da reincidência. Contudo, as que tratam do garantismo merecem destaque, uma vez que modernamente se entende ser este a base de um Estado Democrático de Direito. Para entender o que vem a ser o garantismo, deve ser invocada a definição de Luigi Ferrajoli, responsável pelo estudo mais completo e rigoroso sobre o modelo garantista, originado na Itália com a obra "Direito e Razão". O autor traz três significados distintos. O primeiro significado designa um modelo normativo de direito, principalmente, no que se refere ao direito penal, modelo de estrita legalidade, próprio do Estado de Direito:

"Garantismo" designa um modelo normativo de direito: precisamente, no que diz respeito ao direito penal, o modelo de "estrita legalidade" SG, próprio do Estado de direito, que sob o plano epistemológico se caracteriza como um sistema cognitivo ou de poder mínimo, sob o plano político se caracteriza como uma técnica de tutela idônea a minimizar a violência e maximizar a liberdade e, sob o plano jurídico, como um sistema de vínculos impostos à função punitiva do Estado em garantia dos direitos dos cidadãos. É consequentemente, "garantista" todo sistema penal que se conforma normativamente com tal modelo e que o satisfaz efetivamente (FERRAJOLI, 2010, p. 785-786).

Ao analisarmos o segundo significado, este traz uma visão crítica do ordenamento que, na teoria poderá ter conotação garantista, mas na prática poderia adotar força diversa:

"Garantismo" designa uma teoria jurídica da "validade" e da "efetividade" como categorias distintas não só entre si, mas, também, pela "existência" ou "vigor" das normas. Neste sentido, a palavra garantismo exprime uma aproximação teórica que mantém separados o "ser" e o "dever ser" no direito; e, aliás, põe como questão teórica central, a divergência existente nos ordenamentos complexos entre modelos normativos (tendentemente garantistas) e práticas operacionais (tendente antigarantistas), interpretando-a com a antinomia – dentro de certos limites fisiológica e fora destes

patológica – que subsiste entre validade (e não efetividade) dos primeiros e efetividade (e invalidade) das segundas (FERRAJOLI, 2010, p. 786).

O terceiro significado apresenta-se como uma crítica filosófica, laica, pautada na finalidade da teoria garantista:

“Garantismo” designa uma filosofia política que requer do direito e do Estado o ônus da justificação externa com base nos bens e nos interesses dos quais a tutela ou a garantia constituem a finalidade. Neste último sentido, o garantismo pressupõe a doutrina laica da separação entre direito e moral, entre validade e justiça, entre ponto de vista interno e ponto de vista externo na valoração do ordenamento, ou mesmo entre o “ser” e o “dever ser” do direito. Equivale à assunção, para os fins da legitimação e da perda da legitimação ético-política do direito e do Estado, do ponto de vista exclusivamente externo (FERRAJOLI, 2010, p. 787).

Novelli (2014) aponta que a teoria do garantismo penal serve como um freio ideológico para a atuação indiscriminada do estado na liberdade do cidadão, devendo utilizar o seu poder punitivo como *ultima ratio*. O autor sustenta um quarto e último conceito da teoria do garantismo:

O garantismo penal seria uma política criminal onde prevalece a mínima intervenção do Estado no sistema normativo punitivo, pautado na validade da norma e na sua efetividade – de forma distinta e também, entre si – atuando como uma filosofia política externa que impõe ao Estado e ao direito, o ônus de buscar a finalidade da norma penal (NOVELLI, 2014, p. 122).

Nessa esteira, conforme Carrazzoni (2005), o garantismo assume papel fundamental à sustentação do direito penal constitucional, uma vez que incide em alcançar aos indivíduos as garantias positivadas pela Constituição. Na visão de Rosa (2004), a Teoria Geral do Garantismo, entendida como modelo de Direito, está baseada no respeito à dignidade da pessoa humana e seus Direitos Fundamentais, com sujeição formal e material das práticas jurídicas aos conteúdos constitucionais. Isto porque, diante da complexidade contemporânea, a legitimação do Estado Democrático de Direito deve suplantar a mera democracia formal, para alcançar a democracia material, na qual os Direitos Fundamentais devem ser respeitados, efetivados e garantidos, sob pena da deslegitimação das instituições estatais.

Daí surge a necessidade de garantir esses direitos a todos os indivíduos, principalmente os processados criminalmente, pela peculiar situação que ocupam. *In verbis*:

O garantismo jurídico baseia-se, desta feita, nos direitos individuais – vinculados à tradição iluminista – com o escopo de articular mecanismos capazes de limitar o poder do Estado soberano, sofrendo, como curial, as influências dos acontecimentos históricos, especificamente a transformação da sociedade relativamente à tutela dos direitos sociais e negativos de liberdade, bem assim do levante neoliberal que, na esfera Penal e do Processo Penal, apresenta perspectiva de exclusão social e mitigação das garantias individuais, tendo como reação a crítica contundente de movimentos sociais, dentre eles o do Movimento Antiterror (ROSA, 2004, p.94).

Para a juíza Maria Lúcia Karam, a prevalência dos princípios garantidores são indispensáveis como forma de contenção do poder punitivo indiscriminado do estado. Senão vejamos:

Para esta inversão, para a urgente tarefa de contenção do poder punitivo, é preciso afirmar a universalidade dos princípios garantidores expressos nas declarações universais de direitos e nas Constituições democráticas – inadmissíveis, portanto, quaisquer exceções – e permanentemente efetivar seu primado (KARAM, 2005, p. 110).

Conforme Carvalho (1999), uma tendência vigente do direito penal moderno encontra sua essência no princípio da legalidade, traduzindo (através de uma ruptura entre direito e moral) a positivação de direitos fundamentais, chamada de princípio da secularização, que se baseia na "legitimidade externa do direito penal", e busca amparo no âmbito constitucional. Carvalho aponta que um dos efeitos do princípio da secularização é impedir condutas prejudiciais à vida em sociedade e que o juízo não valora critérios intrínsecos do réu, "mas somente acerca dos fatos penalmente proibidos que lhes são imputados e que podem, por outra parte, ser empiricamente provados pela acusação e refutados pela defesa" (CARVALHO, 1999, p. 752). Essa é a razão pela qual o autor conclui que a estrutura normativa do instituto da reincidência fere princípios constitucionais:

As disposições que preceituam análises de caráter subjetivo do agente, tal como a reincidência, são normas penais constitutivas, normas que não vetam condutas lesivas, mas que castigam

imediatamente; normas que não proíbem atuar, mas ser [...] A estrutura normativa do instituto da reincidência não fere apenas a inviolabilidade da coisa julgada pela afronta ao princípio do *non bis in idem*, senão, que transgride a dogmática constitucional baseada no princípio da secularização" (CARVALHO, 1999, p. 753).

Nessa esteira, Carrazzoni (2005), ao falar sobre reincidência e garantismo, conclui que, sem embargo, o instituto da reincidência opera ao desabrigo da Constituição Federal, e, por conseguinte fere o garantismo, pilastra do Estado Democrático de Direito. Também é de opinião unívoca para Streck que a reincidência:

É antigarantista, sendo, à evidência, incompatível com o Estado Democrático de Direito, mormente pelo seu componente estigmatizante, que divide os indivíduos em aqueles que aprenderam a conviver em sociedade e aqueles que não aprenderam e insistem em continuar delinquindo [sic] (STRECK, 2001, p. 71).

No dizer sempre expressivo de Zaffaroni e Pierangeli:

Estabelece-se o corolário lógico de que a agravação pela reincidência não é compatível com os princípios de um direito penal de garantias, e a sua constitucionalidade é sumamente discutível. Estas considerações são as que levaram o legislador colombiano, por exemplo, a eliminar a reincidência, e, muito embora no nosso País não se a tenha excluído, parece terem pesado considerações deste tipo para a limitação do seu alcance, numa comparação com o Código de 1940 [...] na realidade, a reincidência decorre de um interesse estatal de classificar as pessoas em "disciplinadas" e "indisciplinadas", e é óbvio não ser esta função do direito penal garantidor (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2019, p. 747).

Ferrajoli lamenta que as codificações penais ainda prevejam a reincidência, eis que tal instituto "é uma forma de ser mais do que uma forma de agir, que atua, indevidamente, como um substitutivo da culpabilidade no qual se expressa a atual subjetivação do direito penal" (FERRAJOLI, 2010, p. 467). Conforme Almeida, (2009), ao considerar a existência de condenação anterior para agravar a pena do novo crime praticado, conferindo relevância penal autônoma à personalidade do réu, o instituto da reincidência mostra-se congruente com o modelo inquisitorial, e contrário ao sistema acusatório.

Salo de Carvalho, citando Cândido Furtado Maia Neto, a respeito do embate da reincidência e do garantismo, assim nos brinda: "o instituto da reincidência é polêmico e incompatível com os princípios reitores do direito penal democrático e humanitário, uma vez que a reincidência na forma de agravante criminal configura um *plus* para a condenação anterior já transitada em julgado" (CARVALHO, 1999, p. 750). Assinala Ferrajoli que o juiz não deve indagar sobre a alma do imputado, e tampouco emitir veredictos morais sobre a sua pessoa, mas apenas individualizar os seus comportamentos vedados pela lei. "Um cidadão pode ser punido apenas por aquilo que fez, e não pelo que é" (FERRAJOLI, 2010, p. 208).

Conforme Pascoal (2012), se, por um lado, a observância ao sistema garantista restringe o poder punitivo estatal, que fica rigidamente limitado e vinculado aos pressupostos da Constituição, por outro, confere eficácia aos direitos e garantias do cidadão. A autora reitera que a ideia de garantia está embutida na concepção do Estado Democrático de Direito e visa, com base no princípio da estrita legalidade, propugnar a obediência aos princípios garantistas estabelecidos em lei que resguarda o cidadão das arbitrariedades do poder punitivo estatal.

Importante destacar que diante da crise no sistema penal, a tendência do legislador é criar novas medidas, com o discurso de que estas contribuirão na redução da criminalidade e na reinserção do condenado na sociedade. No entanto, muito já se provou que a prisão não cumpre sua finalidade ressocializadora, e que corrompe, estigmatiza, submete o condenado a condições sub-humanas e, muitas vezes, profissionaliza o recluso na criminalidade. Feito esse diagnóstico sobre a teoria do garantismo, a conclusão, portanto, é que resta evidenciado que o agravamento da pena por conta da reincidência se revela incompatível com os ditames do Estado Democrático de Direito e, consequentemente, com a teoria garantista.

#### **4 A ATUAL CONDIÇÃO DO RÉU REINCIDENTE CONDENADO NO ART. 33 DA LEI DE DROGAS**

*"A partir do momento que alguém entrava na prisão se acionava um mecanismo que o tornava infame, e quando saía, não podia fazer nada senão voltar a ser delinquente."*

*(Michel Foucault)*

#### 4.1 RECENTE POSIÇÃO JURISPRUDENCIAL NO ESTADO DE SANTA CATARINA DE RÉUS REINCIDENTES CONDENADOS NO ART. 33 DA LEI 11.343/06

Nesse item, a monografia se propõe a apresentar jurisprudências sobre o fenômeno da dupla valoração da reincidência, ou seja, quando este instituto constitui circunstância agravante (art. 61, I, CP) a ser obrigatoriamente considerada na segunda fase da dosimetria da pena; e ao mesmo tempo afasta a concessão de diminuição de pena descrita no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, na terceira fase da dosimetria da pena. Para mais, além desses dois prejuízos, o réu também poderá ter a pena base aumentada em até 1/8, devido aos maus antecedentes, se tiver sido condenado por crime diverso ao já utilizado na dosimetria.

O presente Trabalho de Conclusão de Curso propôs-se a encontrar situações em que ocorrem esses três fenômenos combinados, confirmando essa realidade na prática judicial, e, desta forma, aproximando a reflexão teórica desta monografia à realidade do Poder Judiciário. Assim, abordaremos cinco acórdãos de cinco câmaras diferentes do TJSC sobre réus reincidentes condenados no art. 33, caput, da Lei 11.343/06.

- **Caso 1 - Apelação Criminal nº 0001250-49.2011.8.24.0031 (TJSC) - Primeira Câmara Criminal**

Ementa:

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS (ART. 33, CAPUT, DA LEI N. 11.343/06). RECURSO DEFENSIVO

[...]

INEXISTÊNCIA DE MÚLTIPLA VALORAÇÃO PELO MESMO FATO. MIGRAÇÃO, TODAVIA, DA CONDENAÇÃO UTILIZADA NA PRIMEIRA FASE PARA VALORAÇÃO DA CONDUTA SOCIAL PARA O VETOR DOS MAUS ANTECEDENTES. **TERCEIRA ETAPA. PLEITEADA APLICAÇÃO DA BENESSE DO ARTIGO 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INVIABILIDADE.** REQUISITOS LEGAIS NÃO PREENCHIDOS. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO (TJSC, 2019, grifo nosso).

Trata-se de recurso de apelação criminal interposto pela defesa do réu. A sentença de primeiro grau julgou parcialmente procedente a denúncia e condenou o acusado à pena

de 08 anos e 09 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 749 dias-multa, pela prática do crime descrito no artigo 33, caput, da Lei 11.343/06.

No tocante à dosimetria, conforme o voto do relator (TJSC, 2019): Na primeira fase, reconhecida as circunstâncias do crime - haja vista a gravidade concreta da substância pelo acusado comercializada (crack) -, empregou-se o fracionário de 1/6 (um sexto). Ademais, a pena-base foi exasperada em 1/5 (02 condenações), em decorrência dos maus antecedentes do agente, resultando assim em 6 anos e 10 meses de reclusão.

Seguindo, em relação à segunda fase da dosimetria, militou-se em desfavor do requerente a agravante da reincidência, assim, adotando a fração de 1/6 (um sexto). Já na terceira etapa da dosimetria do delito de tráfico de drogas, não mereceu acolhimento o reconhecimento da causa de diminuição de pena descrita no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, uma vez que o réu não preenchia os requisitos necessários à concessão de tal benesse.

Com relação à decisão de primeiro grau, afastou-se a circunstância judicial relativa à conduta social e efetuou-se a migração da condenação pretérita, utilizada para a valoração desta circunstância judicial, para o vetor dos maus antecedentes.

A reprimenda definitiva foi redimensionada para 07 anos, 11 meses e 20 dias de reclusão, além de 683 dias-multa. Importante ressaltar que por meio da perícia técnica atestou-se que a substância encontrada pelos policiais correspondia a 01 porção apresentando massa bruta de 1,9 g de crack.

- **Caso 2 - Apelação Criminal nº 2014.042604-9 (TJSC) - Segunda Câmara Criminal**

Ementa:

APELAÇÃO CRIMINAL - TRÁFICO DE DROGAS (ART. 33, CAPUT, DA LEI N. 11.343/06) - SENTENÇA CONDENATÓRIA - RECURSO DEFENSIVO. [...] **CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DA PENA PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/06 - INAPLICABILIDADE, NA ESPÉCIE - RÉU REINCIDENTE.** [...]. (TJSC, 2014, grifo nosso).

Trata-se de recurso de apelação criminal deflagrado pelos dois réus. A sentença de primeiro grau condenou o primeiro réu pela prática do crime previsto no art. 33, caput, da Lei 11.343/06, à pena privativa de liberdade de 7 anos, 9 meses e 10 dias de reclusão, a ser cumprida em regime inicial fechado, além do pagamento de 666 dias-multa; bem como o



segundo réu, pelo mesmo crime, à pena de 5 anos e 10 meses de reclusão, a ser cumprida em regime inicial fechado, além do pagamento de 500 dias-multa.

No tocante à dosimetria, e somente em relação ao primeiro réu, conforme o voto do relator (TJSC, 2014): na primeira fase, em análise das circunstâncias judiciais e sendo duas delas desfavoráveis (maus antecedentes e personalidade), elevou-se a pena base em 1/3, totalizando 6 anos e 8 meses de reclusão. Na segunda fase da dosimetria, presente a agravante da reincidência, a reprimenda foi majorada em 1/6, restando quantificada em 7 anos, 9 meses e 10 dias de reclusão. Na terceira fase, não mereceu acolhimento o reconhecimento da causa de diminuição de pena descrita no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06.

Votou-se pelo conhecimento e parcial provimento do recurso tão somente para absolver o primeiro réu, mantendo-se as demais cominações impostas na sentença. Assim, em relação ao segundo réu, fixou-se a pena definitiva em 7 anos, 9 meses e 10 dias de reclusão, além do pagamento de 666 dias-multa, conforme definido em primeiro grau, com regime de cumprimento fechado. Em relação à quantidade de drogas apreendidas, o réu trazia consigo e guardava 7 pedras de crack, pesando 1,4 gramas, e 1 pedra de crack, pesando 2,4 gramas.

- **Caso 3 - Apelação Criminal nº 0011406-76.2018.8.24.0023 (TJSC) - Terceira Câmara Criminal**

Ementa:

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA A SAÚDE PÚBLICA. TRÁFICO DE DROGAS (LEI 11.343/2006, ART. 33, CAPUT). [...] DOSIMETRIA DA PENA. PRIMEIRA FASE. PEDIDO DE AFASTAMENTO DA VALORAÇÃO NEGATIVA DOS MAUS ANTECEDENTES. **AVENTADO BIS IN IDEM ANTE O RECONHECIMENTO CONCOMITANTE, NA SEGUNDA FASE, DA AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. INVIABILIDADE.** PLURALIDADE DE CONDENAÇÕES TRANSITADAS EM JULGADO POR FATOS ANTERIORES, UMA DELAS ACERTADAMENTE UTILIZADA PARA EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE ANTE OS MAUS ANTECEDENTES E OUTRA A JUSTIFICAR O RECONHECIMENTO DA AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA (CP, ART. 61, I). [...] **PEDIDO DE APLICAÇÃO DA AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA (CP, ART. 61, I). POSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE CONFIGURAÇÃO DE "BIS IN IDEM" ANTE O RECONHECIMENTO DA AGRAVANTE DA**

**REINCIDÊNCIA E AFASTAMENTO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DA PENA REFERENTE AO TRÁFICO PRIVILEGIADO (LEI 11.343/2006, ART. 33, § 4º). [...] (TJSC, 2019, grifo nosso).**

Trata-se de recurso de apelação criminal deflagrado tanto pelo Ministério Público Estadual quanto pelo réu em questão. A sentença de primeiro grau condenou o acusado à pena de 5 anos e 10 meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, e ao pagamento de 583 dias-multa pela prática do crime descrito no artigo 33, caput, da Lei 11.343/06.

No tocante à dosimetria, conforme o voto do relator (TJSC, 2019): na primeira fase, diante das circunstâncias judiciais apreciadas (maus antecedentes), valeu-se do parâmetro de 1/6 (um sexto) para cada circunstância. **Na segunda fase, presente a agravante da reincidência (CP, art. 61, I) aumentou-se a pena em 1/3** (grifo nosso). Na terceira fase, é mantida a impossibilidade da aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06. Diante do novo cálculo, adequou-se o regime inicial de cumprimento da pena para o fechado.

Assim, opinou-se pelo conhecimento dos recursos, desprovimento do defensivo e provimento do interposto pelo Ministério Público que havia pugnado pelo reconhecimento da agravante da reincidência (CP, art. 61, I), uma vez que não fora reconhecida em primeira instância sob o argumento de que foi utilizada para afastar a concessão da causa de diminuição da pena referente ao tráfico privilegiado. Assim relata o Desembargador Ernani Guetten de Almeida:

Como visto, o Magistrado, embora tenha reconhecido a agravante da reincidência, deixou de aplicá-la, ao argumento de que foi utilizada para afastar a concessão da causa de diminuição da pena referente ao tráfico privilegiado (Lei 11.343/2006, art. 33, § 4º). **No entanto, o entendimento sedimentado na jurisprudência dos Tribunais Superiores e desta Corte é no sentido de que a reincidência pode ser reconhecida concomitantemente como agravante (CP, art. 61, I) e para afastamento da causa de diminuição da pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006** (TJSC, 2019, p.1, grifo nosso).

Assim, a pena ficou em 7 anos, 9 meses e 10 dias de reclusão e o pagamento de 777 dias-multa, com a adequação do regime inicial de cumprimento da pena para o fechado. O réu trazia consigo, com intuito de comercializar e fornecer a terceiros, 9,9g de maconha, 2,8g de cocaína e 1,1g de crack, consoante Termo de Apreensão.

- **Caso 4 - Apelação Criminal nº 0013721-67.2013.8.24.0083 (TJSC) - Quarta Câmara Criminal**

Ementa:

APELAÇÕES CRIMINAIS. CRIME CONTRA A SAÚDE PÚBLICA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES (ART. 33, CAPUT, DA LEI N. 11.343/06). [...] **PLEITO PELA INCIDÊNCIA DA REINCIDÊNCIA NA APLICAÇÃO DA PENA. POSSIBILIDADE. NÃO CONFIGURA BIS IN IDEM APLICAR A REINCIDÊNCIA NA SEGUNDA FASE DOSIMÉTRICA E UTILIZÁ-LA TAMBÉM PARA AFASTAR A CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/06.** RECURSOS CONHECIDOS, DESPROVIDO O DO RÉU E PROVIDO O DO MINISTÉRIO PÚBLICO (TJSC, 2019, grifo nosso).

Trata-se de recurso de apelação criminal deflagrado tanto pelo Ministério Público Estadual quanto pelo réu. A sentença de primeiro grau condenou o acusado à pena de 5 anos e 10 meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, e ao pagamento de 583 dias-multa pela prática do crime descrito no artigo 33, caput, da Lei 11.343/06.

No tocante à dosimetria, conforme o voto do relator (TJSC, 2020): na primeira fase, o magistrado considerou como negativo os antecedentes, mantendo a pena-base em 5 anos e 10 meses de reclusão. Na segunda fase dosimétrica, diante da reincidência, e tendo em vista que o apenado possui duas condenações com trânsito em julgado, a pena foi exasperada em 7 anos de reclusão e 699 dias-multa. Na fase derradeira, é mantida a impossibilidade da aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06.

Assim, opinou-se pelo conhecimento dos recursos, desprovimento do defensivo e provimento do interposto pelo Ministério Público, que havia pugnado pelo reconhecimento da agravante da reincidência, ao argumento de que não ocorre *bis in idem* considerá-la na segunda fase dosimétrica e também como óbice para aplicar na causa especial de diminuição de pena do § 4º do art. 33 da Lei de Drogas. O juiz de primeiro grau havia deixado de considerar a agravante da reincidência, uma vez que ela já havia sido utilizada para negar a benesse do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/96, configurando *bis in idem* sopesá-la novamente. No entanto, o relator assim decidiu:

No caso em comento, a reincidência pode ser perfeitamente utilizada como agravante, conforme disciplina o art. 61, inc. I, do CP e também para afastar a incidência da causa de diminuição de pena, prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, que prevê como um dos requisitos para a concessão da benesse que o agente seja primário e de bons antecedentes. Isto é, apesar de se tratar do mesmo instituto, são desdobramento legais, que diante da sua configuração, geram consequências jurídicas independentes, não resultando no *bis in idem* (TJSC, 2019).

Foi fixada a reprimenda em 7 anos de reclusão e 699 dias-multa, com a adequação do regime inicial de cumprimento da pena para o fechado. O réu possuía, trazia consigo e guardava 5,7g da droga cocaína, para fins de comércio e entrega a terceiros, sem autorização e em desacordo com determinação legal.

- **Caso 05 - Apelação Criminal nº 0005981-57.2017.8.24.0038 (TJSC) - Quinta Câmara Criminal**

Ementa:

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS [ART. 33, CAPUT, DA LEI N. 11.343/06]. SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DA DEFESA. [...] **TERCEIRA FASE: TERCEIRA FASE. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º DA LEI 11.343/06 NÃO APLICÁVEL. REQUISITOS LEGAIS CUMULATIVOS E NÃO PREENCHIDOS. RÉU REINCIDENTE.** [...]. (TJSC, 2018, grifo nosso).

Trata-se de recurso de apelação criminal interposto pela defesa do réu. A sentença de primeiro grau condenou o acusado à pena de 5 anos e 10 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 583 dias-multa pela prática do crime descrito no artigo 33, caput, da Lei 11.343/06.

No tocante à dosimetria, conforme o voto do relator (TJSC, 2018): a pena base mantém-se acima do mínimo legal na fração de 1/6 (um sexto) em razão de pretérita condenação do réu, sendo fixada em 5 anos e 10 meses de reclusão. Na segunda fase dosimétrica, diante da reincidência do réu, aplicou-se a agravante, aumentando-se a pena corporal em 6 meses. Lado outro, foi feita a compensação em face da confissão espontânea, minorando-se a pena também em 6 meses, mantendo-a, pois, no patamar fixado na primeira fase dosimétrica. Na fase derradeira, é mantida a impossibilidade da aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06.

Conforme a relatora Desembargadora Cinthia Beatriz da S. Bittencourt Schaefer: "Importante mencionar que não há *bis in idem* ao se utilizar a reincidência como circunstância agravante na segunda fase da dosimetria e também como critério para o afastamento da referida causa de diminuição" (TJSC, 2018).

Assim, votou-se no sentido de conhecer do recurso e dar-lhe parcial provimento, apenas para restituir ao réu certa quantidade em dinheiro que fora apreendida. A pena continuou em 5 anos e 10 meses de reclusão em regime inicial fechado. O réu mantinha 34,6g de cocaína em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

- **Considerações**

As jurisprudências citadas pelos desembargadores para fundamentar a utilização da reincidência como circunstância agravante na segunda fase da dosimetria e também como critério para o afastamento da referida causa de diminuição foram: STF - RHC n. 121598/SP; STJ - HC: 232.136/SP; HC 233.211/SP; HC 427.620/SP; Apelação Criminal 0011048-14.2018.8.24.0023 TJ/SC; Apelação criminal n. 0005817-69.2019.8.24.0023 TJ/SC.

Ademais, percebe-se que todos os casos estudados têm em comum:

- a) A dupla valoração da reincidência, sendo esta considerada como circunstância agravante (art. 61, inciso I, CP), na segunda fase da dosimetria; e ao mesmo tempo sendo o motivo do impedimento à aplicação do benefício do art. 33, § 4.º, da Lei 11.343/2006, na terceira fase da dosimetria;
- b) A utilização dos maus antecedentes para exasperar a pena-base do réu;
- c) Quantidades de drogas apreendidas abaixo de 35 gramas;
- d) Todos são do TJ/SC, foram julgados nos últimos 06 anos e os réus haviam sido condenados pela prática do crime descrito no artigo 33, caput, da Lei 11.343/06;

Cabe salientar que nos casos da Terceira e da Quarta Câmara Criminal, o juiz de primeiro grau havia deixado de aplicar a agravante da reincidência, uma vez que o instituto já havia sido empregado para negar a benesse § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06 na terceira fase da dosimetria, o que, segundo os juízes de direito, configuraria *bis in idem* se o utilizasse novamente nesta etapa. No entanto, em sede de apelação, a decisão foi reformada.

Em todos os casos foi determinado que o regime inicial do cumprimento de pena seria o fechado, diante da valoração negativa das circunstâncias judiciais e da reincidência do acusado. Mesmo nos casos em que o juiz de primeiro grau indicou regime inicial semiaberto (casos da Terceira e da Quarta Câmara Criminal), a decisão fora reformada posteriormente. Afinal, a regra estabelecida pelo CP é de que o condenado reincidente deve iniciar o cumprimento da sua pena sempre no regime fechado (art. 33, § 2º, alínea b e § 3º, do CP). Em consonância, o art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072 (Lei sobre crimes hediondos) também indica que a pena por crime de tráfico de drogas deverá ser cumprida inicialmente em regime fechado.

Assim, têm-se que:

- O réu reincidente sofrerá uma dupla valoração da reincidência na dosimetria da pena;

- Sendo reincidente, o condenado deverá iniciar o cumprimento da sua pena sempre no regime fechado (art. 33, § 2º, alínea b e § 3º, do CP);
- Com o aumento da pena, o réu não será elegível para a substituição da pena privativa de liberdade por uma restritiva de direitos (art. 44, I, do CP e art. 44 da Lei 11.343/06). Ainda, conforme o art. 44, o réu não terá direito à fiança, sursis, graça, indulto, anistia e liberdade provisória.
- O tráfico ilícito de drogas na sua forma privilegiada não é crime equiparado a hediondo. Com a não concessão do tráfico privilegiado, o crime de tráfico de drogas resta configurado como crime hediondo. Com isso, o juiz apenas poderá conceder livramento condicional cumpridos mais de dois terços da pena. Já no caso de reincidência específica, há o total impedimento do livramento condicional (art. 83, V, CP).

Ou seja, a reincidência possui o condão de elevar a pena do patamar mínimo de 1 ano e 8 meses (máximo de redução previsto pelo § 4º), com a possibilidade de tê-la convertida em uma pena restritiva de direito; para o patamar mínimo de 5 anos e 10 meses de reclusão (pena mínima do tráfico de drogas somada ao agravante da reincidência no patamar de  $\frac{1}{6}$ ), sem a possibilidade de tê-la convertida em uma pena restritiva de direito e sempre tendo que cumpri-la em regime inicial fechado, com o livramento condicional restando prejudicado.

Feito esse breve diagnóstico sobre a pesquisa jurisprudencial, a conclusão, portanto, é de que o fenômeno da dupla valoração da reincidência se confirma na prática judicial, e que o instituto da reincidência é capaz de causar inúmeras outras consequências processuais ao réu. Assim, veremos a seguir os danos causados por essa prática processual.

## 4.2 OS DANOS CAUSADOS APÓS O ADVENTO DA LEI 11.343/06

### 4.2.1 Guerra às Drogas e o impacto na população carcerária nacional

Após termos examinado a realidade do Poder Judiciário em relação aos réus reincidentes condenados por tráfico de drogas, é essencial verificar como essas decisões impactam o sistema penitenciário brasileiro. A seguir analisaremos o fracasso da luta pela proibição penal das drogas, tendo como seu efeito principal a superlotação carcerária e as violações aos direitos humanos.

Para tanto, deve ser verificado, em primeiro lugar, a repercussão das condenações por tráfico na realidade das instituições carcerárias brasileiras. Conforme o levantamento nacional de informações penitenciárias (Infopen) do Departamento Penitenciário Nacional

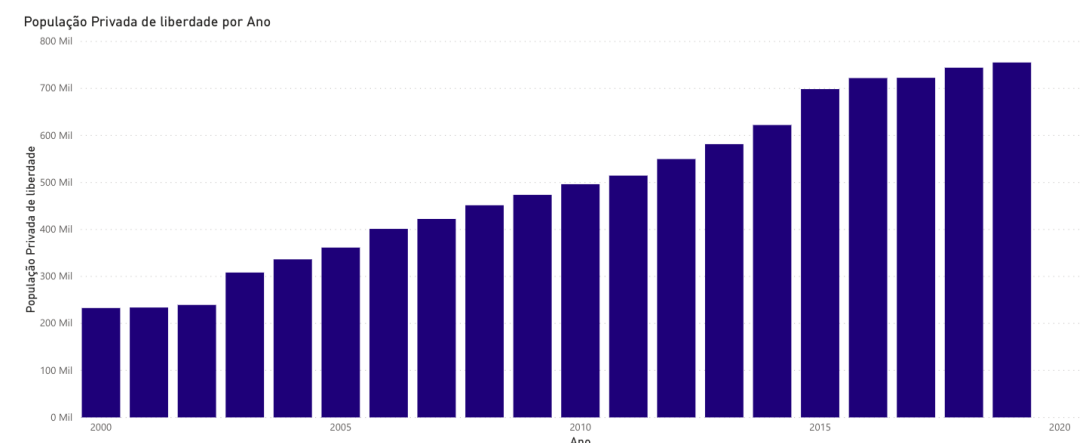
(DEPEN), em relatório de dezembro de 2019<sup>417</sup>, o Brasil apresenta 755.274 presos em unidades prisionais e outras carceragens, ficando atrás apenas da China e dos Estados Unidos em relação aos países com a maior população carcerária. Especificamente no Estado de Santa Catarina, há 23.470 presos. O número oficial de vagas disponíveis nos estabelecimentos prisionais do Brasil é de somente 442.349, o que deixa o país com um déficit total de 312.925 vagas (INFOPEN, 2019).

Importante constatar que em 2006, ano em que a Lei 11.343/06 foi implementada, a população privada de liberdade era de 401.236 presos. Considerando que em 2019 o número saltou para 755.274 presos, houve um crescimento de 88,2% no decorrer de 13 anos. Tal dado é demonstrado no gráfico abaixo.

Gráfico 1 - População prisional por ano

### População prisional por ano

Período de julho a dezembro de 2019



Fonte: Infopen (2019)

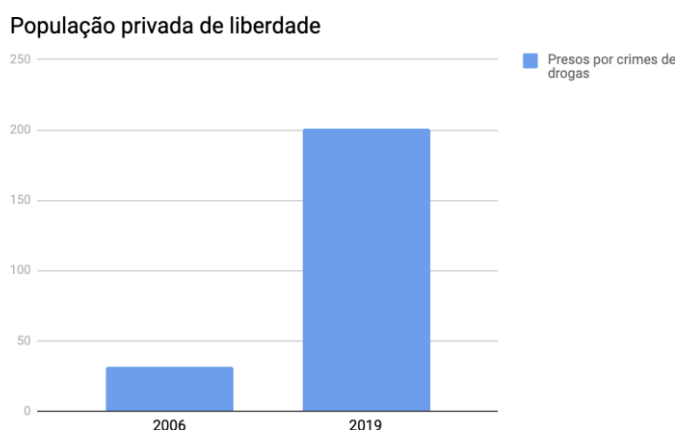
Ademais, em se tratando da quantidade de incidências por tipo penal, a pesquisa mostra que os crimes relacionados à lei de drogas encontram-se em segundo lugar entre os mais cometidos, com 200.583 presos em 2019, 20,28% do total da população carcerária. Em 2006, quando a Lei 11.343/06 começou a valer, eram 31.520 presos por tráfico nos presídios brasileiros. Ou seja, houve um crescimento de 536,36% de presos por crimes

417 Disponível em:

<https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiZTIkZGJjODQ0NmJlM00OTJhLWFiMDktNzRlNmFkNTM0MWI3IiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9>. Acesso em: 22 abr. 2020.

relacionados à lei de drogas no decorrer de 13 anos. Segue demonstrado no gráfico abaixo (INFOPEN, 2019).

Gráfico 2 - População privativa de liberdade por crime de drogas



Fonte: Autor (2020)

Já em relação aos dados sobre presos reincidentes, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) celebrou um acordo de cooperação técnica com o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea) para que fosse realizada uma pesquisa<sup>418</sup> sobre reincidência criminal. O resultado da pesquisa foi que um em cada quatro condenados reincide no crime no Brasil: uma taxa de 24,4% (IPEA, 2015). Analisando apenas o Estado de Santa Catarina, conforme a Secretaria de Estado da Justiça e Cidadania (SJC)<sup>419</sup>, a taxa de reincidência sobe para 29,67% (TCE/SC, 2017). A taxa é alta, e, por sua vez (e conforme analisado), os réus reincidentes têm penas maiores, gerando um obstáculo à liberdade condicional e às sanções substitutivas, e, conseqüentemente, inflando as prisões.

Saindo da esfera dos dados e adentrando nos motivos de tamanho aumento na população carcerária por crimes relacionados às drogas, o principal deles seria o aumento da pena mínima com o surgimento da Lei 11.343/06. Conforme Oliveira e Ribeiro (2016), ainda em 2006 acreditava-se que a descaracterização do delito de posse para o consumo poderia contribuir para a diminuição da população carcerária que responde por crimes relacionados à proibição das drogas. No entanto, apesar do aparente tratamento penal mais benéfico, a atual Lei de Drogas trazia em seu bojo um grande potencial de

418 Disponível em:

[http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com\\_content&view=article&id=25590](http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=25590). Acesso em: 23 abr. 2020.

419 Disponível em: [http://www.tce.sc.gov.br/sites/default/files/1%C2%BA\\_PMO\\_Sistema\\_Prisional.pdf](http://www.tce.sc.gov.br/sites/default/files/1%C2%BA_PMO_Sistema_Prisional.pdf). Acesso em: 23 abr. 2020.



encarceramento, uma vez que houve um aumento significativo na pena mínima para o crime de tráfico, antes de três anos, agora de cinco anos. "Estas mudanças já indicavam um possível aumento da população carcerária por crimes relacionados ao tráfico. Entretanto a realidade surpreenderia até aos mais pessimistas" (OLIVEIRA; RIBEIRO, 2016, p. 10).

Como salienta Salo de Carvalho (2014), há vazios ou dobras de legalidade na atual Lei de Drogas, que acaba gerando o efeito de encarceramento massivo. "Estruturas normativas abertas, contraditórias ou complexas, que criam zonas dúbias, que são instantaneamente ocupadas pela lógica punitivista e encarceradora" (CARVALHO, 2014 p.114-115). Conforme o autor, o primeiro vazio seria a proliferação de condutas idênticas nos dois tipos penais que estruturam e edificam a política criminal de drogas.

O primeiro vazio de legalidade que procurei demonstrar foi o estabelecido pelo dispositivo que pretende criar parâmetros para identificar quais as condutas (adquirir, guardar, ter em depósito, transportar ou trazer consigo) que se destinam ao consumo pessoal (CARVALHO, p.117 2014).

Assim, como o art. 33 repete cinco verbos já tipificados no art. 28, o juiz fará uma análise de natureza essencialmente subjetiva para determinar se determinada droga apreendida era destinada ao consumo ou ao tráfico. Referido tema e suas consequências foi analisado especificamente no capítulo I, subseção 2.2.3 desta monografia.

O segundo vazio seria que a configuração do crime de tráfico de drogas se dá até na hipótese de tais condutas serem realizadas ainda que gratuitamente, conforme o caput do artigo 33. Desta forma, o texto legal é indiferente ao fato de haver ou não lucro e comercialização. Assim, o oferecimento, mesmo que gratuito, a pessoa diversa do seu relacionamento, ou sendo do seu relacionamento não tenha o objetivo de juntos consumirem, acaba fazendo incidir, necessariamente o caput do artigo 33 (tráfico de drogas) com penas de 5 a 15 anos.

O segundo vazio de legalidade que identifiquei naquele momento foi o relativo à conduta de "entregar a consumo ou fornecer drogas ainda que gratuitamente", prevista no art. 33, caput, da Lei 11.343/06. Apesar de o § 3º do art. 33 prever pena de 6 meses a 1 ano às situações de "consumo compartilhado" –"oferecer droga, eventualmente e sem objetivo de lucro, a pessoa do seu relacionamento, para juntos a consumirem" –, a hipótese narrada no caput introduz, como figura paritária ao tráfico (internacional e doméstico), uma conduta sem qualquer intuito de comércio. Assim, se a entrega a consumo ou se o fornecimento da droga for destinado a uma pessoa que não seja do relacionamento do autor do fato ou,

mesmo sendo do seu círculo, não tiver como objetivo o consumo conjunto, haverá incidência do crime equiparado aos hediondos (CARVALHO, 2014 p118).

Tais vazios ou dobras de legalidade na atual Lei de Drogas apontados por Carvalho demonstram o alto poder criminalizador que a atual lei de drogas produziu, seu efeito imediato de grande encarceramento e sua necessidade de revisão à luz crítica do sistema de repressão às drogas. Outro vazio não mencionado pelo autor, mas que certamente infla o sistema carcerário, é a aplicação da primariedade como requisito para o réu receber o redutor do § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, pois isso acaba resultando em um aumento da pena e conseqüente obstáculo à liberdade condicional e às sanções substitutivas, conforme vimos na primeira seção deste capítulo.

O fato é que após todos os dados demonstrados, torna-se evidente que depois de 14 anos da implementação da lei 11.343/06, observamos diversos efeitos colaterais. Luciana Boiteux, em artigo escrito ainda em 2006 sobre a então nova lei de drogas, previu o agravamento da população carcerária devido ao desproporcional aumento da pena do delito de tráfico de drogas:

Para que se avalie a desproporcionalidade da situação, basta imaginar a hipótese de dois garotos de dezoito anos negociando a compra de droga considerada ilícita: se a polícia os flagrasse no momento em que o vendedor (pobre, que precisa vender droga para sobreviver) entregasse a mercadoria para o usuário (rico, que tem dinheiro de sobra para poder comprar droga sem traficar), este iria ser encaminhado ao Juizado Especial e não poderia ser preso de jeito nenhum, enquanto que o outro estaria sujeito a uma pena mínima de cinco anos. [...] **Tal situação só irá reforçar a grave situação atual das prisões brasileiras, que certamente sofrerão o impacto desta nova legislação.** Como reflexo direto desta lei, o contingente penitenciário será diretamente afetado pelo grande número de presos que cumprem pena por este delito (BOITEUX, 2006, p. 3, grifo nosso).

Vera Malaguti Batista critica o superencarceramento nacional, relacionando-o à política criminal de drogas:

Como diz Zaffaroni, nascemos como um continente que é instituição de sequestro e na atualidade essa vocação se aprimorou. Milhões de latino-americanos apodrecem em prisões abaixo de todos os

padrões de dignidade. **A intensidade dos conflitos sociais e sua leitura penal positivista produziu o maior encarceramento da nossa história, e a política criminal de drogas prestou grande contribuição neste processo.** Quanto mais prendemos e matamos pior ficamos e os meios de comunicação vão produzindo um discurso tautológico que gera adesão subjetiva à barbárie: demanda por mais pena e mais severidade penal (BATISTA, 2016, p. 11, grifo nosso).

Segundo a autora, todos os objetivos explícitos da Guerra às Drogas configuram um retumbante fracasso. "A produção, a comercialização e o consumo daquelas substâncias alcançadas pelo proibicionismo só aumentaram junto com as maiores taxas de encarceramento da história da humanidade e a violência disseminada pelas cidades e campos" (BATISTA, 2016, p. 7). Salo de Carvalho corrobora essa ideia e critica "aquelas ideologias ocultadas pelos Aparelhos de Estado que inviabilizam a otimização dos Direitos Humanos, demonstrando a diafonia existente entre o discurso oficial e a funcionabilidade do sistema de drogas fundados em legislações penais do terror" (CARVALHO, 1996, p. 13).

Conforme Boiteux e Pádua (2013), no Brasil, o grande aumento da população carcerária registrado nos últimos anos vem trazendo graves consequências, tanto econômicas, em relação ao aumento de gastos penitenciários, como humanas, já que um maior número de pessoas é submetida a péssimas condições de vida carcerária. Os autores discorrem sobre os custos econômicos que estão sendo desperdiçados, sem razão, na aplicação da Lei de Drogas no Brasil:

Diante das condições insalubres da maioria das prisões, e o fato de que a grande maioria dos detentos são pessoas pertencentes aos extratos mais desfavorecidos da sociedade, e também a estimativa que a maioria dos presos por tráfico sejam de pequenos traficantes, sem nenhuma importância na cadeia comercial de venda das substâncias ilícitas, **tem-se que uma grande quantidade de dinheiro, que poderia estar sendo utilizada como investimentos em saúde, educação e infraestrutura, esteja sendo desperdiçada para conter pessoas que vão sair dali em piores condições do que chegaram**, conforme apontam diversos estudos sobre o sistema prisional, no Brasil e internacionalmente (BOITEUX; PÁDUA, 2013, p. 30-31, grifo nosso).

Segundo o Conselho Nacional de Justiça (CNJ)<sup>420</sup>, a média nacional de custo por preso é de R\$ 2.400 **por mês**. Os custos refletem gastos com sistema de segurança, contratação de agentes penitenciários e outros funcionários, serviços como alimentação e compra de vestuário, assistência médica e jurídica, entre outros (CNJ, 2017). Enquanto isso, no mesmo ano da pesquisa sobre custos prisionais, o valor mínimo nacional por aluno dos anos iniciais do ensino fundamental urbano foi estimado em R\$ 2.875,03 **por ano**, conforme estimativa da Fundeb<sup>421</sup> (CNM, 2017). Cruzando esses dois dados, isso significa que o Brasil gasta aproximadamente 10x a mais com o sistema prisional do que com o sistema educacional.

#### 4.2.2 Legitimação da violência pelo Estado

Conforme Batista, as cruzadas contra as drogas, produziram, em muitos países da América Latina, "um direito penal sem fronteiras, forjando em certas prisões federais algo que aspira a ser muito parecido com as imagens sinistras dos prisioneiros de Guantánamo" (2016, p. 7). A autora ressalta:

A guerra contra as drogas pôde assim garantir a permanência do aparato repressivo, aprofundando seu caráter autoritário e assegurando investimentos crescentes para o controle social e a segurança pública. Não foi só a infraestrutura que se manteve após o período militar: **o novo inimigo propiciou também a renovação dos argumentos exterminadores, o aumento explosivo das execuções policiais e a naturalização da tortura. Tudo é normal se o alvo é o traficante nas favelas.** Tivemos no Rio de Janeiro um projeto de ocupação militar nas áreas de pobreza em nome dessa guerra (BATISTA, 2016, p. 7, grifo nosso).

O Estado Brasileiro, tradicionalmente, não consegue melhorar as condições de suas prisões, o que já levou, inclusive, a uma denúncia perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos, "com relação às terríveis condições da Penitenciária conhecida como "Urso Branco", no Acre, região norte do Brasil, onde mais de 100 presos foram assassinados no interior do presídio, sob a tutela do Estado, entre os anos de 2000 e 2008" (BOITEUX; PÁDUA, 2013, p. 30). Conforme Relatório da CPI do Sistema Penitenciário, a descrição oficial das condições gerais do sistema penitenciário nacional é a seguinte:

---

420 Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/brasil-tem-menor-gasto-de-custeio-com-presidios-da-america-latina-2/>. Acesso em: 27 abr. 2020.

421 Disponível em: <https://www.cnm.org.br/comunicacao/noticias/estimativa-do-fundeb-para-2017-e-publicada-no-diario-oficial>. Acesso em: 27 abr. 2020.

A quase totalidade dos presos é pobre, originários da periferia, com baixa escolaridade e sem ou com pouca renda. No ato da prisão, o aparelho policial age sempre com prepotência, abuso de poder, sonegação de direitos e, não raro, com violência. A CPI ouviu muitas denúncias de flagrantes forjados – em especial no que se refere às drogas – bem como de maus-tratos praticados pelos agentes policiais (CONGRESSO NACIONAL, 2008. p. 214).

Já em relação à violência gerada nas ruas, Batista critica o agenciamento do extermínio pelo Estado, relatando as execuções relatadas pela polícia em razão da Guerra às drogas:

A sociologia entrou forte na gestão policial da vida, nas racionalizações do poder da dor e da morte. Atrás do discurso politicamente correto e do bom-mocismo acadêmico, o que vemos é a cooptação da academia para a **legitimação do aumento exponencial dos autos-de-resistência (só no Rio de Janeiro, cerca de 1.300 execuções anuais realizadas pela polícia, legitimadas pela guerra contra as drogas). Nas classificações, estatísticas e geo-referenciamento haverá sempre espaço para o extermínio dos inclassificáveis.** O Estado agencia o extermínio cotidiano e a *intelligentzia* trata de mascarar-lo. As operações letais de alta intensidade (como os dezenove mortos num só dia no morro do Alemão) não precisam mais ter sentido técnico, de resultados: o sucesso é o enfrentamento em si. (BATISTA, 2012, p. 3, grifo nosso).

Nesse sentido, Alessandro Baratta trata da violência como imanente ao Estado e ao direito moderno:

Uma contradição, um defeito congênito da modernidade. Eles indicaram o tipo e grau de relação entre violência e lei. Essa contradição consiste essencialmente no encobrimento da violência pela lei e, ao mesmo tempo, na reação mimética reprodutiva que a lei tem em relação à violência. Pense na lei criminal. No pensamento da modernidade, o direito e o Estado estavam destinados a controlar e superar a violência. **No entanto, na lei do Estado a violência permanece imanente e se reproduz** (BARATTA, 2007, pp. 9-10, grifo nosso).

Sobre a violência desse sistema, Maria Lucia Karam ressalta:

Policiais brasileiros são autorizados formal ou informalmente e mesmo estimulados a praticar a violência contra os "inimigos" personificados nos vendedores de drogas das favelas. Certamente, quem atua em uma guerra, quem deve "combater" o "inimigo", deve eliminá-lo. Como se espantar com a violência policial? Do outro lado, os ditos "inimigos" desempenham esse único papel que lhes foi reservado. Matam e morrem, envolvidos pela violência causada pela ilegalidade imposta ao mercado onde trabalham (KARAM, 2013, p. 11-12).

Vera Regina Pereira de Andrade (2005), a respeito da funcionalidade do sistema penal, afirma que este se caracteriza por uma eficácia instrumental invertida, à qual uma eficácia simbólica (legitimadora) confere sustentação. Quer dizer: enquanto suas funções declaradas ou promessas apresentam uma eficácia meramente simbólica, porque não são e não podem ser cumpridas, "o sistema penal cumpre, de modo latente, outras funções reais, não apenas diversas, mas inversas às socialmente úteis declaradas por seu discurso oficial, que incidem negativamente na existência dos sujeitos e da sociedade" (ANDRADE, 2005, p. 6). Assim, conforme a autora:

A eficácia invertida significa, então, que a função latente e real do sistema penal não é combater (reduzir e eliminar) a criminalidade, protegendo bens jurídicos universais e gerando segurança pública e jurídica, mas, ao invés, construí-la seletiva e estigmatizantemente, e neste processo reproduzir, material e ideologicamente, as desigualdades e assimetrias sociais (de classe, de gênero, de raça) (ANDRADE, 2005, p. 6).

Na mesma linha, Karam trata sobre a funcionalidade encobridora da real função da criação das categorias narcotraficantes:

Uma enganosa publicidade apresenta o sistema penal como um instrumento voltado para a proteção dos indivíduos, para a evitação de condutas negativas e ameaçadoras, para o fornecimento de segurança. Esse discurso encobre a realidade de que a intervenção do sistema penal é mera manifestação de poder, servindo tão somente como instrumento de que se valem os mais diversos tipos de Estado para obter disciplina ou um controle social que resultem funcionais para a manutenção e reprodução da organização e do

equilíbrio global das formações sociais historicamente determinadas nas quais surgem (KARAM, 2007, p. 185).

Jackson Leal se manifesta similarmente:

Verifica-se que as drogas, como apontado desde o princípio desta seção, não são o problema, mas o álibi legitimador para uma estratégia político-jurídica de controle de um grupo específico que se faz ruidoso, perturbador da ordem burguesa vigente. **Assim, a guerra contra as drogas serve mais ao sistema do que aos próprios indivíduos.** Drogas alteradoras do estado de consciência se tornam ilegais, enquanto drogas anestesiadoras do estado de consciência são mantidas como receitas sistêmicas de controle ministradas no mundo intra e extramuros, por conta da sua função de adaptação ao paradigma moderno de sociabilidade (LEAL, 2018, p. 207, grifo nosso).

É de opinião unívoca que a "Guerra ao tráfico" autorizou os policiais brasileiros a agir de forma violenta, principalmente em relação aos vendedores de drogas das favelas. Conforme levantamento feito pelo portal G1422, o Brasil teve 6.160 pessoas mortas por policiais no ano de 2018 – um aumento de 18% em relação ao ano anterior (G1, 2019). Diante dessa realidade, essa breve seção teve como objetivo mostrar essa triste consequência da política de drogas no Brasil - os autos de resistência, as arbitrariedades e violências cometidas pelas forças policiais, o assassinato de jovens negros, pobres e moradores de favelas.

#### **4.2.3 O reforço da exclusão social e a seletividade da justiça penal**

A respeito da realidade social do tráfico de drogas no Brasil, Boiteux (2009) afirma que nos grandes centros urbanos, o negócio mais lucrativo é a distribuição das drogas aos consumidores, atividade que absorve grande parte dos excluídos do sistema econômico, ou seja, de trabalhadores informais à margem da atividade lícita:

Desta forma, a atividade econômica ligada ao tráfico de drogas no Brasil é fortalecida pela falta de perspectiva, desemprego e exclusão, o que leva jovens e agricultores ao negócio da droga, que mesmo

---

422 Disponível em: <https://g1.globo.com/monitor-da-violencia/noticia/2019/04/19/numero-de-pessoas-mortas-pela-policia-no-brasil-cresce-em-2018-assassinatos-de-policiais-caem.ghtml>. Acesso em: 13 mai. 2020.

ilícito, ou talvez por isso, permite o aumento do lucro e dá oportunidades de vida a pessoas sem acesso ao mercado de trabalho formal, e ainda paga salários superiores ao mercado formal (BOITEUX, 2009, p. 39).

Conforme a autora, na análise da situação brasileira, a face mais perversa do desemprego se caracteriza pelo fato de que “o contingente anual de criminosos é engrossado pela massa de jovens que jamais ocuparam um vaga no mercado formal de trabalho”<sup>423</sup>, que constituem o grupo social mais vulnerável a ser utilizado pelo tráfico. A pesquisa de Boiteux (2009) identificou que o comércio de drogas ilícitas tem um papel importante como alternativa econômica para os habitantes das favelas, embora não se possa generalizar, pois a grande maioria de seus moradores não se envolve com tal atividade. Conforme Boiteux, “empresários do crime comandam o investimento, a produção, a comercialização e a lavagem de dinheiro, mas estes não estão no morro” (BOITEUX, 2009, p. 43)

Assim escreve Loic Wacquant sobre o conteúdo econômico do desvio da juventude:

Para indivíduos que são repetidamente rejeitados no mercado de trabalho ou que se negam a sujeitar-se a trabalhos de escravo sem possibilidade de ascensão social, que os privam de dignidade porque envolvem tarefas servis e pagam salários de fome, sem incluir benefícios, as atividades subterrâneas podem transformar-se facilmente num emprego de tempo integral. Para eles, o crime predatório constitui uma espécie de pequeno empresariado no qual podem empregar seus únicos ativos valiosos – a força física e um conhecimento funcional do mundo das ruas (WACQUANT, 2005, p. 67).

A respeito do tráfico surgir como oportunidade de renda, se manifesta Maria Gorete Marques de Jesus:

Está cada vez mais claro que, se o tráfico surge como oportunidade de renda, que, de outra maneira, dificilmente seria conseguida, seu combate passa pela garantia dos direitos econômicos do indivíduo e pela distribuição da riqueza (JESUS, 2011, p.69).

---

423 KAHN, Túlio. Cidades Blindadas: ensaios de criminologia. São Paulo: Sicurezza, 2002, p. 14.



Tal realidade foi perfeitamente transformada em números, em relatório de junho de 2017<sup>424</sup> do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias, onde pode-se obter acesso a informações que buscam traçar o perfil socioeconômico das pessoas privadas de liberdade no Brasil. Em relação à faixa etária das pessoas privadas de liberdade no Brasil, é possível inferir que a maior parte é composta por jovens. Entre estes, 29,9% possuem entre 18 a 24 anos, seguido de 24,1% entre 25 a 29 anos e 19,4% entre 35 a 45 anos. Somados o total de presos até 29 anos de idade totalizam 54% da população carcerária (INFOPEN, 2017)

Em relação ao dado sobre a cor ou etnia da população prisional brasileira, pessoas presas de cor/etnia pretas e pardas totalizam 63,6% da população carcerária nacional. No que concerne ao grau de escolaridade das pessoas privadas de liberdade no Brasil, é possível afirmar que 51,3% destas possuem o Ensino Fundamental Incompleto, seguido de 14,9% com Ensino Médio Incompleto e 13,1% com Ensino Fundamental Completo. O percentual de presos que possuem Ensino Superior Completo é de 0,5% (INFOPEN, 2017).

A conclusão que podemos obter através dos dados revelados pela pesquisa não poderia ser mais esperada diante da realidade do sistema criminal brasileiro. O alvo é previsível: jovens, pretos ou pardos, com baixa escolaridade. Já dizia Maria Lucia Karam: "os mortos e presos nessa guerra – os "inimigos" – são os "traficantes" das favelas e aqueles que, pobres, não-brancos, marginalizados, desprovidos de poder, a eles se assemelham" (KARAM, 2013, p. 4). Conforme a autora, as consequências desse sistema são:

Violência, mortes, doenças, encarceramento massivo são o resultado dessa danosa e sanguinária política, institucionalizada nas convenções internacionais da Organização das Nações Unidas (ONU) que impõem as diretrizes criminalizadoras adotadas pelas legislações internas dos mais diversos Estados nacionais em matéria de drogas. Característica marcante de tais diplomas internacionais e nacionais é a sistemática violação a princípios garantidores positivados em normas inscritas nas declarações internacionais de direitos e constituições democráticas (KARAM, 2013, p. 4).

A respeito da seletividade da justiça penal, Boiteux faz uma relação entre a atuação da polícia e este fenômeno, apontando dois impasses. O primeiro seria em relação à corrupção dos policiais:

---

424 Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-sinteticos/infopen-jun-2017-rev-12072019-0721.pdf>. Acesso em: 22 abr. 2020.

Frente à grande rentabilidade do mercado ilícito, e das dificuldades de repressão, uma parte considerável dos policiais mal pagos e menos armados do que os traficantes vai acabar se associando ao tráfico e passar a usufruir de parte dos altos lucros gerados pelo mercado ilícito. Não se trata de mera imoralidade, pois muitas vezes isso se dá por questões mesmo de sobrevivência, diante do poderio bélico, econômico e político dos traficantes. (BOITEUX, 2006, p. 43).

Já o segundo, seria em relação à atuação seletiva da polícia:

Além disso, mesmo sem se considerar a corrupção direta, **a polícia é quem filtra os casos que chegam ao conhecimento dos juízes e, conseqüentemente, aqueles que vão ser enviados às prisões.** Nem sempre fica claro para os operadores da justiça criminal, ou estes preferem ignorar, que os juízes só julgam os raros casos que chegam até a justiça, após a amostragem prévia feita pela polícia, razão pela qual o sistema penal, seletivo em todas as esferas, se torna ainda mais seletivo no caso do tráfico (BOITEUX, 2006, p. 44, grifo nosso).

Nesse sentido, conforme estudos trazidos por Poret, "geralmente, é mais fácil para os agentes da Lei capturarem os revendedores das ruas (*street dealers*), que são os varejistas, mais numerosos e fáceis de serem alcançados, do que os traficantes (atacadistas)" (PORET, 2003, p. 465–493). Boiteux afirma que ainda que a agência policial fosse eficaz e incorruptível, "não seria capaz de impedir que a indústria da droga ilícita mantivesse suas atividades em funcionamento, nem muito menos o sistema penitenciário teria condições de absorver todos os comerciantes de drogas" (BOITEUX, 2006, p. 43).

Assim, a autora conclui:

O resultado dessa equação é que o Poder Judiciário, além de aplicar uma Lei extremamente punitiva e desproporcional, tem a sua atuação limitada pela corrupção, que filtra os casos que chegam ao seu conhecimento, sendo este um ciclo vicioso que muito tem contribuído para a superlotação das prisões com pequenos traficantes pobres, **e para a absoluta impunidade dos grandes** (BOITEUX, 2006, p. 45, grifo nosso).

#### 4.2.4 A não diferenciação da posição ocupada pelo agente na rede de tráfico

É nítido que a Lei de drogas e a justiça penal seleciona diretamente os pequenos e microtraficantes para cumprirem pena, bem como para sofrerem toda a intensidade da repressão do Estado. Nesta seção será demonstrado como este sistema não possui nenhuma lógica e não parece funcionar, visto que estes traficantes são perfeitamente substituíveis na rede do tráfico.

Boiteux (2009), em Relatório de Pesquisa "Tráfico de Drogas e Constituição" apresentado ao Ministério da Justiça/ PNUD, disserta sobre a hierarquização do tráfico de drogas. Conforme a autora, o fenômeno do comércio de drogas ilícitas envolve diferentes graus de participação e importância. Assim, a estrutura do comércio de drogas ilícitas não estaria organizada de forma vertical, na qual o importador vende diretamente ao usuário, constatando-se a existência de uma "estrutura piramidal" na qual o importador vende a droga para o atacadista, que a passa para os revendedores.

Nesse sentido, na investigação teórica da pesquisa, uma das primeiras constatações a que se chegou, é que os envolvidos nos níveis hierárquicos inferiores são absolutamente descartáveis, "ou seja, os pequenos e microtraficantes, que são facilmente substituíveis em caso de morte ou prisão e em nada interferem na estrutura final da organização" (2009, p. 42). Conforme a autora:

Assim, esses seres absolutamente descartáveis, que são os pequenos e microtraficantes representam os elos mais fracos da estrutura do comércio de drogas ilícitas, e sofrem toda a intensidade da repressão, como se pode observar na análise das sentenças judiciais coletadas no Rio e em Brasília. (BOITEUX, 2009, p. 43)

A autora conclui:

No entanto, no campo jurídico, a estratégia tem sido a seguinte: os tipos penais são genéricos **e não diferenciam a posição ocupada pelo agente na rede do tráfico, sendo a escala penal altíssima e amplíssima, ausência de proporcionalidade das penas, e banalização da pena de prisão. [...] Com isso se conclui estar o campo jurídico alienado da realidade do fenômeno do comércio de drogas ilícitas.** Por serem as penas desproporcionais, as penitenciárias estão cheias, ao mesmo tempo em que o comércio, a produção e a demanda por drogas aumentam seus lucros, servindo a política de drogas apenas como um meio puramente simbólico de proteção à saúde pública, mantendo, na prática, a tradição brasileira

de repressão e controle social punitivo dos mais pobres e excluídos. (BOITEUX, 2009, p. 45-46, grifo nosso).

Isso faz com que mesmo que tenhamos um alto encarceramento, o consumo, a circulação e a venda de drogas não são reduzidas nem contidas. Conforme Boiteux e Pádua, apenas se “enxuga gelo”: “prendem-se muitas pessoas ao mesmo tempo em que há muitas outras disponíveis para ocupar esse espaço” (BOITEUX; PÁDUA, 2013, p.31).

Zaccone também ressalta que a “guerra às drogas” tem como alvo o setor mais inofensivo no tráfico ilícito:

Hoje, a grande maioria dos presos no tráfico de drogas é formada pelos chamados ‘aviões’, ‘esticas’, ‘mulas’, verdadeiros ‘sacoleiros’ das drogas, detidos com uma ‘carga’ de substância proibida, através da qual visam obter lucros insignificantes em relação à totalidade do negócio. Estes ‘acionistas do nada’, na expressão de Nils Christie, são presos, na sua imensa maioria, sem portar sequer um revólver (ZACCONE, 2007, p. 116-117).

Segundo Mariana Raupp, a justiça criminal teria um papel relevante nas formas alternativas de produção de riquezas:

Ao selecionar o tráfico de drogas de pequeno porte como arauto desta modalidade de crime, excluindo o tráfico de grande porte [...], a justiça penal está consagrando determinada representação social dominante a respeito deste tipo de crime. Insiste em estabelecer a relação entre pobreza e criminalidade, o que é bastante funcional como forma de legitimar a dinâmica da acumulação capitalista na periferia (RAUPP, 2009, p. 364).

#### 4.3 POSSÍVEIS ALTERNATIVAS AO ATUAL MODELO DE POLÍTICA CRIMINAL DE DROGAS

Ainda em 2006, Luciana Boiteux previu as possíveis consequências sociais que se desencadeariam com a lei 11.343/06. Com a condenação de pequenos traficantes reincidentes a penas de, no mínimo, cinco anos, eles são retirados de seu convívio familiar, integrados nas facções criminosas, e submetidos à estigmatização, humilhação e violência dentro das prisões. “Ao deixarem a penitenciária, com atitudes violentas e sem opções de trabalho, tornar-se-ão ainda mais vulneráveis à reincidência, seja no tráfico, seja nos crimes patrimoniais, como resultado do aprendizado da delinquência na cadeia” [sic] (BOITEUX, 2006, p.4).

Arguello traz alguns efeitos da chamada "Guerra às drogas":

Nesse cenário de "guerra às drogas", não há "mocinhos" e "bandidos", tampouco a sociedade sai vitoriosa quando um suposto traficante é morto ou aprisionado, ainda que os meios de comunicação de massa apresentem a questão dessa maneira maniqueísta. **A sociedade é que sai perdendo na "guerra às drogas", cujos efeitos perversos se verificam no recrudescimento da violência, da corrupção, da intolerância, do desrespeito aos direitos fundamentais, colocando em risco a democracia**, na razão diretamente proporcional à expansão do poder punitivo que se afigura no horizonte como um iceberg, do qual só enxergamos a parte não submersa (ARGUELLO, 2012, p. 186, grifo nosso).

Em conclusão, Boiteux e Pádua (2013) são firmes em relação aos custos humanos da Lei de Drogas no Brasil:

A concepção jurídica da lei representa um **desastre normativo e a sua aplicação um ainda maior desastre social. Mais do que qualquer outra lei penal, a Lei de Drogas é seletiva, estigmatizante, ambígua e autoritária**. Ela atinge especialmente pessoas já pobres e vulneráveis e aplica a estas pessoas penas mais graves do que aquelas aplicadas a estupradores, corruptos e, em alguns casos, até homicidas. Enquanto faz isso, ela destrói famílias, casas, vidas e ainda gera uma sangria injustificável nos cofres públicos, destinada a sustentar um aparato prisional que nada traz de bom para a vida dos condenados (BOITEUX; PÁDUA, 2013, p. 40, grifo nosso).

Conforme Maria Lucia Karam, o fracasso da proibição, além de ser evidente, seria facilmente previsível:

Drogas são usadas desde as origens da história da humanidade. Milhões de pessoas em todo o mundo fizeram e fazem uso delas. **A realidade tem mostrado que, por maior que seja a repressão, esse quadro não muda: sempre há e haverá quem queira usar essas substâncias**. E havendo quem queira comprar, sempre haverá pessoas querendo correr o risco de produzir e vender. Os

empresários e empregados das empresas produtoras e distribuidoras das substâncias proibidas, quando são mortos ou presos, logo são substituídos por outros igualmente desejosos de acumular capital ou necessitados de trabalho. Essa é uma lei da economia: onde houver demanda, sempre haverá oferta. As artificiais leis penais não conseguem revogar as naturais leis da economia (KARAM, 2013, p. 10, grifo nosso)

Partiremos para uma análise sobre possíveis soluções para a crise normativa das drogas. Conforme Antunes (2015), nos últimos anos é perceptível o esforço de agências, seja mediante organismos internacionais, como o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD) da Organização das Nações Unidas (ONU), seja por iniciativas e ações governamentais, para estimular medidas preventivas à violência e a criminalidade, reforçando intervenções e projetos sociais, em detrimento de ações meramente repressivas. "Tal iniciativa é baseada em estudos e exame de experiências bem-sucedidas de técnicas de prevenção social e situacional de crimes, utilizadas por órgãos de segurança nacionais e internacionais" (ANTUNES, 2015, p. 4).

Conforme o autor, o diagnóstico atual é que a intervenção preventiva é mais eficiente do que endurecimento legislativo, orientado pelo populismo punitivo. Como pondera Rolim (2007) em análise do caso brasileiro, confrontado com estratégias internacionais:

Considerando a experiência internacional com políticas de segurança pública e as evidências encontradas pelas ciências sociais, pode-se afirmar que as inovações mais significativas introduzidas nessa área, nas últimas três décadas, foram aquelas que tornaram possível a redução do crime e da violência a partir de abordagens preventivas. [...] Com efeito, o Brasil não pode mais sustentar a irresponsabilidade do rumo da política criminal, escolhido por suas elites, que se estrutura a partir da promessa dissuasória a ser oferecida pela pena privativa da liberdade. **O modelo de encarceramento em massa praticado contra os excluídos e marginalizados socialmente no Brasil nunca produziu os resultados prometidos por seus defensores** (ROLIM, 2007. p. 40, grifo nosso).

Segundo Juarez Cirino dos Santos, a política criminal no Brasil e em demais países periféricos se resume a uma política penal negativa, instituída pelo código e legislações especiais que se limitam a definir crimes, aplicar penas e executá-las. Quando o ideal seria que o Estado interviesse por meio de políticas públicas de "emprego, salário digno,

escolarização, moradia, saúde e outras medidas” realmente capazes de mudar ou ao menos minimizar “as condições sociais adversas da população marginalizada do mercado de trabalho e dos direitos de cidadania, definíveis como determinações estruturais do crime e da criminalidade” (2014, p. 423).

Além do estímulo de medidas preventivas à violência e a criminalidade, reforçando intervenções e projetos sociais, podemos citar como solução para os problemas apresentados a adoção dos critérios quantidades-limite (QLs), para a caracterização do porte de drogas para usuários. Alguns países adotam esse sistema:

QLs podem ser utilizadas para diversos fins: para determinar se a droga em posse do suspeito se destina a uso pessoal ou tráfico; para definir se a infração deve ser retirada do sistema de justiça criminal; e para determinar as penas aplicáveis nos casos de tráfico de drogas. Evidentemente, em alguns casos os limites quantitativos podem não ser suficientes para avaliar a destinação das drogas em posse do suspeito. Por essa razão, a maioria dos países que utilizam QLs também usam outros critérios para tal definição, como provas adicionais recolhidas no momento da prisão (como o modelo da lei brasileira), mas também elementos atenuantes (por exemplo, histórico de abuso de drogas) (CARLOS, 2015 p.7).

Conforme Oliveira e Ribeiro (2016), a partir da comparação dos presos e dos critérios de quantidades limites, é possível concluir que se o Brasil adotasse o critério de QLs da Espanha 69% das pessoas presas por posse de maconha e 19% dos presos por posse de cocaína da população carcerária pesquisada no Estado de São Paulo teriam sido consideradas usuárias (e não traficantes de drogas) e não teriam sido presas.

No que diz respeito propriamente ao instituto da reincidência como óbice para aplicar a causa especial de diminuição de pena do § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, uma possível solução seria a reforma do texto legal, com a remoção dos requisitos de primariedade e bons antecedentes para a aplicação do benefício. Ou, mais preferível, a reforma do art. 33, caput, com a diminuição da pena mínima para o delito de tráfico de drogas.

Já para Luciana Boiteux, o modelo proibicionista de drogas viola princípios garantistas e se baseia na imposição de um ideal de abstinência em relação ao consumo de um produto cuja demanda é alta, e que possui um exército de pessoas prontas para distribuir, "sendo certo que a lei penal não conseguirá alterar essa realidade, como não

conseguiu até hoje" (BOITEUX, 2006, p. 5). Conforme a autora, a legalização das drogas é medida que se impõe:

Por isso, se defende um modelo alternativo mais humano e racional que é o da legalização controlada, que inclui **a legalização de todo o processo, do comércio à posse de drogas, que ficaria sujeito à fiscalização pelo Estado**, da mesma maneira que hoje se adota para as drogas lícitas (álcool e tabaco) (BOITEUX, 2006, p. 6, grifo nosso).

Queiroz e Lopes seguem a mesma linha de raciocínio:

E, apesar da proibição, drogas são facilmente encontradas em todo território nacional. Parece, inclusive, que, quão mais repressora é a política antidroga, mais forte e violento se torna o tráfico, mesmo porque, enquanto houver procura (de droga lícita ou ilícita), haverá oferta, inevitavelmente. **No fundo, o problema fundamental não reside, propriamente, na produção e no consumo de drogas legais ou ilegais**, presentes na história da humanidade desde sempre, mas na irracionalidade do discurso de guerra às drogas e na violência arbitrária que resulta da atual política proibicionista, um autêntico genocídio em marcha. Proibir de modo absoluto o comércio de drogas é, por conseguinte, o modo mais trágico e desastroso de administrar o problema (QUEIROZ; LOPES, 2016, p. 13, grifo nosso).

Como assinala Maria Lúcia Karam, não são as drogas que geram criminalidade e violência, nem são os consumidores os responsáveis pela violência dos 'traficantes': "Consumidores são responsáveis apenas pela existência do mercado, como o são os consumidores de quaisquer produtos. Responsável pela violência é, sim, o Estado, que cria ilegalidade e, conseqüentemente, gera criminalidade e violência" (KARAM, 2009, p. 41). No mesmo sentido, dissertam Queiroz e Lopes:

Naturalmente que proibir, sobretudo proibir incondicionalmente, não é controlar; proibir significa apenas remeter as atividades proibidas para a clandestinidade, onde não existe controle (oficial) algum, de modo que, a pretexto de reprimir a produção e o comércio de droga, a lei penal acaba por fomentar o próprio tráfico e novas formas de violência e criminalidade, transferindo o monopólio da



droga para o chamado mercado negro (QUEIROZ; LOPES, 2016, p. 12).

Karam defende que a proibição de drogas ilícitas viola o princípio da isonomia e o princípio da exigência de ofensividade da conduta proibida. O princípio da isonomia estaria violado uma vez que há um tratamento diferenciado a condutas essencialmente iguais, quando se tornam ilícitas algumas drogas e mantêm-se outras na legalidade:

Certamente, não há qualquer peculiaridade ou qualquer diferença relevante entre as arbitrariamente selecionadas drogas tornadas ilícitas e as demais drogas que permanecem lícitas. Todas são substâncias que provocam alterações no psiquismo, podendo gerar dependência e causar doenças físicas e mentais. Todas são potencialmente perigosas e viciantes. Todas são drogas (KARAM, 2013, p. 05).

Já sobre o princípio da exigência de ofensividade da conduta proibida, Karam defende que a proibição de drogas é um crime sem vítimas; e, nesse sentido, em uma democracia, o Estado não pode tolher a liberdade dos indivíduos sob o pretexto de pretender protegê-los. "Enquanto não atinja concreta, direta e imediatamente um direito alheio, o indivíduo é e deve ser livre para pensar, dizer e fazer o que bem quiser" (KARAM, 2013, p. 7). Nesse sentido:

Em uma democracia, o Estado não está autorizado a intervir em condutas que não envolvem um risco concreto, direto e imediato para terceiros, não estando assim autorizado a criminalizar a posse para uso pessoal de drogas ilícitas, que, equivalente a um mero perigo de autolesão, não afeta qualquer bem jurídico individualizável. Também não está o Estado autorizado a intervir quando o responsável pela conduta age de acordo com a vontade do titular do bem jurídico, não estando assim autorizado a criminalizar a venda ou qualquer outra forma de fornecimento de drogas ilícitas para um adulto que quer adquiri-las, conduta que, tendo o consentimento do suposto ofendido, tampouco tem potencialidade para afetar concretamente qualquer bem jurídico individualizável (KARAM, 2013, p. 7).

De acordo com a doutrina, o bem jurídico protegido nos crimes de tráfico de droga e afins é a saúde pública, visto que o consumo de substâncias psicoativas prejudicaria a saúde dos usuários. Conforme Queiroz e Lopes essa tese é infundada, uma vez que se a preocupação com a saúde pública fosse a questão política fundamental no particular, "o mais adequado não seria a criminalização da produção, do comércio e do consumo de droga, mas a sua legalização pura e simples". Assim seria o caso, portanto, "de tratar a droga não como problema de polícia, mas como um problema – gravíssimo, sem dúvida – de saúde pública" (QUEIROZ; LOPES, 2016, p. 16). Assim, a criminalização do tráfico de droga não protege a saúde pública adequadamente, sendo um pretexto para legitimar uma política criminal fortemente paternalista, irracional e absolutamente desastrosa. O autor discorre:

A tese é infundada, porém. Primeiro, porque a proibição indiscriminada acaba por inviabilizar a realização de um controle oficial mínimo sobre a qualidade da droga inevitavelmente produzida e consumida, inclusive porque os órgãos públicos pouco ou nada podem fazer a esse respeito, em razão da clandestinidade; segundo, porque os consumidores não têm, em geral, um mínimo de informação sobre os efeitos nocivos das substâncias psicoativas; terceiro, porque o sistema de saúde (hospitais, médicos, etc.) não está minimamente aparelhado para atender aos usuários e dependentes; quarto, porque o próprio usuário é ainda tratado como delinquente, e, pois, como alguém que, mais do que tratamento, precisa de castigo (QUEIROZ; LOPES, 2016, p. 15).

No mesmo sentido, Karam afirma que o raciocínio da proibição acaba não protegendo justamente a saúde, uma vez que, conforme Karam: "No mercado ilegal não há controle de qualidade dos produtos comercializados, o que aumenta as possibilidades de adulteração, de impureza e desconhecimento do potencial tóxico das drogas proibidas" (KARAM, 2013, p. 13). Assim:

Com a irracional decisão de enfrentar um problema de saúde com o sistema penal, o Estado agrava esse próprio problema de saúde. Com a proibição, o Estado acaba por entregar o próspero mercado das drogas tornadas ilícitas a agentes econômicos que, atuando na clandestinidade, não estão sujeitos a qualquer limitação reguladora de suas atividades. A ilegalidade significa exatamente a falta de qualquer controle sobre o supostamente indesejado mercado. São esses criminalizados agentes – os ditos "traficantes", ou os "inimigos"

da “guerra às drogas” – que decidem quais as drogas que serão fornecidas, qual seu potencial tóxico, com que substâncias serão misturadas, qual será seu preço, a quem serão vendidas e onde serão vendidas (KARAM, 2013, p. 12).

De acordo com Karam (2013), o fim da insana e sanguinária “guerra às drogas” e a substituição da proibição por um sistema de legalização e consequente regulação da produção, do comércio e do consumo de todas as drogas são passos primordiais para conter a expansão do poder punitivo; para afastar leis violadoras de direitos fundamentais; para eliminar a violência e a corrupção provocadas pela proibição; e para efetivamente proteger a saúde.

Assim, se fizéssemos um retrospectivo da política de drogas, os resultados seriam mortes, prisões superlotadas, vidas destruídas e nenhuma redução na disponibilidade das substâncias proibidas. Deste modo, nesta seção foram estudadas possíveis alternativas a esse atual modelo de política criminal de drogas, sendo elas:

- a) Estímulo de medidas preventivas à violência e a criminalidade, reforçando intervenções e projetos sociais;
- b) Maior adesão a políticas públicas de emprego, salário digno, escolarização, moradia, saúde, entre outros, para minimizar a desigualdade social;
- c) Adoção dos critérios quantidades-limite (QLs), para a caracterização do porte de drogas para usuários;
- d) Reforma do texto legal do § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, com a remoção dos requisitos de primariedade e bons antecedentes para a aplicação do benefício;
- e) Reforma do art. 33, caput, com a diminuição da pena mínima para o delito de tráfico de drogas.
- f) Legalização da produção, comércio e consumo de todas as drogas.

## **5 CONCLUSÃO**

A partir das perguntas formuladas na introdução desta monografia, e após o estudo minucioso do tema proposto, as principais conclusões alcançadas foram:

- A lei de drogas tentou fazer a distinção do que seja usuário e do que seja traficante, mas por não oferecer parâmetros objetivos para isso, fica a cargo da autoridade policial, promotor, ou magistrado esta caracterização, que muitas vezes é embasada

de forma seletiva e em dogmas sociais, tais como o poder aquisitivo, etnia, raça, entre outros. Assim, ampla discricionariedade se abre as autoridades responsáveis pela aferição da conduta sob análise. Diante disto, é inevitável que as classes menos favorecidas da sociedade sejam alvos principais do sistema punitivo estatal. A falta de parâmetros quantitativos concretos, além de gerar danos ao agente do delito injustamente acusado, acarreta em consequências para a sociedade, como a constituição de insegurança jurídica e a banalização do exercício policial.

- A miserabilidade econômica e social de um indivíduo não pode se tornar causa para imputação de penalidade, bem como não pode servir de argumento para concebê-lo como criminoso, sob pena de estar-se a violar a própria política de prevenção trazida pela vigente Lei de Drogas que traz uma proteção acrescida aos vulneráveis, em seu art. 18, ao estabelecer como atividade de prevenção do uso indevido de drogas aquelas que estejam direcionadas para a redução dos fatores de vulnerabilidade e risco, com a finalidade da promoção e fortalecimento dos fatores de proteção.
- O presente Trabalho de Conclusão de Curso teve como objeto de estudo um dos benefícios que o réu reincidente deixa de receber: a redução de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas. Por consequência do requisito da primariedade, o que acaba ocorrendo nas decisões judiciais é uma dupla valoração da reincidência. Dessa maneira, foi verificado que o mesmo instituto jurídico (reincidência) pode conferir até três prejuízos ao réu na dosimetria da pena: 1. a utilização dos maus antecedentes para exasperar a pena-base do réu, na primeira fase da dosimetria; 2. a utilização da reincidência como circunstância agravante (art. 61, inciso I, CP), na segunda fase da dosimetria; 3. o impedimento à aplicação do benefício do art. 33, § 4.º, da Lei 11.343/06, na terceira fase da dosimetria.
- Conforme visto, o entendimento de incluir na dosimetria da pena o fato de o julgador "deixar de aplicar" não é a visão jurisprudencial atual do TJSC. No entanto, considerando uma interpretação teleológica e sistemática à luz do Sisnad (arts. 3º e 4º da Lei 11.343/06) e do próprio objetivo do art. 33, § 4º (diminuir a pena para o traficante ocasional), conclui-se que seria justo possibilitar a aplicação da causa de diminuição mesmo aos réus reincidentes. Uma vez que o réu não tenha maior envolvimento com organizações criminosas, este deveria ser considerado ocasional e adquirir o benefício.
- Não parece justo que um único instituto (reincidência) possua o condão de elevar a pena do patamar mínimo de 1 ano e 8 meses (máximo de redução previsto pelo § 4º), com a possibilidade de tê-la convertida em uma pena restritiva de direito; para o patamar mínimo de 5 anos e 10 meses de reclusão (pena mínima do tráfico de drogas somada ao agravante da reincidência no patamar de um sexto), sem a

possibilidade de tê-la convertida em uma pena restritiva de direito e sempre tendo que cumpri-la em regime inicial fechado, com o livramento condicional restando prejudicado.

- Uma possível solução seria a reforma do texto legal, com a remoção dos requisitos de primariedade e bons antecedentes para a aplicação do benefício. Ou, mais preferível, a reforma do art. 33, caput, com a diminuição da pena mínima para o delito de tráfico de drogas.
- O Supremo Tribunal Federal, apreciando o RE nº 453.000/RS, declarou de forma unânime a constitucionalidade da reincidência. No entanto, a simples aplicação do instituto se revela incompatível com os ditames do Estado Democrático de Direito e, conseqüentemente, com a teoria garantista. Além do que, foi demonstrado sua total ineficácia, visto que um em cada quatro condenados comete novo crime no Brasil.
- Em relação aos danos causados após o advento da lei 11.343/06, o primeiro seria o impacto na população carcerária nacional. Foi demonstrado que houve um crescimento de 536,36% de presos por crimes relacionados à lei de drogas no decorrer de 13 anos (desde que a Lei 11.343/06 começou a vigorar), ficando evidenciado que a taxa de criminalidade somente subiu com a incorporação da Lei. Ademais, foi revelado que 29,67% dos presos reincidem no crime em Santa Catarina. Considerando que muitos desses foram condenados pelo crime de tráfico, conclui-se que a reincidência contribui para a superlotação dos presídios. Isto porque, se os réus não fossem considerados reincidentes, teriam o benefício do § 4º e poderiam ter suas penas convertidas em restritivas de direitos. Ainda em relação às prisões, outro dado chocante apresentado durante a pesquisa foi que o Brasil gasta aproximadamente 10x a mais com o sistema prisional do que com o sistema educacional.
- Os outros danos causados após o advento da lei 11.343/06 seriam: 1. a legitimação da violência pelo Estado, ou seja, o fato de que os policiais brasileiros são estimulados a praticar a violência contra os “inimigos” personificados nos vendedores de drogas das favelas; 2. o reforço da exclusão social, isto é, o alvo da guerra às drogas é previsível: jovens, pretos ou pardos, com baixa escolaridade; 3. a seletividade da justiça penal, uma vez que a polícia é quem filtra os casos que chegam ao conhecimento dos juizes e, conseqüentemente, aqueles que vão ser enviados às prisões; 4. a não diferenciação da posição ocupada pelo agente na rede de tráfico, ou seja, o fato de que traficantes são substituíveis na rede do tráfico. Prendem-se muitas pessoas ao mesmo tempo em que há muitas outras disponíveis

para ocupar esse espaço. Assim, mesmo que tenhamos um alto encarceramento, o consumo, a circulação e a venda de drogas não são reduzidas nem contidas. Este sistema não possui nenhuma lógica e não parece funcionar.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Débora de Souza de. **O instituto da reincidência numa análise pelo garantismo**. IBCCrim, 2009.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A soberania patriarcal: o sistema de justiça criminal no tratamento da violência sexual contra a mulher**. Seqüência: Estudos Jurídicos e Políticos, Florianópolis, jan. 2005. ISSN 2177-7055. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15185>. Acesso em: 13 abr. 2020.

ANDREUCCI, Ricardo Antonio. **Manual de Direito Penal**. 12. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

ANTUNES, Fernando Luís Coelho. **Criminologia crítica e direitos humanos: a sociedade civil e a construção de uma Política Criminal Minimalista**. Artigo apresentado no I Congresso de Criminologia(s): crítica(s), minimalismo(s) e abolicionismo(s). João Pessoa, outubro de 2015. Disponível em: <http://ebooks.pucrs.br/edipucrs/anais/congresso-de-criminologia/assets/2015/49.pdf>. Acesso em: 13 abr. 2020.

ARGUELLO, Katie. **O fenômeno das drogas como um problema de política criminal**. Revista da Faculdade de Direito UFPR, Curitiba, PR, Brasil, v. 56, dec. 2012. ISSN 2236-7284. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/33496>. Acesso em: 19 abr. 2020.

ARRUDA, Samuel Miranda. **Drogas: aspectos penais e processuais penais**. São Paulo, 2007: Ed. Método.

AZEVEDO, Rodrigo Ghiringuelli de. **Visões da Sociedade Punitiva: elementos para uma sociologia do controle penal**. In: Gauer, Ruth Maria Chittó. Sistema Penal e Violência. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. **Principios de derecho penal: parte general**. 5. ed. Madrid: Akal, 1998.

BARATTA, Alessandro. **La niñez cómo arqueología del futuro**. Em: UNICEF. Justicia y derechos del niño no 9. Santiago, Unicef, 2007.

BARROS, André. **Delegacia racista**. [S.l.]. 2017. Disponível em: <https://www.smokebuddies.com.br/delegacia-racista/>. Acesso em: 12 jun. 2020.

BARROS, André; PERES, Marta. **Proibição da maconha no Brasil e suas raízes históricas escravocratas**. Revista Periferia, v. 3, n. 2, jul./dez. 2011. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/periferia/article/viewFile/3953/2742>. Acesso em: 09. nov. 2019.

BATISTA, Nilo. **Política criminal com derramamento de sangue**. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, nº 20. São Paulo: IBCCRIM/Revista dos Tribunais, 1997. p. 85

BATISTA, Vera Malaguti. **Adesão Subjetiva à Barbárie**. In: BATISTA, Vera Malaguti (Org.). Loic Wacquant e a questão penal no capitalismo neoliberal. Rio de Janeiro: Revan, 2012. Disponível em: [http://www.cress-es.org.br/site/images/artigo\\_vera\\_malaguti\\_descentralizado\\_2012.pdf](http://www.cress-es.org.br/site/images/artigo_vera_malaguti_descentralizado_2012.pdf). Acesso em: 14 abr. 2020.

\_\_\_\_\_. **A questão criminal no Brasil contemporâneo**. 2016. Disponível em: [https://issuu.com/amilcarpacker/docs/caderno\\_oip\\_vera\\_malaguti](https://issuu.com/amilcarpacker/docs/caderno_oip_vera_malaguti). Acesso em: 14 abr. 2020.

\_\_\_\_\_. **Difíceis Ganhos Fáceis: drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte geral**. 24. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

BITENCOURT, 1986. **Do discurso jurídico à ordem médica: os descaminhos do uso de drogas no 1986 Brasil**. Dissertação (Mestrado) – Departamento de Psicologia, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro.

BOITEUX, Luciana. **A Nova Lei Antidrogas e o aumento da pena do delito de tráfico de entorpecentes**. In: Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCrim), ano 14. n. 167, outubro 2006.

BOITEUX, Luciana et al. **Tráfico de drogas e Constituição**. Relatório de pesquisa. Brasília, Ministério da Justiça - série "Pensando o Direito", 2009. Disponível em [http://pensando.mj.gov.br/wp-content/uploads/2015/07/01Pensando\\_Direito3.pdf](http://pensando.mj.gov.br/wp-content/uploads/2015/07/01Pensando_Direito3.pdf). Acesso em: 21 maio. 2020.

BOITEUX, Luciana; PÁDUA, João. **A desproporcionalidade da lei de drogas: os custos humanos e econômicos da atual política do Brasil**. Academia.edu, Rio de Janeiro, 2013.

Disponível em disponível em

[https://www.academia.edu/5205333/A\\_desproporcionalidade\\_da\\_lei\\_de\\_drogas\\_os\\_custos\\_humanos\\_e\\_econ%C3%B4micos\\_da\\_atual\\_pol%C3%ADtica\\_do\\_Brasil\\_2013\\_](https://www.academia.edu/5205333/A_desproporcionalidade_da_lei_de_drogas_os_custos_humanos_e_econ%C3%B4micos_da_atual_pol%C3%ADtica_do_Brasil_2013_). Acesso em: 23 maio. 2019.

BOSCHI, José Antônio Paganella. **Das Penas e seus Critérios de Aplicação**. 2 ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

BRASIL. **Decreto-Lei 2.848**, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. 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: 23 maio. 2020.

\_\_\_\_\_. **Lei n. 11.343**, de 23 de agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm). Acesso em: 23 maio. 2020.

BRUNO, Aníbal. **Direito penal**. Tomos 2º e 3º. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

BRUNONI, Nivaldo. **Ilegitimidade do direito penal de autor à luz do princípio de culpabilidade**. Revista Doutrina, 2007. [S.I.]. Disponível em: [https://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao021/Nivaldo\\_Brunoni.htm](https://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao021/Nivaldo_Brunoni.htm). Acesso em 25 mar. 2020.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Fundamentos da Constituição**. Coimbra: Almedina, 1991 apud ESPÍNDOLA, Ruy

Samuel. Conceito de Princípios Constitucionais. 2.ed. São Paulo: Editora RT, 2002.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal, v. 4: Legislação Penal Especial**. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

CAPEZ, Fernando; PRADO, Estela. **Código Penal comentado**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2016. Conteúdo Digital. (1 recurso online). ISBN 9788547209285. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/books/9788547209285>. Acesso em: 23 mar. 2020.

CARLOS, Juliana de Oliveira. **Política de drogas e encarceramento em São Paulo, Brasil**. Reino Unido: Consórcio Internacional sobre Políticas de Drogas (IDPC), 2015. Disponível em: [https://dl.dropboxusercontent.com/u/64663568/library/IDPC-briefing-paper\\_Drug-policy-in-Brazil-2015\\_PORTUGUESE.pdf](https://dl.dropboxusercontent.com/u/64663568/library/IDPC-briefing-paper_Drug-policy-in-Brazil-2015_PORTUGUESE.pdf). Acesso em: 14 abr. 2020.



CARNEIRO, Henrique. **Transformações do significado da palavra “droga”**. In: VENÂNCIO, Renato Pinto.

CARRAZZONI JR. José. **Aspectos da Reincidência sob a perspectiva do garantismo**. Boletim Jurídico, Uberaba/MG, a. 3, no 114, 2005. Disponível em: <https://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/artigo/518/aspectos-reincidencia-sob-perspectiva-garantismo>. Acesso em: 18 mar. 2020

CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. **Aplicação da pena e garantismo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2001.

CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2016.

\_\_\_\_\_. **A política criminal de drogas no Brasil: (do discurso oficial as razões da descriminalização)**. Florianópolis, 1996, 365 p. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/106430>. Acesso em: 20 maio. 2020.

\_\_\_\_\_. **Anti Manual de Criminologia**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

\_\_\_\_\_. **Nas Trincheiras de uma Política Criminal com Derramamento de Sangue: depoimento sobre os danos diretos e colaterais provocados pela guerra às drogas**. In: Atendendo na Guerra (Criminologia De Cordel 3) - Dilemas médicos e jurídicos sobre o "crack". Rio de Janeiro: Revan, 2014.

\_\_\_\_\_. **Reincidência e Antecedentes Criminais: Abordagem Crítica desde o marco garantista**. Revista da Ajuris. Porto Alegre: Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, 1999, volume 76.

CARVALHO, Jonatas. **Uma história política da criminalização das drogas no Brasil**. Neip Info, Rio de Janeiro, 2011. Disponível em disponível em: [https://neip.info/novo/wp-content/uploads/2015/04/carvalho\\_histria\\_poltica\\_criminalizao\\_drogas\\_brasil.pdf](https://neip.info/novo/wp-content/uploads/2015/04/carvalho_histria_poltica_criminalizao_drogas_brasil.pdf). Acesso em: 23 maio. 2019.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito penal: parte geral**. 6. ed., ampl. e atual. - Curitiba, PR: ICPC Cursos e Edições, 2014.

CNJ. **BID diz que Brasil tem menor gasto com presídios da América Latina**. 2017. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/brasil-tem-menor-gasto-de-custeio-com-presidios-da-america-latina-2/>. Acesso em: 27 abr. 2020.

CNM. **Estimativa do Fundeb para 2017 é publicada no Diário Oficial.** 2017. Disponível em: <https://www.cnm.org.br/comunicacao/noticias/estimativa-do-fundeb-para-2017-e-publicada-no-diario-oficial>. Acesso em: 27 abr. 2020.

CONGRESSO NACIONAL. **Relatório da CPI do Sistema Penitenciário.** Brasília, 2008.

COPETTI, André. **Direito Penal e Estado Democrático de Direito.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

COSTA, Raphael Prado Meira; MARCELINO Heitor Felipe Ramineli. **Estudo sobre as obscuridades presentes nos critérios de distinção entre usuário e traficante de drogas a luz da Lei 11.343/06.** 2017. Disponível em: <http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/ETIC/article/view/6297/5998>. Acesso em: 06. nov. 2019.

DELMANTO, Celso; DELMANTO, Roberto; DELMANTO JÚNIOR, Roberto. **Código penal comentado.** São Paulo: Saraiva, 2016. Conteúdo Digital. (1 recurso online). ISBN 9788502634633. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/books/9788502634633>. Acesso em: 23 mar. 2020.

FALCONI, Romeu. **Lineamento de direito penal.** 3 ed. rev. ampl. E atual. São Paulo: Ícone, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. Derecho y razón. **Teoría del garantismo penal.** 4.ed. Trotta: Madrid, 2001.

\_\_\_\_\_. Direito e Razão: **teoria do garantismo penal.** 3. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FOUCAULT, Michel. **Microfísica do Poder.** Rio de Janeiro: Graal, 1984.

FRANCO, Alberto Silva. **Código Penal e sua interpretação jurisprudencial.** 5. ed. São Paulo: RT, 2001.

FRANCO, Alberto Silva. **Sobre a não recepção da reincidência pela Constituição Federal de 1988. Breves anotações.** In Direito Penal na Atualidade: Escritos em Homenagem ao Professor Jair Leonardo Lopes, Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2010.

FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais.** São Paulo: Malheiros, 1997.

\_\_\_\_\_. **O intérprete e o poder de dar vida à constituição:** preceitos de exegese constitucional. In: GRAU, Eros Roberto e GUERRA FILHO, Willis Santiago (Orgs.). Direito constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides, 2001.

FREITAS JÚNIOR, Roberto Mendes. **Drogas:** comentários à Lei n. 11.343, de 23.8.2006. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2006. 143 p. ISBN 8574536105.

GARCIA, Luiz M. **Reincidencia y punibilidad:** aspectos constitucionales y dogmática penal desde la teoría de la pena. Buenos Aires: Astrea, 1985.

GOMES, Luiz, et al. **LEI de drogas comentada artigo por artigo:** Lei 11.343, de 23.08.2006. 3 ed. rev. ampli e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. 383 p. ISBN 9788520333518

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Geral.** Niterói: Impetus, 2010, p.545.

G1. **Número de pessoas mortas pela polícia no Brasil cresce 18% em 2018; assassinatos de policiais caem.** 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/monitor-da-violencia/noticia/2019/04/19/numero-de-pessoas-mortas-pela-policia-no-brasil-cresce-em-2018-assassinatos-de-policiais-caem.ghtml>. Acesso em: 13 maio 2020.

HC 357934/SP, 5ª Turma, rel. Min. Ribeiro Dantas, v.u., j. 21.06.2016

HÖRNLE, Tatjana. **Determinación de la pena y culpabilidad: notas sobre la teoría de la determinación de la pena en alemania.** Buenos Aires: Di Placido, 2003.

HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat de. **Penas Perdidas:** O sistema penal em questão. Niterói: Sindicato Nacional dos Editores de Livros, 1993.

INFOPEN. **Levantamento nacional de informações penitenciárias:** Painel Interativo dezembro/2019. Disponível em: <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiZTlkZGJjODQ0tNmJlMi00OTJhLWFiMDktNzRlNmFkNTM0MWI3IiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9>. Acesso em: 27 abr. 2020.

\_\_\_\_\_. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias.** 2017. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-sinteticos/infopen-jun-2017-rev-12072019-0721.pdf>. Acesso em: 27 abr. 2020.

IPEA. **Relatório de Pesquisa: Reincidência Criminal no Brasil.** Rio de Janeiro, 2015. Disponível em:

[http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com\\_content&view=article&id=25590](http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=25590).  
Acesso em: 27 abr. 2020.

JAKOBS, Günther. **Ciência do direito e ciência do direito penal**. Tradução Maurício Antonio Ribeiro Lopes. Coleção Estudos de Direito Penal, v. I. Barueri, São Paulo: Manole, 2003.

\_\_\_\_\_. **Estudios de derecho penal**. Traducción para el castellano: Enrique Peñaranda Ramos, Carlos J. Suárez Gonzales y Manoel Cancio Meliá. Madrid: Civitas, 1997.

JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. **Tratado de derecho penal: parte general**. Traducción de Miguel Olmedo Cardenete. 5. ed. Granada: Comares, 2002.

JESUS, Maria Gorete Marques de (org.). **Prisão Provisória e Lei de Drogas**: Um estudo sobre os flagrantes de tráfico de drogas na cidade de São Paulo. São Paulo: Núcleo de Estudo da Violência da USP, 2011.

KARAM, Maria Lúcia. **De crimes, penas e fantasias**. Niterói, RJ. Editora: Luam, 1993.

\_\_\_\_\_. **Legislações proibicionistas em matéria de drogas e danos aos direitos fundamentais**. Verve, no 12, 2007.

\_\_\_\_\_. **Para conter e superar a expansão do poder punitivo**. Veredas do Direito. Belo Horizonte, v. 3. n. 5, jan/jun 2005.

\_\_\_\_\_. **Proibição às drogas e violação a direitos fundamentais**. 2013. Disponível em: [https://app.uff.br/slab/uploads/Proibicaoasdrogas\\_violacao\\_direitosfundamentais-Piaui-LuciaKaram.pdf](https://app.uff.br/slab/uploads/Proibicaoasdrogas_violacao_direitosfundamentais-Piaui-LuciaKaram.pdf). Acesso em: 19 abr. 2020.

\_\_\_\_\_. **Proibições, riscos, danos e enganados**: as drogas tornadas ilícitas. v. 3. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2009.

LEAL, F. X., & GARCIA, M. L. T. (2008). **Drogas e legislação**: reflexões sobre a política de enfrentamento ao uso indevido de drogas no brasil. In Prevenção ao uso indevido de drogas (pp. 73-80). Curitiba, PR: Secretaria de Estado da Educação. Superintendência da Educação. Diretoria de Políticas e Programas Educacionais. Coordenação de Desafios Educacionais Contemporâneos.

MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinícius. **Lei de Drogas**: aspectos penais e processuais. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2019.

LEAL, Jackson S. **Guerra às drogas e criminalização da juventude**: da ilegalidade do entorpecimento, à funcionalidade do anestesiamiento. Dilemas: revista de estudos de conflito e controle social, v. 11.

LIMA, B. R. **Encarceramento e tráfico de drogas:** Uma análise da política criminal nos tribunais. 2012. Disponível em:  
[https://www.academia.edu/4273921/ENCARCERAMENTO\\_E\\_TR%C3%81FICO\\_DE\\_DROGA\\_S\\_UMA\\_ANALISE\\_DA\\_POL%C3%8DTICA\\_CRIMINAL\\_NOS\\_TRIBUNAIS](https://www.academia.edu/4273921/ENCARCERAMENTO_E_TR%C3%81FICO_DE_DROGA_S_UMA_ANALISE_DA_POL%C3%8DTICA_CRIMINAL_NOS_TRIBUNAIS). Acesso em: 06. nov 2019.

LINS, Emmanuela Vilar. **A nova Lei de Drogas e o usuário:** a emergência de uma política pautada na prevenção, na redução de danos, na assistência e na reinserção social. 2009. Disponível em: <http://books.scielo.org/id/qk/pdf/nery-9788523208820-16.pdf>. Acesso em: 06. nov 2019.

LOPES, Fábio J. **A Lei de Drogas e a dupla valoração da reincidência.** Canal Ciências Criminais. [S.I.]. 2018. Disponível em:  
<https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/615481395/a-lei-de-drogas-e-a-dupla-valoracao-da-reincidencia>. Acesso em: 17 mar. 2020.

LOPES, Mauricio Antonio Ribeiro. **Teoria Constitucional do Direito Penal.** São Paulo: RT, 2000.

LUISI, Luiz. **A legislação penal brasileira sobre entorpecentes:** nota histórica. Fascículos de Ciências Penais, Porto Alegre, v.3, n.2. 1990.

Luiz Flávio Gomes. **Reincidência como agravante da pena: STF ignora jurisprudência da corte interamericana.** JusBrasil. [S.I.]. 2013. Disponível em:  
<https://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/121931572/reincidencia-como-agravante-da-pena-stf-ignora-jurisprudencia-da-corte-interamericana>. Acesso em: 17 mar. 2020.

MACHADO, Ana; MIRANDA; Paulo. **Fragmentos da história da atenção à saúde para usuários de álcool e outras drogas no Brasil:** da Justiça à Saúde Pública. Scielo, Belo Horizonte, 2007, v.14, n.3. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/hcsm/v14n3/06.pdf>. Acesso em: 23 maio. 2019.

MACHADO, Letícia; BOARINI, Maria. **Políticas Sobre Drogas no Brasil:** a Estratégia de Redução de Danos. Scielo, Maringá, 2013. Disponível em:

<http://www.scielo.br/pdf/pcp/v33n3/v33n3a06.pdf>. Acesso em: 23 maio. 2019.

MAIA NETO, Cândido Furtado. **Direitos humanos dos presos: lei de execução penal, Lei no 7.210/84.** Rio de Janeiro: Forense, 1998.

MARCÃO, Renato. **Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006, Lei de Drogas:** Anotada e Interpretada. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MENDONÇA, Andrey Borges de; CARVALHO, Paulo Roberto Galvão de. **Lei de drogas comentada**. 3. ed. Rio de Janeiro: Método, 2012. Conteúdo Digital. (1 recurso online). ISBN 978-85-309-4559-6. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/books/978-85-309-4559-6>. Acesso em: 7 nov. 2019.

MUZZI, Veridiane Santos. **Teorias Antigarantistas - Aspectos do Direito Penal do Autor e do Direito Penal do Inimigo**. Revista Jurídica LEX. São Paulo: LEX, v.76, jul./ago. 2015. Disponível em: [http://www.lex.com.br/doutrina\\_24043823\\_TEORIAS\\_ANTIGARANTISTAS\\_ASPECTOS\\_DO\\_DIREITO\\_PENAL\\_DO\\_AUTOR\\_E\\_DO\\_DIREITO\\_PENAL\\_DO\\_INIMIGO.aspx](http://www.lex.com.br/doutrina_24043823_TEORIAS_ANTIGARANTISTAS_ASPECTOS_DO_DIREITO_PENAL_DO_AUTOR_E_DO_DIREITO_PENAL_DO_INIMIGO.aspx). Acesso em: 25 mar. 2019.

NASSIF, Aramis. **Reincidência: necessidade de um novo paradigma**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

NOVELLI, Rodrigo Fernando. **A teoria do garantismo penal e o princípio da legalidade**. Revista Jurídica UNIGRAN. Dourados, MS, v. 16, n. 31, Jan./Jun. 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas**. 2ª. Ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

OLIVEIRA, Lucas Lopes.; RIBEIRO, Luziana Ramalho. **A criminalização das drogas como motor do (super) encarceramento nacional: Um olhar a partir dos direitos humanos**. IX Seminário Internacional de Direitos Humanos da UFPB. Brasil, out. 2016. Disponível em: <http://www.ufpb.br/evento/index.php/ixsidh/ixsidh/rt/metadata/4261/0>. Acesso em: 14 abr. 2020.

PASCOAL, Jessica. **O sistema garantista de Luigi Ferrajoli e o instituto da reincidência**. 2012. Disponível em: [https://www.researchgate.net/publication/258629170\\_O\\_sistema\\_garantista\\_de\\_Luigi\\_Ferrajoli\\_e\\_o\\_instituto\\_da\\_reincidencia](https://www.researchgate.net/publication/258629170_O_sistema_garantista_de_Luigi_Ferrajoli_e_o_instituto_da_reincidencia). Acesso em: 24 mar. 2020.

PEIXOTO, Marcos A. R. **Há motivos para reincidir na reincidência?** Empório do Direito. [S.I.]. 2015. Disponível em: <https://emporiiododireito.com.br/leitura/ha-motivos-para-reincidir-na-reincidencia>. Acesso em: 18 mar. 2010.

PIACESKI, Mario. **A reincidência e sua afronta ao sistema garantista e aos princípios constitucionais**. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 2012. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/33148/a-reincidencia-e-sua-afronta-ao-sistema-garantista-e-aos-principios-constitucionais>. Acesso em: 21 mar 2020.

PIERANGELI, José Henrique. **Desafios dogmáticos da culpabilidade**. Revista dos Tribunais, n. 761, mar. 1999.

PORET, Sylvaine. **Paradoxical effects of law enforcement policies**: the case of the illicit drug market. International Review of Law and Economics. n. 22, 2003.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. Parte geral. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

PREFEITURA DA CIDADE DO RIO DE JANEIRO. Secretaria Municipal da Casa Civil. **Arquivo Geral da Cidade do Rio de Janeiro**. Disponível em:  
[http://wpro.rio.rj.gov.br/arquivovirtual/web/fontes/exibirObjDigital.php?id\\_objetoDigital=22169](http://wpro.rio.rj.gov.br/arquivovirtual/web/fontes/exibirObjDigital.php?id_objetoDigital=22169). Acesso em: 23 maio. 2019.

QUEIROZ, Paulo. **Direito Penal**: parte geral. 13. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2018.

QUEIROZ, Paulo; LOPES, Marcus Mota Moreira. **Comentários à Lei de Drogas**. Salvador: JusPODIVM, 2016.

RANGEL, Paulo; BACILA, Carlos Roberto. **Lei de drogas**: comentários penais e processuais. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015. Conteúdo Digital. (1 recurso online). ISBN 9788597000801. Disponível em:  
<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/books/9788597000801>. Acesso em: 7 nov. 2019.

RAUPP, Mariana. **O (in)visível tráfico de drogas. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: RT, n. 80, 2009.

REGHELIN, Elisangela Melo. **Redução de danos**: prevenção ou estímulo ao uso indevido de drogas injetáveis. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2002.

ROCHA, Carlos Odon Lopes da. **A não recepção do instituto da reincidência pela Constituição Federal de 1988**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 12, n. 1490, 31 jul. 2007. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/10212>. Acesso em: 17 mar. 2020.

ROLIM, Marcos. **Caminhos para a inovação em segurança pública no Brasil**. Revista do Fórum Brasileiro de Segurança Pública (FBSP). Ano 1, edição 1. 2007.

ROSA, Alexandre Morais da. **Decisão no Processo Penal como Bricolage de Significantes**. Curitiba, 2004, 443 p. Tese (Doutorado em Ciências Jurídicas e Sociais). Universidade Federal do Paraná.

SILVA, Antônio Fernando de Lima Moreira da. **Drogas**: histórico no Brasil e nas convenções internacionais. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 2934, 14 jul. 2011. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/1955>. Acesso em: 23 maio 2019.

SILVA, César Dario Mariano da. **Lei de drogas comentada**. 2. ed. -- São Paulo: APMP - Associação Paulista do Ministério Público, 2016.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

SILVA FRANCO, Alberto, e outros. **Código Penal e sua interpretação jurisprudencial**. v. 1 - parte geral. 7. ed. São Paulo: RT, 2001.

STF. **HC: 108523 MS**, Relator: Min. JOAQUIM BARBOSA, Data de Julgamento: 14/02/2012, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-053 DIVULG 13-03-2012 PUBLIC 14-03-2012.

\_\_\_\_\_. **HC: 80263 SP**, Relator: ILMAR GALVÃO, Data de Julgamento: 20/02/2003, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 27-06-2003 PP-00030 EMENT VOL-02116-03 PP-00515.

STJ. AgRg no **HC: 468578 MG** 2018/0234615-2, Relator: Ministra LAURITA VAZ, Data de Julgamento: 19/02/2019, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 11/03/2019.

\_\_\_\_\_. **HC: 391985 SP** 2017/0055044-0, Relator: Ministro RIBEIRO DANTAS, Data de Julgamento: 27/06/2017, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 01/08/2017.

STJ. **Súmula nº 444**. In: É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base. Brasília, 13/05/2010.

STJ. **Súmula nº 241**. In: A reincidência penal não pode ser considerada como circunstância agravante e, simultaneamente, como circunstância judicial. Brasília, 15.09.2000.

STRECK, Lenio Luiz. **Tribunal do Júri - Símbolos & Rituais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2001.

TCE/SC. **1º Monitoramento da Auditoria Operacional que avaliou o sistema prisional do Estado de Santa Catarina**. DAE - 11/2017. Disponível em: [http://www.tce.sc.gov.br/sites/default/files/1%C2%BA\\_PMO\\_Sistema\\_Prisional.pdf](http://www.tce.sc.gov.br/sites/default/files/1%C2%BA_PMO_Sistema_Prisional.pdf). Acesso em: 27 abr. 2020.

THUMS, Gilberto; PACHECO, Vilmar. **Nova lei de drogas**: crimes, investigação e processo. 2. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008. 398 p. ISBN 9788576990956.



TJPR. **AC n. 1184600-3** - 3a C.Criminal - Curitiba - Rel.: Marques Cury - Unânime - J. 05.06.2014.

TJRJ. **Ação Penal n. 0000623-76.2011.8.19.0001** - Procedimento Ordinário - Roubo (Art. 157 - Cp) C/C Circunstâncias Agravantes (Arts. 61 a 64 - Cp): Distribuído em 04/01/2011.

TJRS. **Apelação Crime n. 699291050**, 5a Câmara Criminal, Rel. Amilton Bueno de Carvalho, j. 11.09.99

\_\_\_\_\_. **Apelação Crime, n. 70014843163**, Quinta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luís Gonzaga da Silva Moura, Julgado em: 14-06-2006

\_\_\_\_\_. **Acórdão em apelação criminal n. 7000097659**. Relator Desembargador Sylvio Baptista, Porto Alegre, 15 de Junho de 2000.

\_\_\_\_\_. **Acórdão em apelação criminal n. 70004496725**. Relator Desembargador Amilton Bueno de Carvalho. Porto Alegre, DJ, 29 de março de 1993.

TJSC. **Apelação Criminal n. 0001250-49.2011.8.24.0031**, de Indaial, rel. Des. Paulo Roberto Sartorato, Primeira Câmara Criminal, j. 12-12-2019.

\_\_\_\_\_. **Apelação Criminal n. 2014.042604-9**, de Camboriú, rel. Des. Getúlio Corrêa, Segunda Câmara Criminal, j. 05-08-2014.

\_\_\_\_\_. **Apelação Criminal n. 2014.042604-9**. Relator: Getúlio Corrêa.

\_\_\_\_\_. **Apelação Criminal n. 0011406-76.2018.8.24.0023**, da Capital, rel. Des. Ernani Guetten de Almeida, Terceira Câmara Criminal, j. 17-12-2019.

\_\_\_\_\_. **Apelação Criminal n. 0010970-20.2018.8.24.0023**, da Capital, rel. Des. Alexandre d'Ivanenko, Quarta Câmara Criminal, j. 17-10-2019.

\_\_\_\_\_. **Apelação Criminal n. 0005981-57.2017.8.24.0038**, de Joinville, rel. Des. Cinthia Beatriz da Silva Bittencourt Schaefer, Quinta Câmara Criminal, j. 01-02-2018.

WACQUANT, Loïc. **Os condenados da cidade**. Rio de Janeiro, Revan, 2005.

WEIGERT, Mariana de Assis Brasil e. **Uso de Drogas e Sistema Penal: Entre o Proibicionismo e a Redução de Danos**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

ZACCONE, Orlando. **Acionistas do nada**. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Culpabilidade por vulnerabilidade**. Universidades de Buenos Aires (Argentina) e Autónoma do Estado de Hidalgo (México).

\_\_\_\_\_. **Em busca das penas perdidas**: a perda da legitimidade do sistema penal. Tradução Vânia Romano Pedrosa, Amir Lopez da Conceição. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

\_\_\_\_\_. **La legislación "antidroga" latino-americana**: sus componentes de derecho penal autoritário. In: Fascículos de Ciências Penais. Edição especial. Drogas: abordagem interdisciplinar. v. 3, n.2, abr./mai./jun. 1990.

\_\_\_\_\_. **Reincidência: um Conceito do Direito Penal Autoritário**, in Livro de Estudos Jurídicos n.º 6, Rio de Janeiro: IEJ, 1993.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Derecho penal: parte general**. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2002.

ZAFFARONI, Eugenio, et al. **Globalização, sistema penal e ameaças ao estado democrático de direito**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

## PSICOPATIA E O DIREITO PENAL

**MARIANA RODRIGUES:**  
Bacharelada em Direito pelo  
Centro Universitário de Santa  
Fé do Sul (UNIFUNEC).

WALTER MARTINS MULLER  
(orientador)

**RESUMO:** O presente trabalho apresenta como principal objetivo expor o modo do poder judiciário brasileiro em estabelecer os delitos contra a vida realizados por portadores de psicopatia. A princípio não há matéria específica para esses portadores, porém dispõe certos meios aplicáveis para estes casos, bem como, elemento de imputabilidade, enquanto conteúdo de culpabilidade. Procura-se também demonstrar os elementos necessários para a identificação dessas pessoas, que também podem viver de forma natural na sociedade. Utiliza-se, como material para contexto do tema, os expostos bibliográficos e websites, utilizando fontes primárias (legislação vigente, doutrinas e jurisprudência que abordam sobre o assunto). Retratará, também, os comportamentos inerentes a sua personalidade, visando apresentar que esses indivíduos não absorvem a sanção penal como deveriam, não se arrependendo dos crimes que cometem, posteriorizando sua reincidência. Terá também como finalidade oferecer sugestões de sanções penais mais eficazes para esses indivíduos e exibido alternativas para perspectivas de alterações deste atual cenário nacional.

**Palavras-chave:** Psicopatia. Culpabilidade. Crime

**ABSTRACT:** The work presents as main objective the exportation of the way of the Brazilian judiciary in establishing the ones described below against the life realized by the complement of psychopathy. There are principles that exist for those that can also be identified, but that can be defined as elements that can be identified, that can be identified as elements that can be attributed, and that demonstrate the elements that they can also be identified. society. It is used as material for the context of the theme, bibliographic and websites exposed, using current primary sources, doctrines and jurisprudence that address the subject. It will also portray the behaviors inherent to their personality, in order to present the sanction they did not commit, so it does not apply to crimes they commit, a posteriori, their recurrence of crimes. It will aim to correct adjustment alternatives that are also more effective for the current change to the national scenario.

Keywords: Psychopathy. Guilt. Crime

**SUMÁRIO:** 1 Introdução. 2 Conceito. 3 Identificação do Psicopata. 4 Psicopata frente ao Direito Penal. 5 Aplicações de penas. 6 Medida de Segurança. 7 Exame de verificação de cessação da periculosidade. 8 O psicopata no cumprimento da pena. 9 Conclusão. 10 Referências.

## 1 INTRODUÇÃO

A seguinte pesquisa busca expor a forma como o psicopata é visto pela sociedade e pelo direito penal na atualidade, dispondo se há ou não formas de tratamento, delimitando as sanções para esses indivíduos e identificando a melhor forma para a diminuição de reincidência, pois os delitos demonstram cada vez mais alto nível de violência, despertando o interesse dos estudiosos do comportamento do ser humano como psicólogos, psiquiatras e psicanalistas, aprofundando sobre esses indivíduos, que ainda se mostram obscuros e divergentes.

Serão expostas as formas de identificação dos psicopatas, apresentado estudos e citações, como também meios que possam ser utilizados, nos inquéritos e processos, pelos profissionais, para sancionar de forma justa e assertiva quanto à condição mental do agente ativo do crime, pois com a mídia sensacionalista muitos acreditam que os psicopatas são imorais e especialmente maus, por tanto acreditando em uma sanção severa, sendo incapazes de retornar para a sociedade. Dentro dessa premissa mostraremos os elementos de culpabilidade, bem como caracterização de pessoas imputáveis, inimputáveis e semi-imputáveis, ou seja, a possibilidade de atribuir a autoria por um fato criminoso e a sua capacidade de responsabilização do fato.

A partir de doutrinas e jurisprudências demonstramos que se trata de um problema de todos, não somente dos envolvidos, como do Estado e principalmente da sociedade, retratando-se a suma importância de discussão diante desse tema, por questões de ordem e tranquilidade social, pois a sanção incorreta, os negativos efeitos e desumanos decorrentes da diligência homicida amedrontam a sociedade como um todo, transcorrendo o risco para a integridade física de incontáveis brasileiros que podem ser as próximas vítimas destes indivíduos.

## 2 CONCEITO

Os psicopatas podem simular sentimentos que realmente não possuem, podendo camuflar-se de maneira perfeita; há os que no decorrer da vida não praticam fatos delituosos de grande monta como homicídios ou estupros, mas que vivem nas sombras como: lares, escolas e órgãos públicos. Este transtorno é muito mais comum em homens

do que em mulheres, estima-se que a prevalência geral, em amostras comunitárias, seja de aproximadamente 3% em homens e 1% em mulheres<sup>425</sup>.

O conceito atual da psicopatia pode-se assemelhar a um transtorno denominado pela teoria comportamental como Transtorno de Personalidade Antissocial (TPA), porém, este transtorno não apresenta sinais de anormalidade mental como alucinações, delírios, ansiedade excessiva, possuindo uma dificuldade para reconhecê-los e impossibilitando o entendimento de suas atitudes ao praticarem crimes. É um transtorno muito grave que afeta as emoções e os sentimentos da pessoa, como a razão e o juízo, dispersando a ética e freios morais e obtendo o que querem por meio da força ou de meios não aprovados socialmente.

Esse transtorno de personalidade começa a evidencia na idade infantil e na puberdade, perdurando até a idade adulta, suas características podem ser vistas como manipuladores e são incapazes de desenvolver vínculos duradouros e verdadeiros com outras pessoas.

É importante ressaltar que o termo psicopata pode dar a falsa impressão de que se trata de indivíduos loucos ou doentes mentais. A palavra psicopata literalmente significa doença da mente (do grego, psyche = mente; e pathos = doença). No entanto, em termos médicos psiquiátricos, a psicopatia não se encaixa na visão tradicional das doenças mentais.

Esses indivíduos não são considerados loucos, nem apresentam qualquer tipo de desorientação. Também não sofrem de delírios ou alucinações (como a esquizofrenia) e tampouco apresentam intenso sofrimento mental (como a depressão ou pânico, por exemplo). (SILVA, 2008, pg. 37)

Os psicopatas são impulsivos e visam sempre o alcance do prazer, satisfação e alívio imediato em determinada situação. Apresentam níveis de autocontrole extremamente reduzidos, podendo facilmente ficar violentos ou enraivecidos por motivos banais. Não se deve confundir o ataque de "fúria" com o ataque "súbito de loucura", pois o mesmo tem total noção de suas ações. Segundo o DSM-IV-TR, os psicopatas culpam suas vítimas por terem sido tolas e impotentes ou então afirmam que elas tiveram o destino que mereceram, minimizando, assim, as conseqüências danosas de suas ações ou simplesmente demonstrando total indiferença<sup>426</sup>.

---

<sup>425</sup>JORGE, Miguel R. Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais: DSM-IV-TR. Consultoria e coordenação de Miguel R. Jorge. 4. ed. Porto Alegre: Editora Aritmed, 2008. p.658.

<sup>426</sup>JORGE, Miguel R. Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais: DSM-IV-TR. Consultoria e coordenação de Miguel R. Jorge. 4. ed. Porto Alegre: Editora Aritmed, 2008. p. 657.

### 3 IDENTIFICAÇÃO DO PSICOPATA

Os neurologistas brasileiros, Jorge Moll e Ricardo Oliveira, realizaram experiências e classificaram os principais tipos de agressividade encontrados em 279 pessoas, com distúrbios neuropsiquiátricos. Por meio de um teste desenvolvido por Moll, nominado como Bateria de Emoções Morais (BEM), e com a tecnologia da ressonância magnética frontal concluíram que o cérebro de alguns indivíduos responde de forma diferente quando levado a fazer julgamentos morais, mostrando imagens com guerras, cenas de crime e que envolvem emoções sociais, como: culpa, arrependimento e compaixão. Esses indivíduos, quase não sofriam alterações, independente da imagem vista, ter momentos alegres ou serem moralmente inaceitáveis, enquanto que, nas outras pessoas, essa área do cérebro se movimentava com êxito ao alterar a imagem alegre para a imoral.

Pela classificação internacional de doenças a psicopatia é identificada como: CID-10. O professor da Universidade da Colômbia britânica Robert Hare, especialista na área da psicologia criminal e psicopatia, mesmo realizou uma lista (PCL-R) através de um estudo feito durante 25 anos, que pontua alguns sintomas para a classificação do grau do psicopata, sendo elas: leve, moderada e severa, e utilizada em países como USA, Austrália, Nova Zelândia, Bélgica, Holanda, Dinamarca, Suécia, Noruega, China, entre outras. Hare listou os seguintes sintomas: superestima, mentira patológica, ausência de remorso ou culpa, estilo de vida parasitário, problemas graves de comportamento na infância, versatilidade criminal, delinquência juvenil, impulsividade, irresponsabilidade, relacionamentos de curta duração e descontroles comportamentais.

Essa tabela foi traduzida no Brasil em 2003, pela psiquiatra forense Hilda Morona, através de um estudo que a mesma realizou com homens que realizaram infrações penais e que apresentaram Transtorno de Personalidade Anti-Social (TAS) e Transtorno Específico de Personalidade (TEP).

Após tomarmos conhecimento que o PCL-R é um instrumento de eleição necessária o estudo da psicopatia, e que países que o adotaram e o instituíram apresentaram o índice de redução da reincidência criminal considerável, grande foi o nosso interesse por este instrumento. Com a autorização do autor, passamos a traduzir o instrumento e a efetuar os procedimentos necessários, como retrotradução, equivalência semântica, e correção ao longo de dois anos de trabalho. Após a aprovação da tradução pelo autor, passamos a aplica-lo em população forense. (MORONA, 2003, p. 3).

Ressalta-se que poderá haver uma instauração de sua condição mental, tanto ao tempo do fato quanto ao momento atual enquanto tramita o Inquérito, conforme disposto no art. 149, §1º, do Código de Processo Penal

É comum que esses indícios sejam apresentados por prova testemunhal ou documental como laudos particulares, e como grande relevância as entrevistas realizadas com parentes e conhecidos do investigado, muitas vezes com fatos de ações do passado que são diferentes de pessoas imputáveis.

#### **4 PSICOPATIA FRENTE AO DIREITO PENAL**

A caracterização da capacidade de culpabilidade é identificada como imputabilidade, ou seja, a aptidão para se declarar culpado, exigindo do sujeito a capacidade psíquica suficiente para que no momento da ação ou omissão o faça entender o caráter ilícito do fato e determinar-se de acordo com esse entendimento isso de acordo com o art. 26 do Código Penal. A exclusão da imputabilidade atribui ao sujeito a incapacidade de responsabilização chamando de inimputabilidade.

Hodiernamente, a culpabilidade é vista como possibilidade de reprovar o autor de um fato punível porque, de acordo com os fatos concretos, podia e devia agir de modo diferente. Sem culpabilidade não pode haver pena e sem dolo ou culpa não pode existir crime. Pelo exposto, a responsabilidade objetiva é insustentável no sistema penal brasileiro, que, certamente, encapou as ideias da responsabilidade penal subjetiva. (BITENCOURT,2000, p. 125)

No Brasil o sistema judiciário utiliza as expressões que remetem a nomenclatura médica psiquiátrica: desenvolvimento mental retardado, perturbação da saúde mental, doença mental e desenvolvimento mental incompleto.

A doença mental, ou desenvolvimento incompleto ou retardado, se aliada a falta de entender o caráter ilícito do fato ou de ter a capacidade reduzida formalizará a inimputabilidade, observando requisitos como: biológico, psicológico (suspensão de entendimento) e temporal (requisitos anteriores no momento da conduta).

Dessa forma, sempre que houver indícios que o acusado possa ser portador de quaisquer desses distúrbios mentais, o juiz irá determinar a instauração de incidente de insanidade mental, que deverá seguir conforme descrito nos artigos 149 a 152 do Código de Processo Penal.

Observamos o entendimento do doutrinador Damásio Evangelista:

Imputar é atribuir alguém a responsabilidade de alguma coisa. Imputabilidade penal é o conjunto de condições pessoais que dão ao agente capacidade para lhe ser juridicamente imputada a prática de

um fato punível, e ainda, imputável é o sujeito mentalmente são e desenvolvido que possui capacidade de saber que sua conduta contraria os mandamentos da ordem jurídica. (JESUS, 2000, p.300)

Para o ordenamento penal brasileiro a classificação do psicopata é semi-imputável constituindo que o portador possui a perturbação mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, como retrata o parágrafo único do art. 26 do Código Penal:

Art. 26- É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. Parágrafo único - A pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, em virtude de perturbação de saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

## 5 APLICAÇÕES DE PENAS

As sanções penais impostas pelo Estado são: pena restritiva de direito (PRD), pena privativa de liberdade (PPL) e a pena pecuniária. Para Nucci, sua finalidade é que a pena busque: "reeducar o delinqüente, retirá-lo do convívio social enquanto for necessário, bem como reafirmar os valores protegidos pelo Direito Penal e intimidar a sociedade para que o crime seja evitado"<sup>427</sup>.

As penas privativas de liberdade são subdivididas em: reclusão, detenção e a prisão simples. Nas modalidades de reclusão e detenção, decorrem da prática de crimes, enquanto que a prisão simples é aplicada às contravenções penais, e não podem ser executadas em regime fechado. Os criminosos condenados não podem ser inseridos nos mesmos locais que estão os contraventores.

As penas restritivas de direitos são: interdição temporária de direitos; limitação de horários, prestação pecuniária, perda de bens e valores e a prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas.

A última modalidade é a pena pecuniária, de multa, comumente falada.

Em se tratando de psicopatia, a pena não é assimilada da forma que deveria, assim há um verdadeiro impasse sobre a funcionalidade das sanções penais e a maneira como

---

<sup>427</sup>NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de direito penal: parte geral, parte especial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 341.



elas deveriam ser aplicadas a esses indivíduos, ante as particularidades que os mesmos apresentam.

## **6 MEDIDA DE SEGURANÇA**

Esta medida muitas vezes é associada à ideia de manicômio judiciário, porém, foi extinto há um tempo considerável. Atualmente existe a internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico. Assim, o infrator realizara os efeitos da pena mais humanizada e de forma menos humilhante para ele. Ao réu serão aplicadas as medidas de segurança ou poderá cumprir a pena, propriamente dita, que possui efeito eminentemente curativo. Assim, o definindo como semi-imputável, deverá ser verificada a necessidade, de acordo com o caso concreto, de forma que o perito se certifique da periculosidade do agente, definindo o grau de aptidão da personalidade do indivíduo para o cometimento do crime, analisando também a probabilidade do mesmo voltar a delinquir, baseando-se nas suas anomalias psíquicas bem como as condutas antissociais.

Na aplicação da medida de segurança, há semelhança com a pena, pois em ambos, a liberdade do agente é restrita, sendo consideradas como formas de sanção penal. A principal diferença entre as duas modalidades reside na fundamentação, pois a pena se fundamenta na culpabilidade, e a medida de segurança na periculosidade do agente.

Os requisitos para determinar a aplicação de medida de segurança são: a ausência de imputabilidade, a prática de uma infração penal e a presença da periculosidade. Nucci, explica que pode ser denominada como “uma espécie de sanção penal destinada aos inimputáveis e, excepcionalmente, aos semi-imputáveis, autores de um fato típico e antijurídico (...), devendo ser submetidos a internação ou a tratamento ambulatorial<sup>428</sup>.

Há duas espécies para o tratamento, sendo elas: internação, na qual o sentenciado é inserido no hospital de custódia ou em algum estabelecimento adequado para efetuar o tratamento (art. 96, I, CP).

O tratamento ambulatorial obriga o sentenciado a comparecer periodicamente ao médico para acompanhamento (art. 96, II, CP), neste tratamento é considerada a medida de segurança restritiva, empregando-se cuidados médicos para o paciente submetido ao tratamento, na qual não implica em sua internação, o médico irá determinar os dias na qual o indivíduo comparecerá ao hospital, para que possa ser aplicada a terapia prescrita.

---

<sup>428</sup>NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de direito penal: parte geral, parte especial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 509.

Essa medida não atinge a liberdade individual, e conforme preceitua o art. 101 da Lei de Execuções Penais (LEP – Lei nº 7.210, de 11 de Julho de 1984) poderá ser cumprida em qualquer outro hospital, que possua as dependências adequadas, porém colocá-los em um hospital de custódia pode ser extremamente perigoso, pois esses indivíduos podem freqüentemente ameaçar e atrapalhar os demais internos se tornando presas fáceis da manipulação e do abuso dos psicopatas, observa-se o psiquiatra forense Paulo Oscar Teitelbaum:

Estes indivíduos destroem o ambiente hospitalar, corrompendo membros mais frágeis da equipe a desenvolver comportamentos desonestos e antiéticos, assaltando, contrabandeando drogas, abusando dos mais fracos, atacando grosseiramente ou mesmo paralisando completamente os programas de tratamento desenvolvido com pacientes psicóticos ou deficientes.

(SOUZA, 2008, p.268)

## **7 EXAME DE VERIFICAÇÃO DE CESSAÇÃO DA PERICULOSIDADE**

De acordo com o Art. 775 da Lei nº 3.689 de 03 de Outubro de 1941: “a cessação ou não da periculosidade se verificará ao fim do prazo mínimo de duração da medida de segurança pelo exame das condições da pessoa a que tiver sido imposta”(Brasil, 1941) podendo ser solicitada mesmo no decorrer do prazo mínimo de duração da medida de segurança, conforme menciona o art. 777.

Há um prazo mínimo para a duração da medida de segurança, no qual será averiguada a periculosidade do indivíduo internado no hospital de custódia, pode-se verificar que essa sanção penal detém de tempo indeterminado, na qual se estende até a cessação da periculosidade do agente, disposto no § 1º do art. 97 do Código Penal<sup>4</sup>:

**§ 1º** - a internação, ou tratamento ambulatorial, será por tempo indeterminado, perdurando enquanto não for averiguada, mediante perícia médica, a cessação de periculosidade. O prazo mínimo deverá ser de 1 (um) a 3 (três) anos. [...]”.

## **8 O PSICOPATA NO CUMPRIMENTO DA PENA**

Os psicopatas conseguem de forma natural controlar seus impulsos, compreender o ilícito, assim como a capacidade de manipulação, entre outras.

Não podemos esquecer que os psicopatas são manipuladores inatos, e que, em função disso, costumam utilizar os outros presidiários para obtenção de vantagens pessoais. Muitas vezes, assistindo aos

noticiários da tv, pude observar como as rebeliões nos presídios tem a orquestração dos psicopatas. Eles fazem com que alguns prisioneiros se tornem reféns indefesos no processo de negociação com as autoridades.(SILVA, 2008, p.133)

Uma das maiores e danosas manipulações que esses indivíduos fazem é o preenchimento dos requisitos para conseguir benefícios no cumprimento da pena, tais como, livramento condicional, progressão de regime e outras.

Infelizmente não há no sistema penal brasileiro, um procedimento específico de diagnóstico da psicopatia nos delinquentes, sendo na execução da condenação ou em seu julgamento, á apenas o instrumento de Hare que foi traduzido por Hilda Morana, como já mencionado.Podemos explorar o principal recurso utilizado, a base do ordenamento jurídico penal brasileiro: o exame criminológico e o princípio da individualização da pena, a LEP (Lei Nº 7.210, 11 de Julho de 1984) prevê o Exame Criminológico em seu art. 8º:

Art. 8º O condenado ao cumprimento de pena privativa de liberdade, em regime fechado, será submetido a exame criminológico para a obtenção dos elementos necessários a uma adequada classificação e com vistas à individualização da execução. Parágrafo único. Ao exame de que trata este artigo poderá ser submetido o condenado ao cumprimento da pena privativa de liberdade em regime semi-aberto.

O exame é obrigatório aos criminosos que foram condenados inicialmente a pena privativa de liberdade em regime fechado, tratando-se de um exame inicial, seu objetivo é a individualização da pena, de forma judiciária como penitenciária, na qual cada condenado deverá cumpri-la com a adequação realizada, essa análise será executada com exames médico-biológico, psicológico, estudo social do condenado e outros.

Conforme exposto, uma vez que a aplicação da Escala de Hare em outros países mostrou uma baixa taxa de reincidência, é nítido que não há motivos para sua não implantação obrigatória no Brasil. Assim, não basta que essa sistemática seja implantada apenas no início da execução da pena, e sim, que sejam acompanhados durante todo o período a que foram condenados, realizando vários exames periódicos, para que o indivíduo sempre passe por uma análise clínica, averiguando a melhora no quadro, de forma que houve redução ou mesmo cessação da periculosidade do agente, além de diferenciá-los dos criminosos comuns, a fim de que seja satisfatório o processo de recuperação para ambos.

Vários projetos de lei foram apresentados na Câmara dos Deputados, na tentativa de alterar o exame específico, bem como prisões especiais ou monitoramento adequado, no entanto todos foram arquivados sem qualquer solução.

Fica clara, a necessidade de mudanças nas leis impostas em delitos realizados pelos psicopatas, devendo obter pessoas aptas a compreender melhor as condutas praticadas por eles, dando uma atenção específica para que os mesmos não se sintam desamparados pelo poder judiciário, e desta forma punidos de forma igualitária e correta aos demais que cometem crimes dessa mesma esfera.

## **9 CONCLUSÃO**

O presente trabalho procurou mostrar a atual situação dos criminosos identificados como psicopatas, e que os mesmos não há uma atenção própria frente ao judiciário brasileiro. Verifica-se a dificuldade de ajustamento desses indivíduos e entendimento no que tange sua responsabilidade penal, ou seja, acerca da semi-imputabilidade e imputabilidade, não havendo sanção penal específica e dificultando suas punições, consequentemente expandir o nível de reincidência, pois se tratam de indivíduos com total consciência de suas ações.

Não obstante, o sistema penal trata esses indivíduos assim como os criminosos comuns, conforme demonstrado no decorrer do trabalho a não diferenciação e falta de identificação adequada aos psicopatas, resulta em danosas consequências, bem como a reincidência criminal no âmbito prisional.

Pode-se observar que a criação específica de uma política criminal para os psicopatas, e realizada com meios eficazes para a diminuição e cessação destes indivíduos, possivelmente, conteria o avanço das práticas homicidas e cruéis por eles praticadas.

Assim, é de extrema importância a realização dos exames criminológicos, como o método PCL-R, para que o mesmo seja objetivo em cada quadro clínico, particularizando os psicopatas, e conforme mencionado esse exame deve ser realizado em todos os processos de execução da pena, desde o início, durante e o acompanhamento posterior, buscando analisar a progressão ou regressão do quadro clínico, sendo elaborados por profissionais altamente especializados e dando-lhes autonomia para a elaboração dos laudos técnicos.

De fato, a realidade do sistema judiciário brasileiro carece de eficiência, obstando a segurança da população e do próprio indivíduo, não possuindo uma garantia mínima de que este foi devidamente tratado e tem a aptidão para retornar ao convívio social. Demonstra-se que há uma grande necessidade de que o Estado priorize esses indivíduos, e que aconteça soluções uniformes para tranquilidade populacional.

## REFERÊNCIAS

JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito Penal**. 26. Ed. São Paulo: Saraiva 2008.

CAPEZ. Fernando. **Curso de direito penal**. Volume I, parte geral: arts. 1ª a 120. 15ª edição. São Paulo: Saraiva. 2011.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal - Parte geral/ Parte especial**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MORANA, HCP. **Identificação do ponto de corte para a escala PCL-R**

**(Psychopathy Checklist Revised) em população forense brasileira:**

**caracterização de dois subtipos de personalidade; transtorno global e parcial**. São Paulo, 2003.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**– 10. ed. rev., atual. e ampl.

– Rio de Janeiro: Forense, 2014.

SILVA, Ana Beatriz Barbosa. **Mentes perigosas: o psicopata mora ao lado**. Editora Fontanar. Rio de Janeiro: Objetiva, 2010.

RODRIGUES, Alexandre Manuel Lopes. **Psicopatia e Direito Penal**. Editora Lumen Juris. Rio de Janeiro. 2018.

OLIVEIRA, Valeria Santos. **O Psicopata frente ao código penal brasileiro**. Jus.com.2017. Disponível em: <[//jus.com.br/artigos/60016/o-psicopata-frente-ao-codigo-penal-brasileiro](http://jus.com.br/artigos/60016/o-psicopata-frente-ao-codigo-penal-brasileiro)>. Acesso em: 10 de Julho de 2021.

OLIVEIRA, Alex Moises. **O Psicopata e o direito penal brasileiro**. Âmbito Jurídico 2015. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/o-psicopata-e-o-direito-penal-brasileiro>> Acesso em: 10 de Julho de 2021.

FARIA, Claudia. **Como identificar um psicopata**. Tua Saúde. 2019. Disponível em: <<https://www.tuasaude.com/como-reconhecer-um-psicopata/#:~:text=A%20psicopatia%20%C3%A9%20um%20transtorno,de%20empatia%20com%20os%20outros.&text=Nem%20sempre%20as%20pessoas%20psicopatas,e%20a%20falta%20de%20empatia.>> Acesso em: 10 de Julho de 2021.

POLAKIEWICZ, Rafael. **Conheça o transtorno de personalidade antissocial: sociopatia e a psicopatia**. Pubmed. 2021. Disponível em: <<https://pubmed.com.br/conheca-o-transtorno-de-personalidade-antissocial-sociopatia-e-a-psicopatia/>> Acesso em: 10 de Julho de 2021

PIMENTA, Tatiana. **Psicopatia: como identificar um comportamento psicopata**. Vittude. 2017. Disponível em: <<https://www.vittude.com/blog/psicopatia-como-identificar-um-psicopata/>> Acesso em: 10 de Julho de 2021.

ARAÚJO, Jáder Melquiádes. **Da aplicabilidade da medida de segurança aos psicopatas: um estudo à luz do parágrafo único do artigo 26 do Código Penal Brasileiro**. AmbitoJurídico. 2014. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/da-aplicabilidade-da-medida-de-seguranca-aos-psicopatas-um-estudo-a-luz-do-paragrafo-unico-do-artigo-26-do-codigo-penal-brasileiro/>> Acesso em: 17 de Julho de 2021.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal: parte geral, parte especial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 341.

OLIVEIRA, Priscila. **Direito comparado e a punibilidade do psicopata homicida**. Jus.com.br. 2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/44929/direito-comparado-e-a-punibilidade-do-psicopata-homicida>> Acesso em: 02 de Novembro de 2021.

SOUZA, Carlos Alberto Crespo; CARDOSO, Rogério Göttert Cardoso (Orgs.). **Psiquiatria Forense: 80 anos de prática institucional**. 2 ed. Porto Alegre: Sulina, 2008. p. 268.

JORGE, Miguel R. **Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais: DSM-IV-TR**. Consultoria e coordenação de Miguel R. Jorge. 4. ed. Porto Alegre: Editora Aritmed, 2008. p. 658.

NARLOCH, Leandro. **Seu amigo psicopata**. SUPERINTERESSANTE: Psicopata, jul. 2006. Disponível em: <<https://super.abril.com.br/comportamento/seu-amigo-psicopata/>> Acesso em: 10 de Novembro de 2021.

JORGE, Miguel R. **Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais: DSM-IV-TR**. Consultoria e coordenação de Miguel R. Jorge. 4. ed. Porto Alegre: Editora Aritmed, 2008. p. 657

BRAYNER, Yan Rego. **A INSTAURAÇÃO DO INCIDENTE DE INSANIDADE MENTAL NA FASE INQUISTORIAL**. Jus.com.br. 2020. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/80293/a-instauracao-do-incidente-de-insanidade-mental-na-fase-inquistorial#:~:text=O%20%C2%A71%C2%BA%20do%20mesmo,autoridade%20policial%20ao%20juiz%20competente.>> Acesso em: 04 de Março de 2021.

## **GARANTIA PROVISÓRIA DAS EMPREGADAS GESTANTES NOS CONTRATOS DE TRABALHO POR PRAZO DETERMINADO**

**ANA PAULA ANDRADE CANEDO PASSINATO:**  
Advogada, OAB/GO 61.134, Pós-graduada em Prática Trabalhista e Previdenciário na Instituição de Ensino Rede Juris.

**JULDISANDRA AMELIA CANÊDO**<sup>429</sup>  
**(orientadora)**

**Resumo:** O presente artigo aborda o tema Garantia Provisória das Empregadas Gestantes Nos Contratos de Trabalho por Prazo Determinado, este direito, garante as mulheres em permanecerem no mercado de trabalho, além da proteção do nascituro. O objetivo do presente estudo é demonstrar através das análises teóricas dos autores Amauri Mascaro Nascimento, Carla Teresa Martins Romar e Carlos Henrique Bezerra Leite a garantia provisória das gestantes em contratos de experiência, conforme previsto na súmula 244 do TST, especificando primordialmente, o conceito do que é o contrato de trabalho por prazo determinado e suas hipóteses de rescisão, o contrato de experiência, e a garantia da empregada gestante em contratos de trabalho por prazo determinado, excepcionalmente o de experiência. Nesse artigo, a metodologia utilizada foi a pesquisa bibliográfica, ideologias pelos autores sobre o tema, análise do problema e julgados de instancias superiores. O objetivo específico é a proteção da empregada gestante em seu emprego, em caso de rescisão de contrato de experiência.

**Palavras-chave:** Contrato de trabalho por prazo determinado. Contrato de experiência. Empregada gestante. Garantia provisória.

---

429 Possui graduação em Letras pela Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas de Goiatuba (2007) e graduação em PEDAGOGIA pela Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas de Goiatuba (2001). Possui especialização em Psicopedagogia (2003) e no Ensino de Língua Inglesa (2011); possui mestrado em Educação pela PUC/GO (2018). Atualmente é professora no Centro Universitário de Goiatuba - Unicerrado, coordenadora e idealizadora do curso de extensão em línguas do Unicerrado. Tem experiência na área de Letras, Coordenação e no Curso de Pedagogia com ênfase em Estágio Curricular Supervisionado, atuando principalmente com as temáticas: Educação, Prática Pedagógica reflexiva, Formação de Professores, Gestão Escolar, Avaliação Educacional, Metodologias e Práticas no Ensino de Língua Inglesa. Atuou como professora de inglês no Colégio ULBRA-Antares no ensino médio e no curso de Pós Graduação em Psicopedagogia do Unicerrado. Participo do grupo de pesquisa e estudo de pesquisa e estudo Juventude e Educação, e no projeto Tendências Temáticas e Metodológicas das Produções Acadêmicas do Programa de Pós Graduação em Educação da PUC/GO.

**Abstract:** This article addresses the theme Provisional Guarantee of Pregnant Employees in Fixed Term Employment Contracts, this right guarantees women to remain in the labor market, in addition to the protection of the unborn child. The aim of this study is to demonstrate through the theoretical analyses of the authors Amauri Mascaro Nascimento, Carla Teresa Martins Romar and Carlos Henrique Bezerra Leite the provisional guarantee of pregnant women in contracts of experience, as provided for in summary 244 of the TST, specifying primarily, the concept of what is the fixed-term employment contract and its hypotheses of termination, the experience contract, and the guarantee of pregnant employees in fixed-term employment contracts, exceptionally that of experience. In this article, the methodology used was bibliographic research, ideologies by the authors on the subject, analysis of the problem and judged of higher instances. The specific objective is the protection of pregnant employees in their employment, in case of termination of experience contract.

**Keywords:** Contract of employment for a fixed term. Experience contract. Pregnant employee. Provisional guarantee.

**Sumário:** Introdução. 1. Contrato de Trabalho Por Prazo Determinado. 1.1. Hipóteses de Rescisão de Contrato de Trabalho Por Prazo Determinado. 1.1.2. Contrato de Trabalho Por Experiência. 2.0. Garantia Provisória da Gestante. 2.1 Garantia Provisória da Empregada Gestante no Contrato de Experiência. 3.0. A Reintegração no Emprego. 3.1.A Inviabilidade Da Reintegração. Considerações Finais. Referências.

## Introdução

Este artigo pretende mostrar a importância das discussões e análises no tema garantia provisória das gestantes que é um tema que sempre gerou diversas dúvidas e repercussões no mundo jurídico, principalmente quando entramos na seara dos contratos por prazo determinado. Diante das diversas mudanças no cenário econômico do país, houve um aumento na quantidade de contratações por prazo determinado. O interesse pelo tema do artigo é o objetivo geral deste artigo; segundo a autora Carla Martins Romar(6º ed), é assegurar a garantia provisória das empregadas gestantes em contratos de trabalho por tempo determinado (contrato de experiência), mediante a Súmula 244, III, do TST.

Assim, a garantia provisória protege a empregada gestante da dispensa arbitrária ou sem justa causa. Nesse sentido, conforme a Súmula 244 do TST, o desconhecimento do estado gravídico pelo empregador não afasta o direito ao pagamento da indenização decorrente da estabilidade, bem como a garantia de emprego à gestante só autoriza a reintegração se esta se der durante o período de estabilidade. Do contrário, a garantia restringe-se aos salários e demais direitos correspondentes ao período de estabilidade.



Portanto, com o intuito de aprofundar o tema, o autor Carlos Henrique Bezerra Leite, (2019), esclarece que,

“O próprio Tribunal Superior do Trabalho reconhece implicitamente a responsabilidade objetiva do empregador, como se infere da Súmula 244 daquela Corte: Gestante. Estabilidade provisória. I – O desconhecimento do estado gravídico pelo empregador não afasta o direito ao pagamento da indenização decorrente da estabilidade (ADCT, art. 10, II, “b”). II – A garantia de emprego à gestante só autoriza a reintegração se esta se der durante o período de estabilidade. Do contrário, a garantia restringe-se aos salários e demais direitos correspondentes ao período de estabilidade. III – A empregada gestante tem direito à estabilidade provisória prevista no art. 10, inciso II, alínea “b”, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, mesmo na hipótese de admissão mediante contrato por tempo determinado”.

Logo, além do autor LEITE (2019), os autores NASCIMENTO (1º ed), ROMAR (2019), foram objetivamente específicos para contribuir com o presente tema. Nesse aspecto, foram dissertados em subcapítulos, primeiro pela análise do autor Amauri Mascaro Nascimento o conceito do que é o contrato de trabalho por prazo determinado, em segundo as hipóteses de rescisões em contratos de prazos determinados.

No terceiro, fora apresentado o conceito do contrato de trabalho por experiência, e no último subcapítulo, as análises realizadas pelos autores sobre a garantia provisória da empregada gestante e, a garantia provisória da gestante no contrato de trabalho por experiência, previsto na Súmula 244, III do TST. Nas Considerações Finais, são apresentadas algumas reflexões sobre o tema, e espera-se que estas possam contribuir, assim, com novas pesquisas relacionadas ao mesmo, e colabore para o entendimento das empregadas gestantes ao jus a garantia provisória, mesmo que estejam contratadas em contratos por experiência.

## **1 Contrato de Trabalho Por Prazo Determinado**

O contrato de trabalho por prazo determinado, é definido pelo autor Amauri Mascaro Nascimento (2012, 1º ed):

“Os contratos de emprego nos quais as partes, na sua constituição, fixam o termo final são denominados contratos a prazo. O contrato a prazo é flexível porque se distancia do contrato a tempo e duração

in- determinados. É usado tanto na indústria como em alguns setores de serviços".

Assim sendo, conforme o conceito dado pelo autor, o contrato de trabalho a prazo determinado, é pactuado por um período final de termo fixado, podendo os prazos serem de acordo com o acontecimento e a conclusão do serviço estipulado pelo empregador, diferente de um contrato de trabalho por prazo indeterminado.

Para LEITE (2019, p.459), o contrato a prazo só será válido somente nesses casos:

" o contrato a prazo só será válido em se tratando de: a) "serviços cuja natureza ou transitoriedade justifiquem a predeterminação do prazo"; b) "atividades empresariais de caráter transitório"; ou c) "contrato de experiência" (idem, art. 443, § 2o)".

No ordenamento jurídico do trabalho pátrio, o contrato de trabalho de experiência não poderá ser prorrogado mais de uma vez, pelo prazo de noventa dias, observada a regra do art. 451 da CLT, nos termos do art. 445, § único da CLT.

"Além do prazo limitado de noventa dias, no caso de experiência, o texto consolidado, proibiu a sucessão de contratos a prazo antes de seis meses, com exceção da hipótese de serviços especializados; e vedou a sua prorrogação por mais de uma vez. " (LEITE, p.459, 2019).

Todavia, poderão ter outros prazos para o contrato a termo, como, por exemplo: contrato de safra (Lei nº 5.889/1973); de Obra Certa (Lei 2.959/1956); trabalho temporário (Lei 6.019/1974). Além de outras exceções, previstas legalmente, em que as contratações de trabalho para o empregado por prazo determinado prevalecem perante a lei.

"Ocorrendo a contratação por prazo determinado fora das hipóteses autorizadas por lei, será irregular, considerando-se o contrato, neste caso, como sendo por prazo indeterminado". (ROMAR, p.256, 6º ed.).

### **1.1 Hipóteses de Rescisão de Contrato de Trabalho Por Prazo Determinado**

Na hipótese de extinção normal do contrato por prazo determinado, são devidas as seguinte verbas rescisórias: saldo de salário, 13º proporcional, férias proporcionais, acrescidas de 1/3; liberação do FGTS (sem a indenização de 40%)<sup>430</sup>.

---

<sup>430</sup> ROMAR, Carla Teresa Martins, Direito do Trabalho Esquematizado, 6º ed, p;259

Além do que a autora ressaltou, o empregado tem direito ao recebimento de indenização específica prevista no art. 479 da CLT, correspondente ao valor da metade dos salários que lhe seriam devidos pelo período faltante do contrato.

Quanto a decorrência de prática de justa causa, a autora Carla Teresa Martins (6<sup>o</sup> ed, p.265) esclarece que,

*“a prática de justa causa pelo empregado implica na rescisão imediata do contrato de trabalho por prazo determinado, com pagamento apenas do saldo de salário. Sendo a justa causa praticada pelo empregador, ocorre a rescisão indireta do contrato, incidindo todos os direitos rescisórios característicos de uma dispensa sem justa causa, inclusive aviso prévio e indenização de 40% dos depósitos do FGTS (além do saldo de salário, 13<sup>o</sup> salário proporcional, férias proporcionais acrescidas de 1/3 e levantamento do FGTS).*

*Na hipótese das partes terem inserido no contrato de trabalho por prazo determinado cláusula que assegure reciprocamente o direito de rescindir o pacto antecipadamente, exercido o direito, a extinção do contrato será regida pelas regras dos contratos por prazo indeterminado (art. 481, CLT). Assim, neste caso, além do pagamento do saldo de salário, do 13<sup>o</sup> salário proporcional e das férias proporcionais, acrescidas de 1/3, é devido aviso prévio e, no caso de dispensa sem justa causa, também é devida a indenização de 40% dos depósitos do FGTS. (ROMAR, 6<sup>o</sup> ed. p.264)”.*

Em ocorrência de culpa recíproca (justa causa de ambas as partes) implica na rescisão imediata do contrato a termo, tendo o empregado direito ao 50%(cinquenta por cento) do valor do aviso prévio, do 13<sup>o</sup> salário, das férias proporcionais (Súmula 14, TST) e a metade da indenização, ou seja, 20% dos depósitos do FGTS (art.14 e art.9<sup>o</sup>, §2<sup>o</sup>, Decreto n.99.684/90). (ROMAR, 6<sup>o</sup> ed. p.264).

Quanto ao pedido de demissão pelo empregado, gera direito ao recebimento de verbas rescisórias (saldo de salário, 13<sup>o</sup> proporcional, férias proporcionais, acrescida de 1/3). No entanto, deverá indenizar o empregador pelos prejuízos que resultarem desta ruptura antecipada, conforme previsto ao art.480, CLT. (ROMAR, p.259).

Pois bem, além das verbas rescisórias devida ao empregado, ressalte-se a autora Carla Teresa Martins Romar (6<sup>o</sup> ed, p.259), que em relação à compatibilidade entre o regime do FGTS e a incidência do art. 479 da CLT, a jurisprudência pacificou-se há bastante

tempo (mesmo antes da Constituição Federal de 1988): Súmula 125, TST: "O art. 479 da CLT aplica-se ao trabalhador optante pelo FGTS admitido mediante contrato por prazo determinado, nos termos do art. 30, § 3º, do Decreto n. 59.820, de 20.12.1966.

Quanto à indenização de 40% dos depósitos do FGTS, embora o tema não seja pacífico na doutrina e na jurisprudência, o art. 14 e o art. 9º, § 1º e 2º, do Decreto n.99.6844/90 preveem que, na hipótese de rescisão antecipada do contrato por iniciativa do empregador, é devida a indenização de 40% dos depósitos do FGTS. (ROMAR, p.259).

## **1.2. Contrato de Trabalho Por Experiência**

Para Leite (2019), o contrato de trabalho por experiência também chamado de contrato de prova, constitui espécie de contrato por tempo determinado.

No concerne ao conceito dado pelo autor, o contrato por experiência, é celebrado sob condição resolutiva, depende apenas do ajuste entre as partes.

Assim, não basta que o contrato de experiência seja formalmente estabelecido para ser aceito como tal. A experiência deve ser real e palpável, e que seja relacionada como espécie de prestação que realmente se adequa à necessidade da prova.

O contrato de experiência deve ser escrito e anotado na CTPS, como condição especial (art.29, da CLT). Entendimento contrário serviria de estímulo à fraude e à arbitrariedade do empregador no momento de contratar e de despedir o empregado. (LEITE, 2019, p.455).

A fixação do contrato de trabalho por experiência, por Leite (2019),

[...]

*"pode ser fixado por período inferior e prorrogado uma única vez, desde que não ultrapasse, num caso ou noutro, o prazo de 90 dias. Findo este prazo, se não houver denúncia de uma das partes, ele se converte, automaticamente, em contrato de trabalho por tempo indeterminado. (LEITE, 2019, p.455).*

*Sendo certo que, a despedida antes de findo o contrato de experiência confere ao empregado: aviso prévio, se contiver cláusula assecuratória de rescisão antecipada; ou pagamento, pela metade, dos salários correspondentes ao restante do contrato (CLT, arts. 479 e 481). Em caso de dúvida, opta-se pelo critério que for mais benéfico ao empregado."(LEITE, 2019 p.456).*

Conforme o autor Leite (2019) citou, o contrato de experiência não pode exceder o prazo de noventa dias. O artigo 451 da CLT, determina que o contrato de experiência só poderá sofrer prorrogação uma única vez, sob pena de ser considerado contrato de trabalho por prazo indeterminado.

Qualquer das partes poderá rescindir antecipadamente o contrato, porém de acordo com o autor Leite (2019), só haverá aviso prévio se houver no contrato cláusula recíproca nos termos do art. 481 da CLT.

No contrato de experiência, para fins de contratações o empregador não exigirá do candidato a emprego comprovação de experiência prévia por tempo superior a seis meses no mesmo tipo de atividade, (art.442-A da CLT).

Por tal, fica perfeitamente claro que contrato de experiência não se confunde com período de experiência. Este corresponde ao primeiro ano do empregado no mesmo emprego (CLT, art.478, § 1º) e só depois de decorrido este prazo é que ele passaria a ter direito, caso não optante pelo regime do FGTS e despedido sem justa causa, à indenização por tempo de serviço. (LEITE, 2019, p.458).

## **2. Garantia Provisória da Gestante**

Segundo entendimento doutrinário pelo autor Carlos Henrique Bezerra Leite (2019, p.645), a garantia provisória protege o trabalhador contra a dispensa arbitrária ou sem justa causa.

Assim, uma das medidas das proteções a gestante é a estabilidade no emprego a quem tem direito por força do disposto no art.10, II, b, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, "declara que fica vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa "da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto". (Romar, 6º ed, p.580).

Com efeito, afigura-se que a men legis é no sentido de se proteger o nascituro, razão pela qual o termo "confirmação" há de ser interpretado teleologicamente, isto é, visando aos fins sociais a que se destina esta espécie de garantia provisória no emprego. (LEITE, 2019, p.704).

Parte da doutrina, sustenta a desnecessidade de qualquer comunicação da gravidez ao empregador, tendo em vista que, o direito à estabilidade fundamenta-se na teoria do risco objetivo, na teoria do risco social e principalmente, na proteção da maternidade. (ROMAR, 6º ed, p.581).

O autor Carlos Henrique Bezerra Leite (2019, p.704) esclarece que,

“O próprio Tribunal Superior do Trabalho reconhece implicitamente a responsabilidade objetiva do empregador, como se infere da Súmula 244 daquela Corte: Gestante. Estabilidade provisória. I – O desconhecimento do estado gravídico pelo empregador não afasta o direito ao pagamento da indenização decorrente da estabilidade (ADCT, art. 10, II, “b”). II – A garantia de emprego à gestante só autoriza a reintegração se esta se der durante o período de estabilidade. Do contrário, a garantia restringe-se aos salários e demais direitos correspondentes ao período de estabilidade. III – A empregada gestante tem direito à estabilidade provisória prevista no art. 10, inciso II, alínea “b”, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, mesmo na hipótese de admissão mediante contrato por tempo determinado”.

Outrossim, o desconhecimento da gravidez pela própria empregada no momento da dispensa também não impede o reconhecimento do direito à estabilidade. O que importa é que a empregada esteja grávida no momento da extinção do contrato de trabalho. (ROMAR, 6º ed, p.581).

Cabe ressaltar, que a dispensa sem justa causa da empregada gestante implica, em princípio, na sua reintegração ao emprego. No entanto, a garantia de emprego à gestante só autoriza a reintegração se esta se der durante o período da estabilidade. Do contrário, a garantia restringe-se aos salários e demais direitos correspondentes ao período da estabilidade (Súmula 244, II, TST). (ROMAR, 6º ed).

Mesmo durante o período da estabilidade, pode o juiz converter a reintegração em indenização correspondente nas seguintes hipóteses: a) quando o empregador se recusar a reintegrar a empregada; b) quando haja comprovada incompatibilidade entre as partes; ou c) quando haja outro motivo justificável. (ROMAR, 6º ed, p.582).

Todavia, para justificar a dispensa do empregado destinatário da garantia no emprego, é condição suficiente que este pratique um ato tipificado como justa causa (CLT, art. 482), independentemente da conotação de grave e séria violação dos deveres funcionais, ou o empregador comprove a existência de motivo técnico, econômico ou financeiro, para que o obreiro perca o direito de permanecer no emprego. (LEITE, 2019, p.650).

## **2.1 Garantia Provisória da Empregada Gestante no Contrato de Experiência**

De acordo com Carlos Henrique Bezerra Leite (2019) é importante lembrar que com a nova redação do item III da Súmula 244 do TST:

“A empregada gestante tem direito à estabilidade provisória prevista no art. 10, inciso II, alínea “b”, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, mesmo na hipótese de admissão mediante contrato por tempo determinado”. Esse novo entendimento do TST passa a superar, pelo menos no que respeita ao contrato de trabalho com determinação de tempo (v. g., o contrato de experiência) da empregada gestante, tradicional posição doutrinária e jurisprudencial que considera incompatíveis os institutos da estabilidade com os contratos por tempo determinado.

Sendo assim, segundo doutrina da autora Carla Martins Romar (6º ed, p.581),

“A estabilidade é assegurada à empregada gestante admitida mediante contrato por tempo determinado (Súmula 244, III, TST).

Súmula 244, TST: “I — O desconhecimento do estado gravídico pelo empregador não afasta o direito ao pagamento da indenização decorrente da estabilidade. II — A garantia de emprego à gestante só autoriza a reintegração se esta se der durante o período de estabilidade. Do contrário, a garantia restringe-se aos salários e demais direitos correspondentes ao período de estabilidade. III — A empregada gestante tem direito à estabilidade provisória prevista no art. 10, inciso II, alínea ‘b’, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, mesmo na hipótese de admissão mediante contrato por tempo determinado”.

Portanto, vale lembrar julgados que reconheceram a garantia provisória da empregada gestante em contrato de experiência: TRT18, RORSum - 0010924-42.2017.5.18.0004, Rel. MARIO SERGIO BOTTAZZO, 3ª TURMA, 28/09/2018) &nbsp; (TRT18, RORSum - 0011096-47.2019.5.18.0122, Rel. SILENE APARECIDA COELHO, 3ª TURMA, 23/06/2020.

Dessa forma, a estabilidade provisória da empregada gestante vinculada ao empregador por um contrato de experiência terá os mesmos moldes e efeitos da estabilidade provisória de contrato de trabalho por prazo indeterminado.

Desse modo, nesse período a empregada não pode ser dispensada, salvo se cometer falta grave que seja motivo de justa causa, conforme os incisos do artigo 482 da CLT.

### **3. A Reintegração no Emprego**

A reintegração ao trabalho consiste à empregada gestante a devolução ao vínculo de emprego e as garantias havidas antes da demissão.

Conforme inciso I da súmula 244 do TST, caso a demissão da empregada sem justa causa esteja em desconformidade com o artigo 10 do ADCT, poderá esta ajuizar reclamatória trabalhista com pedido liminar de reintegração, provando à época do despedimento, encontrava-se grávida.

Ressalta-se ainda, como decorrência do que já foi dito por ROMAR (2019,6º ed), "o desconhecimento da gravidez pela própria empregada no momento da dispensa também não impede o reconhecimento do direito à estabilidade".

Entende-se que a empregada não tendo ciência de seu estado gravídico, após a demissão, fará jus à reintegração ao emprego.

Portanto, os efeitos serão retroativos à data da dispensa (nula), e o período de afastamento é considerado como de interrupção ao contrato. O juiz em determinação judicial aplicar pena pecuniária pelo descumprimento dessa obrigação de fazer do empregador, nos termos do artigo 729 da CLT.

Dessa forma, considerando o entendimento da Súmula 244 do TST, a empregada gestante, não poderá ser demitida da empresa a menos que cometa falta grave previsto no art. 482 da CLT. Portanto, se a empregada gestante for afastada do local de trabalho e esteja vigente o período da estabilidade, esta terá o direito de retornar ao local e voltar a função que estava, ainda de direito o recebimento dos salários relativos ao período de afastamento.

### **3.1 A Inviabilidade Da Reintegração**

Em alguns casos a reintegração, mostra-se inviável, tendo em vista quedar-se o tempo adequado com o período da estabilidade.

O prolongamento da demanda judicial, não é raro, pois por ocasião da sentença que determinou a reintegração, pode já ter transcorrido todo o período da estabilidade e que por um lado inviabiliza a reintegração.

Nesse caso, o meio mais viável é a indenização da empregada pelo período em que estava com a garantia de seu emprego. Assim, recomenda o inciso II da Súmula 244, do TST: "II – A garantia de emprego à gestante só autoriza a reintegração se está se der durante o período de estabilidade. Do contrário, a garantia restringe-se aos salários e demais direitos correspondentes ao período da estabilidade".



Contudo, a situação da doméstica é diferente, pois sua reintegração depende da concordância do empregador, pois a casa é o asilo inviolável. Não sendo autorizado pelo empregador, fará jus aos salários do período.

Por fim, a SDC - Seção de Dissídios Coletivos do Tribunal Superior do Trabalho firmou entendimento de que a estabilidade para gestante é direito indisponível, sendo nula qualquer cláusula de convenção ou acordo coletivo que estabeleça requisitos para obtenção da estabilidade.

A Orientação Jurisprudencial nº 30 da SDC do C. TST:

“ Nos termos do art. 10, II, “a” do ADCT a proteção à maternidade foi erigida à hierarquia constitucional, pois retirou do âmbito do direito potestativo do empregador a possibilidade de despedir arbitrariamente a empregada em estado gravídico. Portanto, a teor do artigo 9º da CLT, torna-se nula de pleno direito a cláusula que estabelece a possibilidade de renúncia ou transação, pela gestante, das garantias referentes à manutenção do emprego e salário”.

Assim, a norma constitucional é no intuito de proteger a gestante contra a dispensa que a impede nos seus direitos inerentes à maternidade. A norma protege também o nascituro, tanto é que prorrogou a estabilidade até cinco meses após o parto.

Dessa forma, é direito da empregada ser indenizada, quando não puder ser reintegrada, além de todos seus direitos trabalhistas devidos.

### **Considerações Finais**

Conforme fora visto no desenvolvimento do presente artigo, parece mais prudente a assecuridade da garantia provisória das empregadas gestantes em contratos de trabalho por tempo determinado, especialmente ao contrato de experiência.

Nessa perspectiva, segundo entendimento doutrinário de LEITE (2019), a empregada gestante tem direito à estabilidade provisória prevista no art. 10, inciso II, alínea “b”, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, mesmo na hipótese de admissão mediante contrato por tempo determinado, e nesse entendimento do TST que passou excepcionalmente no contrato de experiência.

Devido o contrato de trabalho por experiência, ter prazo de noventa dias, nos termos do art.445, § único da CLT, com a nova redação a Súmula 244, inciso III do TST a empregada gestante, III — A empregada gestante tem direito à estabilidade provisória prevista no art. 10, inciso II, alínea ‘b’, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias,

mesmo na hipótese de admissão mediante contrato por tempo determinado”.(ROMAR, 6º ed).

Assim, para um aprofundamento maior sobre o tema, foi abordado segundo a autora (ROMAR,6º ed), que o dispositivo do art.10, II, b, do ADCT, declara que fica vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa “da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto”.

Afigura-se que a men legis é no sentido de se proteger o nascituro, (LEITE, 2019).

Desse modo, parte da doutrina, sustenta a desnecessidade de qualquer comunicação da gravidez ao empregador, tendo em vista que, o direito à estabilidade fundamenta-se na teoria do risco objetivo, na teoria do risco social e principalmente, na proteção da maternidade. (ROMAR, 6º ed, p.581).

Nota-se, que os resultados das análises teóricas dos autores, bem como dos julgados em instâncias superiores compuseram a reflexão que se pretendeu realizar sobre a garantia provisória da empregada gestante em contrato de experiência, desde o conceito do contrato de trabalho por prazo determinado até a garantia provisória da empregada gestante em contrato de experiência, um direito este, que garante as mulheres de permanecerem no mercado de trabalho e a proteção do nascituro.

Torna-se, portanto, importante promover estudos onde visem a garantia da empregada gestante em contrato de experiência, sendo algo excepcional, e que ainda é um tema pouco discutido em artigos e dissertações.

## Referências

CLT. Completa. **26º edição, Revista e atualizada**. Atualizada até 06.12.2019. Editora JusPODIVM.

LEITE, BEZERRA, Carlos Henrique. **Curso Direito do Trabalho**, 11º Edição, 2019.

**Manual Dos Direitos da Mulher**, Série IDP, 1º Edição, 2013.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro, **Direito Contemporâneo do Trabalho**, 1º edição, Editora Saraiva, 2012.

ROMAR, Carla Teresa Martins, **Direito do Trabalho, esquematizado**, 6º edição, 2019, Editora Saraiva jur.

ROMAR, Carla Teresa Martins, **Direito do Trabalho, esquematizado**, 4º edição, 2017, Editora Saraiva jur.



## **ADOÇÃO À BRASILEIRA: EFEITOS IRREPARÁVEIS A CRIANÇA E AO ADOLESCENTE.**

**EDUARDO GOMES DA SILVA QUEIROZ:**

Bacharelado em Direito pelo Centro de  
Universitário de Santa Fé do Sul (UNIFUNEC).

RICARDO GARCIA<sup>431</sup>

(orientador)

**RESUMO:** Este artigo tem como objetivo examinar a chamada lei de adoção à brasileira, que se prevê ilegal no país, a adoção é um ato solene pelo qual é criada, sujeita a requisitos legais e independentemente de qualquer relação de sangue relacionada ou vínculo fictício de filiação, é um ato solene que beneficia uma família de forma que uma relação jurídica civil surge entre o adotante e o adotado, garantindo assim, efeitos da descendência natural para que o adotado se transforme efetivamente em criança de forma completa após a conclusão da adoção e passa a ser considerado filho legítimo. A adoção é um instituto irrevogável, a ECA deixa claro que a adoção de menores é permitida a fim de garantir sua segurança e bem-estar. A metodologia usada neste artigo foi bibliografias, doutrinas e websites para um melhor entendimento e compreensão para o mesmo, o objetivo deste estudo é observar com clareza quais as formas previstas na lei, visando sempre o melhor cuidado para o adotado, e compreender os motivos pelo qual, devem ter leis mais rígidas para que futuramente a criança e o adolescente não sofram por erros alheios, resultando na compreensão da população sobre assunto mencionado.

**Palavra-Chave:** Adoção, Leis, Crianças e Brasileira.

**ABSTRACT:** This article aims to examine the so-called Brazilian adoption law, which is illegal in the country, adoption is a solemn act by which it is created, subject to legal requirements and regardless of any related blood relationship or fictitious bond of affiliation, it is a solemn act that benefits a family in such a way that a civil legal relationship arises between the adopter and the adoptee, thus ensuring the effects of natural descent so that the adopted person effectively becomes a child in full after the completion of the adoption and starts to be considered a legitimate child. Adoption is an irrevocable institute, ECA makes it clear that the adoption of minors is allowed in order to ensure their safety and well-being. The methodology used in this article was bibliographies, doctrines and websites for a better understanding and understanding of it, the purpose of this study is to clearly observe which forms are provided for in the law, always seeking the best care for the

---

431 Docente do Centro Universitário de Santa Fé do Sul – SP, UNIFUNEC e Mestre em Direito Civil

adoptee, and to understand the reasons for which, there must be stricter laws so that, in the future, children and adolescents do not suffer from other people's mistakes, resulting in the population's understanding of the mentioned subject.

**Keywords:** Adoption, Laws, Children and Brazilian.

**SUMÁRIO:** 1 INTRODUÇÃO. 2 ASPECTOS DA ADOÇÃO. 2.1 Conceitos e características sobre a adoção à brasileira. 2.2 Adoção à brasileira e suas ameaças a criança. 2.3 Consequências da adoção à brasileira. 4 MEDIDAS CABÍVEIS AO ESTATUTO. 5 FORMAS DE REGULARIZAÇÃO. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

## 1 INTRODUÇÃO

O termo família é conhecido como um grupo de pessoas que geralmente estão ligadas por afeto ou relações de parentesco. Segundo a declaração dos direitos humanos, a família é o elemento natural da sociedade e tem direito à proteção social e estatal.

O conceito de família tradicional era que consistia em uma família casada e filhos, sejam biológicos ou adotivos, mas, dependentes de cada sociedade, ela terá outra organização. Para definir o termo família de forma geral, podemos dizer que é um grupo de pessoas que vivem sob o mesmo teto, que são organizadas e possuem regras e normas para seu bom funcionamento, além de vínculos afetivos ou consanguíneos.

Com as mudanças sociais na sociedade ocidental ao longo do tempo particularmente nos últimos cinquenta anos, existem atualmente diferentes tipos de famílias com diferentes formas que evoluíram de acordo com essas mudanças sociais.

As famílias atuais podem, portanto, ser monoparentais, homoparentes e clássicas. A autoridade parental faz parte do estado do povo e, portanto, não pode ser alienada ou cedida, delegada ou substituída, qualquer acordo em que o pai ou a mãe renuncie a este direito, é nulo e sem efeito.

É, portanto, inevitável, incompatível com a transação e intransferível, os pais não podem renunciar a ela, nem qualquer outra transferida, porque a violência familiar é pública ou porque o Estado dita as regras para o seu exercício, também não é prescrito por lei, no sentido de que o progenitor não expira por não o exercer e só pode perdê-lo na forma e nos casos previstos por lei. Além disso, é incompatível com a tutela e com menores cujos pais não tenham sido privados ou afastados da violência familiar.

## 2 ASPECTOS DA ADOÇÃO

O artigo nº 1.630 do Código Civil, estabelece que as crianças estejam sujeitas ao poder familiar enquanto menores, sendo bem claro quanto a menor idade, sendo ela até os 17 anos, logo com 18 anos, é encerrada, com exceção nos casos de emancipação.

A Constituição Federal corresponde em seu artigo nº 226, § 5º, ao dispor que os direitos e deveres da sociedade conjugal são exercidos igualmente por homens e mulheres, ao que consta do artigo nº 1.631 do Código Civil sobre a plena Igualdade de direitos em matéria de propriedade e de exercício de violência familiar por cônjuges ou companheiros, na ausência ou impedimento de um deles, o outro exerce a exclusividade após o reconhecimento legal, assim que o reconhecimento estabelecer legalmente o parentesco.

A separação judicial, o divórcio e a dissolução do casamento civil nada alteram na relação entre pais e filhos. Chama-se a atenção para os fatos de que nos casos destacados pelos artigos, nomeadamente a separação, o divórcio e a dissolução de união estável, surgirá um tipo diferente de exercício da autoridade parental, sendo desta maneira, a formação da custódia, em que normalmente um dos pais tem o direito de tutela e o outro tem o direito de visita, podendo obter a guarda compartilhada, caso em que não existe direito de visita.

A adoção foi listada na Legislação Nacional em meados de 1.916, neste despacho, a escritura pública foi considerada como a forma de Constituição do ato na acepção do artigo nº375 verbis. A aceitação realiza-se por escritura pública, em que não se admite nenhuma condição ou prazo, formalizada a escritura pública, deveria ser submetida ao registro público, tarefa atribuída ao registro do estado civil das pessoas físicas, por meio de lei de averbamento. O registro foi efetuado no processo de origem, do qual o dirigente apenas emitiu certidão com os novos elementos, não podendo conter qualquer informação sobre a situação anterior do adotado.

Vale Ressaltar, com relação ao fundamento de *Codex Civile*, onde afirma que só poderiam adotar aqueles com cinquenta anos ou mais, na época, o entendimento do Legislador era que tal ato deveria ser realizado por alguém de maior grau de maturidade, pois o arrependimento poderia causar danos irreparáveis às partes, pelo menos dezoito anos mais velho que o adotado; a adoção conjunta só era possível se ambos fossem casados; os efeitos causados pela adoção não seriam cancelados com o nascimento subsequente de filhos legítimos, a menos que a concepção preceda o momento da adoção; reduzido à metade do que é devido a cada um dos filhos; os direitos e deveres decorrentes do parentesco natural permaneceriam com exceção do poder de família, que foi transferido para o pai adotivo, entre outras exigências da época.

Antes da introdução do código para menores, todas as adoções eram regulamentadas pelo código civil, independentemente da idade do adotado.

Contudo, em 1953, o senador Mozart Lago apresentou um projeto de lei que mudou as regras de adoção, no ano de 1957 esse projeto tornou-se a Lei nº 3.133/57, que alterou o Código Civil e reduziu a idade mínima do adotante para trinta anos. Nessa época, a adoção passou a ter um caráter cuidador, uma vez que as pessoas que já tinham filhos biológicos também poderiam adotar, embora o direito de herança não fosse reconhecido se o adotante tivesse filhos legítimos ou reconhecidos.

Em 1979, a Lei do Menor foi instituída pela Lei nº 6.697, que revogou expressamente a Lei nº 4.655/65, que tornou conhecidos dois tipos de adoção no ordenamento jurídico, a adoção simples e adoção total. A adoção simples, também conhecida como restrita, era regulamentada pelo Código Civil e aplicada aos adultos, os maiores de 18 e menores de 21 anos precisam da ajuda dos pais ou responsáveis para que sua declaração de intenção seja válida.

O vínculo que resultou dessa modalidade de adoção afetou apenas o adotivo e o adotado, os pais biológicos apenas perderam o poder familiar e as barreiras ao casamento não desapareceram. A ligação com os ancestrais biológicos não fora interrompida, e o filhopedria até postular comida para o pai biológico se o pai adotivo não pudesse provê-la.

O Código da Juventude não revogou o Código Civil de 1916, e os requisitos e efeitos dessa modalidade de adoção permanecem em vigor. No entanto, essa adesão não era final ou irrevogável, embora os direitos do adotado fossem amplos, esta modalidade era estipulada em contrato, sendo os casos de extinção previstos pela legislação civil aplicável e até mesmo pela vontade das partes.

A adoção simples de menores de 18 anos em situação irregular está regulamentada no direito civil com a prévia autorização da autoridade judiciária e a certidão de constituição, deve ser averbada na data de nascimento do adotado. Este foi precedido de estágio definido pelo Juiz, o qual não era exigido se o adotado não tivesse mais de um ano.

O adotado começou a usar o sobrenome da família adotiva, e o relacionamento resultante foi apenas civil e limitado a do adotante e a escritura pública, instrumento suficiente para lhe conferir validade. Passou, então, a contar com a participação ativa do Estado por meio de homologação judicial, sem a qual não haveria adoção, uma vez que sem a intervenção do Estado não seriam cumpridas as formalidades necessárias à realização do ato de adoção. Assim, a pessoa e o bem-estar do menor adotado foram protegidos.

A adoção total é, por sua vez, o que afeta o menor adotante. Vantajosamente, substituiu a legitimidade de adoção prevista na Lei nº 4.655/ 65, só foram realizadas com a anuência dos pais ou do representante legal do adotado e, atendidas as particularidades do caso individual, foi realizada em conjunto com a criança ou jovem pelo tempo fixado pelo juiz.

Em contraste com a modalidade simples, a adoção irrestrita era irrevogável a partir da decisão final sobre a sentença constitutiva, que era precedida de instrução processual etambém psicossocial.

No entanto, permaneceu a conexão entre a relação do adotado com a família biológica e a possibilidade de interrupção da adoção. Além disso, a diferença de idade entre o adotante e o adotado foi reduzida de dezoito para dezesseis anos e foi permitida a integração do sobrenome do adotante no sobrenome do adotado, mesmo que o adotante fosse casado, a adoção não seria possível até cinco anos de casamento, a menos que o homem tivesse mais de cinquenta anos e a mulher, mais de quarenta.

A Lei acima introduzida pela primeira vez na legislação brasileira de adoção da figura do nascituro exigia o consentimento da pessoa adotada ou de seu responsável legal.

No ano 1,965 foi publicada a Lei nº 4.655 que confere a legitimidade de adoção aplicável a menor em Estado irregular, ou seja, situação que pode decorrer de sua própria conduta (contravenção), conduta familiar (abuso) ou sociedade (abandono), e até cinco anos, com o objetivo de equiparar os direitos do adotado aos dos demais filhos do adotado.

Com isso, foi necessário o consentimento dos pais do adotado e a adoção foi justificada por decisão judicial. Apesar do desenvolvimento do instituto contido nesta Lei, seu conteúdo não teve muita aplicação prática devido ao excesso de formalismo predominante. Revogar expressamente a Lei nº 4.655/ 65, que torna conhecidas duas modalidades de adoção no ordenamento jurídico brasileiro: adoção simples e adoção plena.

## **2.1 Conceitos e características sobre a adoção à brasileira**

A adoção brasileira ocorre quando o indivíduo ou casal não está cadastrado no Cadastro Nacional de Adoção (CNA), não passa pelos procedimentos legais de adoção e registra a criança como criança. Essa prática, embora ilegal, ainda é muito difundida no país e causa diversos danos. Adoção pela comunidade brasileira é considerada crime e está identificada no Código Penal.

Os atos ilícitos detectados no registro de nascimento da criança podem ser anulados e os responsáveis ficarão responsáveis pela prática deste crime.



O que acontece se a adoção, apesar da irregularidade da natureza brasileira, for inevitável que ao longo do tempo nenhum vínculo afetivo se estabeleça entre a família e a criança.

Portanto, em alguns casos, o cancelamento do registro de paternidade / maternidade é questionável e a pena para este crime pode ser flexibilizada.

A Lei das Crianças e Adolescente (ECA) é baseada no princípio do interesse superior da criança e leva isso em consideração. Assim que for comprovada a formação de vínculo socioafetivo entre as partes, há a possibilidade de aplicação mais branda da sanção.

Este procedimento consiste em registrar uma criança como filho biológico sem que a criança tenha sido concebida como tal, aqueles que o fazem geralmente não sabem que a mãe biológica tem o direito de trazer a criança de volta, caso a adoção não tenha consentido legalmente ou ela não tenha sido privada do poder da família para se tornar mais simples na prática. A adoção no Brasil ainda é muito comum devido ao curso histórico de adoção nopaís.

Apesar de muitas realizações, a adoção ainda carrega os remanescentes dos medos e preconceitos de anos atrás. A adoção foi vista com vergonha e, portanto, algo a esconder.

Por este motivo e pela falta de informação, muitas pessoas ainda não sabem que medidas tomar e a quem recorrer e por vezes pensam que este processo é moroso e burocrático.

Essa prática coloca a adoção em risco o tempo todo, e não há assistência jurídica se necessárias crianças e adolescentes também estão em risco, pois os indivíduos que recorrem a essa prática não foram submetidos a nenhuma avaliação, que reconhece ou não reconhece sua vontade de adotar.

A adoção ilegal pode afetar o desenvolvimento emocional e físico dessas crianças no futuro, como a fila de espera para adoção é contornada, os tempos de espera também são aumentados para quem está passando pelo processo judicial. Negligência, que inclui outros crimes, como documentos falsos, e pode até colocar em risco a vida e a segurança de outras pessoas, como sequestro.

A maioria dos adotantes após adoção à brasileira têm características iguais como faixa etária de 40 e 50 anos, possuir classe média e morar em local que não pertence ao cartório, onde a certidão de nascimento da criança está mal lavrada.

A qualidade dos adotados, por outro lado, é extrema, pois a preferência dos adotantes são os bebês recém-nascidos, porque a criança não possui lembranças dos

genitores, mas, o maior problema com tudo isso, é o ambiente envolto em uma mentira de que uma criança está crescendo, já que muitos pais adotivos preferem que sua adoção se esconda como a adoção foi fora do processo legal.

O que acontece é que, os adotados esquecem que os pais biológicos podem processar e recuperar seus filhos a qualquer momento porque a adoção era ilegal. A descoberta desta irregularidade tem consequências, as regras punem os responsáveis por esta adoção, impondo penas civis e criminais, no direito civil começa com o cancelamento do registro de nascimento, até a possível retirada do filho do casal e no campo penal será o responsável pelo crime do registro do nascimento de outra pessoa como seu.

Portanto, é importante ressaltar que, além da infração legal e criminal, a adoção brasileira não é benéfica como muitas pessoas podem imaginar, trazendo consequências irreversíveis para a vida das crianças e adolescentes, além de traumas permanentes a vida do menor.

## **2.2 Adoção à brasileira e suas ameaças a criança**

Tornou-se lugar-comum invocar entraves processuais ou burocracia judicial para justificar as dificuldades potenciais na obtenção de uma adoção tão esperada e sonhada. Esses argumentos ainda são usados para apoiar tentativas impetuosas de admitir uma criança - sem mediação judicial adequada, precaução e devida diligência em contextos voláteis e arriscados para justificar interesses pessoais que superam o sistema jurídico estabelecido.

Essa prática ancestral insiste em resistir à força do tempo, a mesma é popularmente conhecida como adoção brasileira. Esse tipo de adoção é caracterizado por fraude e geralmente é feito de forma clandestina. Seus proponentes contornam os procedimentos jurídicos e psicossociais, apenas imbuídos do desejo obsessivo de acolher a qualquer custo uma criança que acaba sendo reduzida a um objeto de apropriação.

A criança/objeto é falsamente registrada por supostos pais que não são os pais biológicos e começa a ser retratada como uma criança biológica. Apesar do status familiar de que irá usufruir gradativamente, o principal vetor que impulsiona esse processo de vínculo é a satisfação primordial dos interesses dos adultos.

Definitivamente, crianças com possibilidade de adoção não podem ser reduzidas a um mero artefato do desejo, podendo ser instrumentalizadas para satisfazer adultos imediatistas ansiosos sem preparação adequada para a paternidade afetiva.

É imensurável o tamanho do instituto de adoção força aqueles que querem despir a armadura da autossuficiência, acreditando que podem renunciar a transmitir justiça e se

concentrar nas necessidades, desejos e medos de uma criança por uma variedade de razões pelas quais a vida familiar foi impedida.

A privação afetiva resultante desencadeia intenso sofrimento emocional e psicológico, que no caso da criança se agrava por três motivos: 1- Ela foi vítima de rompimento de vínculo com sua família biológica, que deveria cuidar, amar e proteger; 2- a criança não possui mecanismos para reagir e trabalhar sua dor, pois está em fase de desenvolvimento e 3- porque em alguns casos ela passa a viver em um ambiente estranho, às vezes impessoal, que não é a sua casa, conhecido como abrigo ou popularmente chamado de refúgio.

Nos termos da Lei da Criança e do Adolescente, tendo em vista o conflito entre os interesses dos adultos e os das crianças, o que é melhor para a criança deve sempre prevalecer.

### **2.3 Consequências da adoção à brasileira**

O atual Código Penal Brasileiro (CPB) contém em sua elaboração uma seleção de artigos que se denominam crimes contra a família e se enquadram entre os artigos 235 a 249. Isso é de grande importância em nossa legislação, visto que a família é o pilar da educação para um bom cidadão.

Dentre os artigos mencionados acima, há um artigo especial sobre a adoção brasileira que é objeto de estudo deste trabalho. O artigo 242 do CPB estabelece que:

É crime contra o estado de filiação dar parto alheio como próprio, registrar como seu o filho de outrem, ocultar recém-nascido ou substituí-lo, suprimindo ou alterando direito inerente ao estado civil.  
Pena - reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos.

Vemos que não é apenas a família que foi considerada para fins de proteção. Também é possível ver a proteção da fé pública

Vale Ressalta-se que a legislação nos casos de adoção para o direito brasileiro é estrita, visto que nesses casos o início da prescrição é diferente, atendendo ao artigo 111 do CPB com a seguinte redação:

Art. 111. A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, começa a correr:

[...]

IV - nos de bigamia e nos de falsidade ou alteração de registro civil, da data em que o fato se tornou conhecido.

Assim, constatamos que o legislador tem olhado com mais rigor este tipo de violação, visto que se trata de um crime contra a família, que é considerada a base para a formação do bem. Nestes casos, ao contrário de outras infrações penais que se iniciam no dia da prática do ato ilícito, o prazo de prescrição começa a partir do momento em que a autoridade competente tem conhecimento do mesmo.

Abreu expõe (2002, p. 45 e 47):

O crime da "adoção à brasileira" não prescreve após dez anos. Esse crime não prescreve. Ele só prescreve dez anos após a data em que ele é conhecido por autoridade pública. Só aí o prazo de dez anos começa a contar. [...]

A adoção brasileira há trinta anos não expira até que uma autoridade seja informada do crime. Muitos advogados desconhecem essa peculiaridade da lei, como se mostra nos primeiros dias de sua promulgação em contradições com afirmações de promotores, Advogados e Juizes. As leis de adoção não são aplicadas.

No entanto, apenas a não aplicação das regras não resultará em julgamento, e este evento só será levado ao conhecimento de uma autoridade competente.

A prática da infração, se confirmada durante a instrução processual, pode levar ao cancelamento do registro do adotado, sua busca e apreensão da família biológica e, dependendo do caso, não se sabe onde está localizada a família biológica, ainda se transforma em abrigos de emergência onde a criança está em processo de adoção previsto na ECA, sendo essas são as consequências de se condenar os pais adotivos quando a prática de adoção ao estilo brasileiro for descoberta e comprovada.

Em síntese, vimos que a adoção brasileira é considerada crime passível de punição criminal e deve ser investigada por autoridade competente desde o momento de sua descoberta, por possuir prescrição diferente.

### **3 MEDIDAS CABÍVEIS AO ESTATUTO**

Uma vez que é comprovado em um procedimento de adoção que a criança tem prioridade em todas as questões e que a satisfação dos requerentes é subordinada, o sucesso da penhora pode ser previsto. Uma adoção é bem-sucedida quando o desenvolvimento pessoal dos pais adotivos está subordinado ao bem-estar e à plena satisfação da criança e é inextricavelmente oposto a isso no artigo 43 do Estatuto da

Criança e do Adolescente que descreve: a adoção será deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando e fundar-se em motivos legítimos. (ECA. 1990).

Contudo, ressalta uma prioridade que deve orientar qualquer processo de adoção, o superior interesse da criança deve ser perseguido exaustivamente. É imperativo que os atores psicossociais e jurídicos envolvidos nos procedimentos de adoção investiguem se a criança está sendo apoiada, se suas necessidades materiais e emocionais estão sendo atendidas, se seus direitos fundamentais estão sendo respeitados e promovidos.

No caso de uma adoção fraudulenta realizada fora da lei e em um contexto opaco, não há como avaliar se a criança está realmente sendo priorizada, protegida e amada. Não é possível julgar a intenção, adequação e preparação do anfitrião.

Ela terá a garantia de respeito absoluto por seus direitos e necessidades fundamentais? Estará disponível para ela um ambiente familiar caracterizado por afeto, equilíbrio, proteção e responsabilidade? Quando ela for adulta, ela poderá ter acesso total à verdade sobre suas origens? Ressalta-se enfaticamente que a adoção de uma criança do paradigma do afeto incondicional deve estar envolta também em transparência, ética e verdade.

O tráfico de órgãos e a escravidão, que marginalizam as vítimas preferenciais e crianças indefesas, é responsabilidade do sistema de justiça conduzir estratégias de prevenção e combate a esses crimes.

No âmbito da adoção, é especialmente necessário fortalecer os mecanismos de avaliação das famílias requerentes de forma a permitir uma filtragem qualitativa e a seleção daqueles que são mais compatíveis com a natureza da medida e que têm potencial para recebê-la com segurança, carinho e proteção à criança em adoção.

Ao completar esta tarefa de avaliação e seleção das famílias mais preparadas e adequadas para a adoção de uma criança, o Sistema de Justiça cumpre a imposição legal do art.29 da ECA:

não se deferirá colocação em família substituta a pessoa que revele, por qualquer modo, incompatibilidade com a natureza da medida ou não ofereça ambiente familiar adequado.

Dessa forma, a criança é protegida preventivamente e evita-se com mais segurança a ocorrência de novo abandono em forma de retorno, uma vez que se desdobra em um contexto psicossocial e jurídico em que a criança é realmente apresentada como sujeito de direitos e não como um mero objeto de desejo.

Os candidatos, por sua vez, são avaliados e selecionados previamente de acordo com critérios legais e no interesse superior da criança.

#### **4 FORMAS DE REGULARIZAÇÃO**

É importante ressaltar que, pela legislação em vigor, a adoção à brasileira é crime, pois priva a criança de todos os direitos concedidos pelo Estado para um processo de adoção. A pena prevista no Código Civil é a reclusão de dois a seis anos e o reverso do processo e também é considerado um crime de inverdade ideológica.

Existem vários motivos para a adoção do Brasil, alguns dos que agem desta forma pretendem pular um processo formal para chegar mais rapidamente ao resultado, nomeadamente a guarda da criança.

No entanto, nem todos os casos são realizados para contornar as leis pretendidas, muitas pessoas sensibilizadas com as condições adversas de certas crianças optam por adotá-las para garantir uma vida melhor e com mais oportunidades.

Embora considerada um ato ilegal, a adoção à brasileira pode ser legalizada. De acordo com a Lei 12.010 / 09, a chamada Lei da Adoção, o objetivo principal é o bem-estar físico e mental de crianças e jovens. Nesse caso, muitos Juízes colocaram o vínculo afetivo sobre o biológico, preservando a paternidade socioafetiva e isentando os pais adotivos de qualquer punição, consolidando de fato que é realmente a melhor imagem para o mais jovem.

Com isso podemos ver que já existe a possibilidade legal de legalizar os casos de adoção ilegal. Ressalte-se, porém, que nem todos os casos são legalizados. Aqueles que trocaram uma criança por dinheiro ou algum outro benefício financeiro não podem ser legalizados, pois ninguém pode se beneficiar de sua própria depravação.

Mas, nos casos em que o afeto tem um valor maior, onde não houve intenção, intenção de cometer um ato ilícito porque estão fazendo bem para os pais adotivos ao acolherem um filho que deixaria o pai biológico, não há como falar sobre o crime.

De acordo com Abreu (2002, p. 48):

Na verdade, não está buscando um lar para uma criança, mas justamente o contrário. Existe uma contradição entre o ECA (que quer "encontrar um lar para uma criança institucionalizada" e "garantir-lhe a convivência familiar e comunitária") e as punições do Código Penal que não tem força social (e mesmo jurídica) para apenar aquele que age de forma diversa. Busca-se, antes de tudo, seja esconder a

origem adotiva do menor, seja driblar a burocracia e a morosidade da justiça no Brasil. Em muitos casos, as duas coisas são objetivadas na “adoção à brasileira”. Tudo “à sombra da lei”.

Assim, pode constatar que nestes casos, apesar do crime, existe sim conflito de interesses, visto que os tribunais atualmente têm a visão de prevalecer sobre a relação socioafetiva, e nestes casos está intimamente ligada aos melhores interesses da criança é, um princípio muito importante da ECA. Além disso, quando os pais adotivos são os únicos que a criança conhece e a quem tem acesso, a regularização torna-se um processo menos complicado.

Para que o processo de regularização ocorra, a família deve contratar um advogado especializado para entrar com queixa no Juizado de Menores da cidade onde residem os pais biológicos da criança (se localizados). Eles serão ouvidos em uma audiência para expressar sua aprovação ou desaprovação da adoção.

Como já mencionado, a Lei de adoção prioriza os laços afetivos e familiares da criança. Portanto, o fato da mãe biológica mostrar arrependimento não garante a nulidade do processo, a situação torna-se ainda mais desfavorável se a ligação entre a mãe biológica e o filho for distante ou inexistente.

No entanto, deve-se destacar que cada caso é analisado de forma especial pelo juiz. Pesa-se informações sobre como ocorreu a adoção à brasileira, onde ocorreu, em que circunstâncias a criança se encontra atualmente e qual a situação econômica e emocional tanto do nascimento quanto dos pais adotivos. Todos esses, são os critérios exigidos para a regularização da adoção.

## **CONCLUSÃO**

A Adoção de um filho é um sonho para muitas famílias que não podem ter filhos biológicos, um sonho que antes era um processo lento e burocrático, mas, hoje o processo de adoção evoluiu com o respaldo de uma legislação que torna a adoção cada vez mais fácil no poder brasileiro.

Apesar de sua evolução nessas questões burocráticas, muitas pessoas optam por adotar uma criança por meio da adoção informal, ou seja, no estilo brasileiro. Este tipo de adoção está fora das leis de adoção, pois é caracterizado pela adoção sem que as partes do julgamento possam responder a procedimentos legais.

A Adoção à brasileira é um termo usado para descrever a adoção fora dos procedimentos legais, porque se um casal quer adotar, ele tem que recorrer ao judiciário

e à legislação brasileira para tornar a adoção legal de acordo com a legislação, sem falar que a adoção formal é a forma mais segura para ambas às partes, porque sendo uma adoção brasileira os pais biológicos possuem o poder de querer o menor novamente, os pais adotivos não são amparados pela lei neste tipo de adoção, desta forma simples e irregular acabam não tendo direitos sobre seus filhos, porque não são amparados pela lei.

A melhor forma de garantir os direitos da criança adotada e de quem pretende adotar, é que se obtenha a maior quantidade de informações e principalmente para os que buscam a adoção, o caminho é sempre o caminho legal.

Dessa maneira, é preciso que todos tenham conhecimentos dos riscos em fazer uma adoção ilegal, tanto para o adotante, quanto para o adotado, saber que às leis que regem são explicativas e usadas ao favor da adotado, que o Estado possa criar meios de fiscalização maiores para evitar transtornos como este, seja por meios via internet, rádios, entre outras redes comunicativas, mas, que possa chegar às informações necessárias a toda população, para fazer os trâmites de uma adoção consciente, somente assim, poderá aos poucos conter a diminuição da adoção à brasileira.

## REFERÊNCIAS

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: direito da família**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: direito de família**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 5. 449 p. PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: direito da família**. 17. ed. São Paulo: v. 5. 405 a 438 p.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**, v. 5: Direito de Família. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

ABREU, Domingos. **No bico da cegonha: Histórias de adoção e da adoção internacional no Brasil**. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2005. Adoção Brasil. Disponível em: <<http://www.adocaobrasil.com.br/>>. Acesso em 22 de set. de 2021.

BARROS, Felipe Luiz Machado. **Uma visão sobre a adoção após a Constituição de 1988**. Disponível em: <<http://jus2.uol.co.br/doutrina/texto.asp>> . Acesso em: 19 out. 2021.

BORDALLO, Galdino Augusto Coelho. Adoção. In: MACIEL, Kátia. (Org.). **Curso de Direito da Criança e do Adolescente: Aspectos Teóricos e Práticos**. Rio de Janeiro: LumenJuris, 2010, p. 197 – 266.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acesso em 29 de out. 2021.



## **A LÓGICA PERVERSA DA TABELA DE IMPOSTO DE RENDA E SUA CONTRIBUIÇÃO NA DESIGUALDADE SOCIAL NAS ÚLTIMAS CINCO DÉCADAS**

**CARLOS HENRICH DE ANDRADE E SILVA:**

Advogado, também graduado em Tecnologia em Processos Gerenciais, Pós-Graduado em Direito Tributário e Processo Tributário pela Atame, Pós-Graduado em Direito e Processo Previdenciário pelo Damásio Educacional, MBA em Planejamento Tributário pela UFG e aluno especial do Mestrado em Direitos Humanos da UFG.

**RESUMO:** Apresentar uma descrição sobre a lógica perversa da tabela de imposto de renda é o objetivo geral deste trabalho, portanto a definição é baseada na teoria bibliográfica a partir de sua contribuição na desigualdade social nas últimas cinco décadas. A revisão bibliográfica narrativa é uma metodologia para o desenvolvimento de um tema, e é feita por meio de métodos qualitativos e descritivos. Para selecionar os autores citados, foram realizadas buscas em bases de dados como Scielo, Capes e Scholar por artigos, bem como por livros, revistas etc., utilizando o Kindle. Uma lista de bibliografias utilizadas foi elaborada com base em critérios de análise de títulos e uma breve leitura dos resumos de cada trabalho. Foram considerados materiais em português, inglês e espanhol. A divisão do período é entre os últimos 10 anos. Os autores base para a criação da discussão acerca da contribuição do imposto de renda na desigualdade social nas últimas cinco décadas tem muito conhecimento sobre o tema. Dessa forma, a pesquisa fica mais rica e responde à questão de pesquisa originalmente definida, promovendo uma definição diferente do objetivo da classificação.

**Palavras-chave:** Tabela de imposto de renda. Desigualdade social. Imposto de renda nas últimas 5 décadas.

**ABSTRACT** - Presenting a description of the perverse logic of the income tax table is the general objective of this study, so the definition is based on bibliographic theory from its contribution to social inequality in the last five decades. The narrative literature review is a methodology for the development of a theme, and it is done through qualitative and descriptive methods. To select the cited authors, searches were carried out in databases such as Scielo, Capes and Scholar for articles, as well as for books, magazines etc., using the Kindle. A list of bibliographies used was prepared based on criteria for analyzing titles and a brief reading of the abstracts of each study. Materials in Portuguese, English and Spanish were considered. The period division is between the last 10 years. The authors base

for the creation of the discussion about the contribution of the income tax in the social inequality in the last five decades have a lot of knowledge on the subject. In this way, the search is richer and answers the originally defined search question, promoting a different definition of the classification objective.

**Keywords:** Income tax table. Social inequality. Income tax in the last 5 decades.

## 1. INTRODUÇÃO

O Brasil continua sendo um dos países com maior concentração de renda no mundo. Esta é uma questão fundamental não apenas em termos de moralidade e bem-estar social, mas também pelas consequências sociais da alta desigualdade de renda. Dentre elas, podem ser citadas externalidades negativas como aumento da criminalidade e instabilidade política, mas talvez o aspecto mais controverso dessa correlação seja o estudo da hipótese de Kuznets de uma relação inversa entre redução da desigualdade e crescimento econômico (COELHO, 2018).

Nesse sentido, a redistribuição surge como uma possibilidade de intervenção social sobre esses índices, e há argumentos que sustentam sua implementação e outros defendem que a redistribuição acarreta perdas. Em suma, a redistribuição será baseada na manutenção dos níveis de bem-estar social, pois a extrema pobreza leva à perda da utilidade geral, justificando a intervenção governamental para controlar a concentração da distribuição de renda (LIMA, 2017).

Dessa forma, o planejamento e a gestão de políticas públicas são fundamentais para o sucesso e eficiência na utilização dos recursos do contribuinte de um estrato de distribuição para outro, a fim de alcançar maiores objetivos de igualdade. A pobreza e a desigualdade de renda diminuíram no Brasil, e o índice de Gini diminuiu significativamente desde 2003 (LIMA, 2017).

Esses resultados positivos são relatados academicamente como resultado de melhorias implementadas pelo governo em conjunto com programas sociais anteriormente descentralizados, resultando em maior eficiência administrativa por meio da criação de um cadastro único e benefícios ampliados. Além disso, o aumento da taxa de retorno do capital humano, ou seja, o aumento da remuneração do trabalho com melhor índice de escolaridade, também contribuiu para a melhora observada recentemente no indicador (NÓBREGA, 2014).

No entanto, ainda há um longo caminho a percorrer e, embora os programas de transferência de renda sejam orçados para apenas uma pequena fração do PIB, o que é considerado um bom custo-benefício pelos benefícios observados nos indicadores, ainda há preocupações com esses honorários (ALVAREDO et al. 2014).

Os governos têm encontrado dificuldades na gestão de programas sociais que, se superadas, podem restaurar retornos ótimos para os mesmos gastos. A capacidade do governo de verificar as condições de transferência, como crianças que frequentam a escola do Bolsa Família, também foi questionada. Uma melhor identificação de famílias com necessidades reais também é uma proposta atualmente em consideração, pois a remoção de benefícios de famílias que realmente superaram estágios críticos de pobreza poderia aumentar a parcela de benefícios para aqueles que se beneficiam, ainda mostrando ótimos retornos com ajuda (COELHO, 2018).

A forma como a desigualdade surge ainda não é um entendimento pacífico no meio acadêmico, e existem diferentes aspectos da intervenção estatal para reduzir esses índices. Além das transferências, existem mecanismos de intervenção tributária, muitas vezes destinados a redistribuir os retornos por meio de reformas tributárias, como a indexação e progressividade do imposto de renda, consumo e incentivos fiscais (MEDEIROS, SOUZA e CASTRO, 2015).

No entanto, a questão da desigualdade e redistribuição envolve conflito político, o que abre espaço para discussões sobre como e quanto a riqueza é redistribuída para alcançar o equilíbrio e atender aos princípios de “justiça social” para manter uma sociedade mais igualitária. Por exemplo, existem princípios jurídicos e dispositivos legais que justificam a progressividade tributária e, portanto, justificam a redistribuição pela tributação (LIMA, 2017).

Apresentar uma descrição sobre a lógica perversa da tabela de imposto de renda é o objetivo geral deste trabalho, portanto a definição é baseada na teoria bibliográfica a partir de sua contribuição na desigualdade social nas últimas cinco décadas. Para atingir esse objetivo geral e demonstrar o domínio do assunto, foram ramificados os objetivos específicos da seguinte maneira:

- Contextualizar o imposto de renda desde a sua criação até os dias de hoje;
- Evidenciar os conceitos e a informatização do imposto de renda;
- Correlacionar a distribuição da população brasileira nas faixas etárias e a defasagem da atualização da tabela de imposto de renda;
- Determinar sobre a contribuição do imposto de renda para desigualdade social no Brasil nas últimas 5 décadas.

A partir da perspectiva delineada neste tópico, a questão de pesquisa pode ser identificada como: qual a contribuição da tabela de imposto de renda das últimas cinco décadas na desigualdade social?

A pesquisa aqui apresentada justifica-se pelos fundamentos teóricos da lógica perversa da tabela de imposto de renda e sua contribuição na desigualdade social nas últimas cinco décadas, levando assim em conta referências científicas mais amplas sobre o tema, enriquecendo dessa forma a produção de pesquisas contemporâneas. Dadas as lacunas levantadas e a resolução dessas lacunas, tem benefícios tanto a nível acadêmico como profissional e social. Porque, para além da resposta à questão colocada, especifica também a base de referência para a emergência de novas questões e experiências. Em seguida, contribui para a sociedade como um todo e atribui melhorias aos processos comumente utilizados por grandes públicos. Além disso, contribui para o campo acadêmico, pois enriquece ainda mais o acervo científico de pesquisas sobre esse tema e levanta questões que precisam ser discutidas em pesquisas futuras.

A revisão bibliográfica narrativa é uma metodologia para o desenvolvimento de um tema, e é feita por meio de métodos qualitativos e descritivos. Para selecionar os autores citados, foram realizadas buscas em bases de dados como Scielo, Capes e Scholar por artigos, bem como por livros, revistas etc., utilizando o Kindle.

Segundo Lakatos e Marconi (2017), materiais complementares publicados por fontes confiáveis, assim como as próprias revisões bibliográficas, possuem alto grau de confiabilidade e atestam o que suas fontes cobrem, o que fornece uma base para o uso de dados e relatórios, e verificação da legitimidade.

Uma lista de bibliografias utilizadas foi elaborada com base em critérios de análise de títulos e uma breve leitura dos resumos de cada trabalho. Foram considerados materiais em português, inglês e espanhol. A divisão do período é entre os últimos 10 anos.

Então, de acordo com os objetivos propostos, o desenvolvimento deste trabalho é feita em quatro subtópicos, elencados como: O imposto de renda desde a sua criação até os dias de hoje; Conceitos e a informatização do imposto de renda; Distribuição da população brasileira nas faixas etárias e a defasagem da atualização da tabela de imposto de renda; Contribuição do imposto de renda para desigualdade social no Brasil nas últimas 5 décadas. Após estudar o que é abordado, o estudo pode ser concluído e uma lista bibliográfica fornecida.

## **2.DESENVOLVIMENTO**

### **2.1 O imposto de renda desde a sua criação até os dias de hoje**

Apesar das diferenças, a Lei nº 4.625, de 31 de dezembro de 1922, instituiu um imposto geral de renda, embora mais de 50 anos após a proposta. Essa lei estabeleceu o orçamento de 1923 da República Brasileira dos Estados Unidos da América (ALVAREDO et al., 2014).

Por se tratar de um estudo de imposto de renda, vale copiar o artigo acima sobre a lei aqui como conhecimento histórico para comparação com o presente: Art. 31. Fica estabelecido um imposto geral de renda, devido anualmente por toda pessoa física ou jurídica residente neste país, e em cada caso, sobre o lucro líquido de qualquer fonte (AMARO, 2016).

Por se tratar de um imposto polêmico, o governo teve o cuidado de não o impor imediatamente e pediu ao engenheiro Francisco Tito de Sousa Reis que estudasse o imposto com atenção. O engenheiro é um estudioso conhecedor de questões tributárias e se inspirou no imposto de renda francês para propor uma taxonomia de renda, bem como uma tabela de alíquotas proporcionais que afetarão a renda global (ALVAREDO et al., 2014).

Em 1934, o imposto de renda passou a fazer parte da Constituição Federal: Art. 6º - A União é de inteira responsabilidade: os rendimentos e ganhos de qualquer natureza, exceto os rendimentos regulares de imóveis, ressurgem. Por exemplo, para fazer um imposto predial de forma justa, é quase necessário saber a quem ele pertence e, no caso do imposto de renda, não basta saber quem recebe os rendimentos, mas é igualmente importante definir corretamente o que é a renda (COELHO, 2018).

Olhando para a evolução do imposto de renda, tem-se preocupado com o caráter progressivo do imposto, ou seja, ajustar a forma de cobrança para que quanto maior a renda, maior o valor a pagar, e em alguns casos isentando esses rendimentos abaixo de um limite mínimo definido. No entanto, há uma discussão mais matizada, porque definir o que é renda não é suficiente - já é uma dificuldade séria. É necessário destacar o valor que pode ser tributado a partir desses rendimentos. Uma parte do que o indivíduo considera renda deve ser mantida, pois dela depende a manutenção do indivíduo e de sua família. Portanto, é necessário estabelecer esses limites e conceituar o lucro tributável (HOFFMANN, 2016).

A criação de categorias de agrupamento de renda refere-se ao primeiro processo de divisão de renda. Esse modelo de cálculo é semelhante ao modelo atual, pois também foi criado para utilizar o cronograma como base de cálculo, onde o percentual do índice mudará de acordo com o valor da receita. Com isso, começam a surgir divergências sobre o que é receita (receita), principalmente no que se refere ao que é cobrança justa, para o qual é preciso definir corretamente o que é receita (AMARO, 2016).

Há também preocupante evolução na tributação, que ajusta a arrecadação de forma que o valor total a pagar seja maior que a renda, e isenta quem tem renda abaixo do limite estabelecido conforme o caso (Chaves, 2014). Discutiu-se também a obrigatoriedade da apresentação das declarações fiscais, concluindo-se que esta informação era essencial, pelo que foram criados dois métodos de cálculo da base de cálculo do imposto: rendimento presumido ou declaração. Em setembro do mesmo ano, foram aprovados os primeiros regulamentos de imposto de renda (AFONSO, 2013).

O Decreto nº 16.581/1924 informa o seguinte: Contribuintes: como pessoas físicas, são todas as pessoas cuja renda anual ultrapasse 10 contos de réis e que, em 1º de janeiro de cada exercício fiscal, residam em qualquer parte do território nacional. Aqueles que transfiram o seu domicílio para o território nacional durante um exercício serão tributados no ano seguinte. Ano base: Não há conceito de ano base ou ano/calendário (ALVAREDO et al., 2014).

O lucro líquido incide sobre os rendimentos auferidos no exercício anterior ao exercício fiscal em que o imposto é devido. De acordo com as instruções emitidas pela Receita Federal em 1924, o valor tributável do ano fiscal de 1924 é o rendimento desse ano. Como não há como saber o valor do lucro total antes de 31 de dezembro, o imposto é calculado assumindo que o lucro do ano atual é igual ao do ano passado (HOFFMANN, 2016).

Rendimentos Tributáveis: Os rendimentos gerados no território de origem são tributáveis. Eles são divididos em quatro categorias de acordo com o artigo 3º da Lei nº 4.783, de 31 de dezembro de 1923. Na determinação da base, são calculados todos os rendimentos do exercício em causa, incluindo os rendimentos do período anterior. Lucros isentos e não tributáveis: Entre outras coisas, os rendimentos gerados no exterior, depósitos em caixas econômicas federais e estaduais, são isentos de impostos quando esses depósitos estão incluídos na dívida pública e aqueles já detidos por pessoas jurídicas são tributados, antes de ser distribuído aos seus proprietários (LIMA, 2017).

Os rendimentos da agricultura, do setor imobiliário e dos servidores públicos estaduais e municipais também são isentos de impostos, embora não estejam explicitamente previstos no estatuto (Amaro, 2016). Os regulamentos permitem as seguintes deduções (PIKETTY, 2015):

- despesas ordinárias incorridas para obter e garantir o rendimento;
- impostos diretos pagos ao governo federal;
- a parcela do rendimento que foi tributada em outras categorias;

- participação nos lucros líquidos destinados a terceiros, desde que não por motivos comerciais;
- perdas especiais causadas por caso fortuito ou força maior;
- limites de depreciação em relação ao capital da primeira instituição que exerça atividade profissional;
- contribuições e doações aos tesouros públicos.

Excepcionalmente, em 1924, o prazo foi fixado para 14 de novembro de 1924, sendo posteriormente adiado para 14 de março de 1925. O cobrador de impostos notifica o contribuinte das entradas na lista nominal por correio registado. A liberação de ofício pode ser prevista quando o contribuinte deixa de apresentar a declaração de renda ou faz uma declaração falsa e o departamento tem um fator conflitante. Multa de 60% por não declaração e 75% por falsa declaração. Pagamentos: Os contribuintes podem pagar em três parcelas iguais se o imposto devido exceder \$ 200 (SHILLER, 2014).

A data de vencimento é sempre inserida após a administração e o pagamento pode ser feito antecipadamente. As taxas não pagas a tempo estarão sujeitas a uma multa de 10%. Corrigindo Lançamentos: Os contribuintes podem corrigir suas declarações enviadas mediante solicitação. Pedidos só serão aceitos até o lançamento da versão. Aviso de liberação: Dentro de 10 dias da listagem. A partir do julgamento de primeira instância, os contribuintes podem recorrer à Comissão de Contribuintes. Supervisão: Em particular, o departamento responsável pelo lançamento (AFONSO, 2013).

## **2.2 Conceitos e a informatização do imposto de renda**

Ao longo dos anos, a necessidade de uma reforma tributária abrangente na estrutura econômica tornou-se cada vez mais evidente. A estrutura tributária brasileira possui múltiplas formas de tributação (imposto de renda, imposto sobre o valor agregado, IPTU, imposto sobre serviços, contribuição parafiscal, sobretaxa aduaneira etc.), o que dificulta o exame da arrecadação desses impostos, aumenta a custo do planejamento tributário empresarial e do próprio poder público, que não aborda, mas aprofunda as desigualdades de encargos entre os contribuintes (MEDEIROS, SOUZA e CASTRO, 2015).

O debate sobre a reforma tributária brasileira tem se intensificado ao longo dos anos, porém ainda não há consenso sobre a complexidade das reformas necessárias ao sistema tributário brasileiro. Há muito tempo o imposto de renda é considerado mais avançado do que outros impostos, principalmente do ponto de vista do respeito à capacidade contributiva (MEDEIROS, SOUZA e CASTRO, 2015).

Isso porque a renda pessoal é uma medida mais facilmente observável, o que possibilita um sistema tributário progressivo que imponha uma alíquota maior ao grupo de alta renda, ao invés de um imposto de consumo, que inevitavelmente paga a mesma alíquota que os ricos (AMARO, 2016).

O imposto de renda incide sobre rendimentos ou ganhos de qualquer natureza. O RI utiliza como fato gerador a aquisição de bens, valores ou valores mobiliários adquiridos por pessoa física ou jurídica que possam ser convertidos ou convertidos em dinheiro. No que se refere ao imposto de renda das pessoas jurídicas, os fatos geradores são a apuração de lucros e o aumento do patrimônio em atividades industriais, comerciais ou de serviços (CHAVES, 2014).

Os contribuintes podem declarar seus rendimentos e aumentos de capital por meio da Declaração Anual de Ajuste do Imposto de Renda ou da Declaração de Imposto de Renda da Pessoa Física (DIRF), que deve ser apresentada anualmente até 30 de abril. O imposto de renda deve ser retido pela fonte de pagamento para fazer face à DIRF, o que pode resultar em imposto devido ou reembolsado. As alíquotas do IRPF variam de acordo com a renda do contribuinte (ANDRADE, LINS e BORGES, 2015).

Os governos utilizam uma variedade de métodos para combater a sonegação fiscal, sendo a informatização a forma mais rápida de comparação das informações e sua autenticidade, como as notas fiscais eletrônicas (Chaves, 2014). Uma grande dificuldade no combate à evasão fiscal é verificar a dependência de sistemas eletrônicos, que podem cometer erros ou até ser enganados pelos contribuintes. No entanto, assumir o fim completo da fuga é praticamente impossível (ANDRADE, LINS e BORGES, 2015).

Os governos usam uma variedade de controles e agências de fiscalização para prevenir e combater a evasão fiscal. Os principais órgãos são: a Receita Federal, na União; a Receita Estadual, nos estados; e a Prefeitura, nos municípios. A informatização dos dados ajuda os governos a detectar atividades ilegais. Como meios de controle, há: nota fiscal eletrônica, sistema público de escrituração digital (SPED), declarações diversas etc. (MEDEIROS e SOUZA, 2013).

No entanto, esse efeito pode ser reduzido reavaliando a utilização do princípio da seletividade e utilizando a progressividade do imposto de renda (outra base de cálculo) como contrapeso à progressividade do imposto. Refere-se a uma ideia de equalização da carga tributária suportada pelos contribuintes (ROCHA, 2014).

Em resposta à reforma tributária, os reformadores devem ser guiados por um julgamento cuidadoso quanto aos objetivos mais apropriados do governo em uma sociedade justa, porque a tributação não é apenas um meio de pagar os gastos do governo,



mas também é mais apropriado usar a tributação para promover a economia ou distribuição (DIESSE, 2015).

O Estado tem a responsabilidade de encontrar formas de limitar os danos sofridos por aqueles que perdem na competição de mercado sem comprometer a produtividade do sistema. Um conceito que levanta a questão da justiça socioeconômica e leva a um entendimento de que o Estado deve garantir um mínimo de qualidade de vida digna para seus cidadãos (AFONSO, 2013).

A ideia de justiça tributária está diretamente relacionada ao sentido de justa tributação em consonância com o princípio da capacidade contributiva previsto no art. Seção 145 Seção 1 da CF/88. Além disso, a capacidade contributiva é um subprincípio do princípio constitucional da igualdade, uma diretriz para regular a carga tributária e uma norma de classificação tributária (MEDEIROS e SOUZA, 2013).

### **2.3 Distribuição da população brasileira nas faixas etárias e a defasagem da atualização da tabela de imposto de renda**

O Brasil, entre várias características, há muito é considerado um país notoriamente desigual. Essa desigualdade se manifesta em todas as etapas da acumulação de riqueza, seja em termos de oportunidade, renda ou riqueza. Nessa situação deprimente, o país está sempre empatado com países muito mais pobres, enquanto países com renda e status de desenvolvimento semelhantes apresentam indicadores muito melhores (ACEMOGLU e ROBINSON, 2012).

Diversos pensadores e estudiosos se debruçaram sobre essa inquietante natureza nacional, analisando suas origens e as principais variáveis que orientam sua dinâmica em curso na sociedade brasileira. No que diz respeito às causas profundas da desigualdade, não se pretende definir plenamente o fenômeno, a dificuldade de aquisição de terras desde os tempos coloniais, a manutenção de longo prazo da escravidão, o histórico de baixo investimento na educação básica e a dificuldade dos mais pobres no acesso à educação, no acesso ao crédito; entre inúmeros outros fatores, os ativos no Brasil estão tão concentrados que uma grande população está à margem do processo de desenvolvimento econômico, confinada a um quadro de longo prazo de reprodução de autossuficiência (ANDRADE, LINS e BORGES, 2015).

Embora a desigualdade de renda continue sendo um traço distintivo da sociedade brasileira, é inegável que houve avanços nessa área desde a virada do século, quando, aliada à estabilização do poder de compra do dinheiro, as políticas de transferência de renda e a valorização do salário-mínimo Os salários ajudaram a reduzir as medidas de desigualdade de renda a níveis sem precedentes. Apesar das conquistas, ainda há

desigualdades generalizadas na sociedade, afinal, o Brasil ainda tem um longo caminho a percorrer diante das características políticas, demográficas e geoeconômicas (DIESSE, 2015).

Ao analisar os determinantes da desigualdade, um fator que tem recebido relativamente pouca atenção é como a organização do sistema tributário afeta a distribuição de renda. Diante dessa disposição investigativa, uma questão identificada como potencial repercussão da injustiça social observada no Brasil é o seu sistema tributário nacional. Fruto de uma construção histórica tão longa quanto a própria história do país, o sistema tributário nacional é fruto de uma sequência iterativa de necessidades, planos, acidentes e oportunismos que se fundiram dessa forma ao longo da existência do estado brasileiro até que regulamentações existentes que todos os contribuintes nacionais devem cumprir (DIESSE, 2015).

O sistema tributário afeta a distribuição de renda a partir do momento em que utiliza diversos instrumentos de arrecadação que afetarão cada contribuinte de forma diferenciada. Ao tributar diferentes fatos econômicos - por exemplo, possuir ou transferir bens, renda, consumo ou poupança - a forma como o Estado organiza seu sistema tributário afetará cada agente tributário. A forma exata depende de sua situação econômica em cada tipo de imposto relevante (ACEMOGLU e ROBINSON, 2012).

Levando em conta todo o histórico de atuação do Brasil na redução da desigualdade ao longo dos anos e os fatores elencados para esse desempenho, pode-se afirmar que, por um lado, a política de transferências pode ser considerada temporária, uma vez que a persistência generalizada da pobreza se justifica no Brasil e se estabelece como garantia de uma renda mínima de subsistência; a política tributária, por outro lado, constitui um importante aspecto complementar da análise, pois ao reconhecer que o Estado é participante ativo no panorama distributivo, sua o desenho tributário é importante para determinar como distribuir em um contexto dinâmico a riqueza se torna crítica (ANDRADE, Rins e Borges, 2015).

Para entender como os impostos afetam a todos de maneiras diferentes, é preciso ter em mente as diferentes fontes que os impostos podem afetar, divididas em quatro eixos principais: renda, patrimônio, bens e serviços e folha de pagamento. O fato gerador do imposto de renda é o recebimento dessa renda. Assim, em princípio, estão sujeitas a este imposto quaisquer receitas sob a forma de salários, lucros, rendas e juros. A fixação das alíquotas pode variar de acordo com o valor do imposto arrecadado, característica conhecida como regressividade, onde as alíquotas aumentam (diminuem) à medida que o valor tributado aumenta (AFONSO, 2014).

É também um imposto direto de pessoa física, pois é capaz de avaliar a capacidade contributiva do agente e então determinar o valor a ser pago, o que permite que o imposto

seja calibrado de acordo com as peculiaridades de cada contribuinte além do valor dos rendimentos. Os principais tributos brasileiros nesta categoria são o Imposto de Renda Pessoa Física (IRPF), o Imposto Jurídico (IRPJ) e a Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL). O primeiro pertence à renda pessoal e atua como imposto direto da pessoa física, enquanto o segundo pertence à renda das pessoas jurídicas, sendo difícil determinar quem arca com a carga tributária (FACHIN, 2017).

Em 2015 e 2016, a atualização da declaração de imposto de renda ficou mais de 11% atrasada. Além disso, o Sindifisco Nacional registrou que o ano-calendário não ajustado de 2016 foi a maior defasagem anual dos últimos 13 anos, pois corresponde à inflação total daquele ano (6,29%) (FACHIN, 2017).

Vale destacar que não houve ajuste na base de cálculo da tabela progressiva do IRPF, que está relacionada ao congelamento de deduções previsto na legislação tributária, o que aumenta ainda mais o impacto do imposto de renda. Nesse sentido, a não revisão da tabela de imposto de renda pelo índice de inflação resulta em aumento sistêmico da tributação associada às pessoas físicas. Assim, ao revisar incompletamente a tabela do imposto de renda, o governo apropria-se indevidamente da diferença entre o índice revisado e o índice de inflação, reduzindo assim a renda disponível de todos os contribuintes (SOUZA, 2013).

Portanto, a obsolescência da moeda da tabela progressiva é um grave problema relacionado à tributação das pessoas físicas. Isso porque, à medida que cada unidade monetária se desvaloriza ao longo do tempo (inflação), as faixas progressivas de tributação de renda ou bens também se tornam obsoletas, sempre que expressas em unidades monetárias como o Real (R\$). Isso levou a um aumento da forma disfarçada de progresso que os alemães comumente chamam de “progresso frio” (Kalte Progression) (ARAUJO e CABRAL, 2012).

A falta de atualizações monetárias e suas correspondentes deduções com base no índice de inflação por tabela progressiva não encontra refúgio no ordenamento jurídico. Trata-se de um aumento da carga tributária da via lateral, o que leva a um efeito de caducidade do tributo e a um maior impacto sobre a classe trabalhadora (ACEMOGLU e ROBINSON, 2012).

O reajuste da tabela mensal do imposto de renda progressivo é obrigação do Estado, decorrente do princípio da capacidade contributiva. Diante disso, a atualização do índice não reflete o real aumento dos salários e gastos dos cidadãos, ou mais grave, a falta de atualização, mostra que o poder público está desrespeitando completamente os poderes estipulados na constituição. Vale lembrar que todos os princípios consagrados na

Constituição relativos ao imposto de renda visam satisfazer o pressuposto da justiça social, alcançando substancial igualdade tributária (AFONSO, 2014).

Assim, a disciplina e o rigor com que os textos da Carta Magna tratam a tributação tendem a impor restrições ao Estado, protegendo os indivíduos de tributação que possa ultrapassar sua capacidade contributiva e, assim, violar seus direitos fundamentais.

No entanto, os princípios constitucionais parecem nada mais do que enunciados teóricos usados para fazer belos discursos sobre eles. Ao agir, no entanto, os legisladores não levaram em conta esses princípios, nem os respeitaram. A gerência finge que eles não existem. O judiciário, que deve corrigir legisladores e administradores para fazer valer a validade dos princípios, também falha frequentemente (SOUZA, 2013).

Diante dessa realidade, os resultados não poderiam ter sido diferentes: a Pesquisa Técnica do Sindifisco Nacional observou que, entre 1996 e 2016, a defasagem média acumulada na tabela progressiva mensal do IRPJ foi de 83%. Na tabela de comparação, elaborada pelo departamento, é apresentada a evolução do reajuste e do desperdício a cada ano, sendo que em apenas cinco anos, em 20 dos tempos analisados, o reajuste supera o índice IPCA do ano correspondente (FACHIN, 2017).

Atualmente, a progressividade tributária do Brasil nada mais é do que um texto constitucional e não tem efeito. O atual sistema progressista não atende ao objetivo fundamental estabelecido na Constituição brasileira, que é criar uma sociedade solidária voltada para o desenvolvimento e redução das desigualdades sociais.

Por sua vez, o princípio da capacidade contributiva é posto em causa, uma vez que os pressupostos que visam alcançar a igualdade concreta só podem ser alcançados com uma taxa verdadeiramente progressiva. Nesse caso, idealmente, como há pouco tempo no Brasil, a alíquota ficaria entre 0% e 55%, dependendo da renda de cada contribuinte (SOUZA, 2013).

Tal mudança seria muito positiva, tendo em vista que a tributação progressiva é um elemento essencial do chamado Estado de bem-estar. Para ele, a tributação progressiva teve um papel central no desenvolvimento do Estado de bem-estar social, sua capacidade de mudar a estrutura de desigualdade estabelecida ao longo do século XX, além de representar uma instituição fundamental para garantir que esse modelo de Estado sobreviva no século XXI (AFONSO, 2014).

Portanto, pode-se dizer que, no campo tributário, o princípio da progressividade pode facilitar uma real redistribuição de renda, ao deslocar a carga tributária dos contribuintes com menor potencial econômico para aqueles com maior capacidade contributiva, e ao aumentar a arrecadação tributária para o investimento no campo social,

que afetará diretamente as pessoas mais pobres do país. Por outro lado, o caráter regressivo dos tributos atuais vem dificultando a realização da justiça fiscal, ao mesmo tempo em que serve de incentivo ao aumento da desigualdade (ARAUJO e CABRAL, 2012).

## **2.4 Contribuição do imposto de renda para desigualdade social no Brasil nas últimas 5 décadas**

A desigualdade social no sentido econômico refere-se à relação entre diferenças de renda, salários, riqueza ou poder aquisitivo entre classes sociais e diferenças entre regiões, períodos históricos, sistemas de produção ou diferentes estruturas sociais. Como tal, refere-se à concentração de renda ou distribuição de riqueza, muitas vezes referida como “desigualdade de renda” (BORBA e COELHO, 2016).

O estudo é importante para acompanhar sua evolução, compreender a dinâmica que a conduz e seu impacto em variáveis econômicas potencialmente relevantes. A desigualdade de renda exacerba a própria desigualdade social, ou seja, diferenças em várias medidas de bem-estar entre os indivíduos de forma mais ampla, como níveis de educação, meios de subsistência e acesso a serviços básicos, como saúde e saneamento. Em primeiro lugar, algumas considerações preliminares devem ser feitas às variáveis relacionadas à desigualdade, que devem ser sempre entendidas neste trabalho como variáveis no sentido econômico (HARADA, 2016).

Ao estudar a desigualdade social no Brasil, pode-se dizer que os altos níveis dessa variável historicamente e ainda observados hoje podem ser rastreados até o Brasil pré-1930 devido aos sistemas de exploração colonial, escravidão e propriedade da terra no passado. Apesar da óbvia contribuição do legado do passado, a desigualdade no país não deve ser reduzida a um legado pré-moderno, mas sim como uma influência da dinâmica de expansão econômica no processo de modernização desde o século XIX, como já visto em a literatura. Sobre as causas da desigualdade (AFONSO, 2014).

Dessa forma, o gap pode estar relacionado ao próprio processo de desenvolvimento econômico, aliado à falta de atenção e gestão adequada das ferramentas de políticas públicas para controle do gap. Assim, a extrema concentração de renda no Brasil pode estar associada e causalmente ligada aos níveis extremos de desigualdade social do país, por exemplo, no desemprego, escolaridade, desnutrição, mortalidade infantil e criminalidade (HARADA, 2016).

Em geral, os impostos indiretos (impostos sobre o consumo) têm maior impacto sobre os indivíduos em níveis mais baixos da distribuição de renda e são mais regressivos, enquanto os impostos diretos (impostos sobre a renda e a riqueza) têm efeitos mais progressivos observados. Essa regra se aplica no Brasil, embora haja sérios problemas de

redistribuição tributária, o peso dos impostos indiretos é muito maior que o dos impostos diretos, tornando o efeito líquido do sistema tributário regressivo (BORBA e COELHO, 2016).

Além disso, a progressividade tributária direta do Brasil permanece baixa. A carga total sobre o decil mais pobre equivale a 32,8% de sua renda, em comparação com 22,7% para o decil mais rico. Isso é absolutamente inaceitável, principalmente em um país com alta desigualdade de renda como o Brasil (YAMASHITA, 2014).

Assim, o maior ônus da carga tributária do Brasil é o consumo, aliado a uma proporção relativamente alta da renda dos segmentos mais pobres da população sendo tributada, esses contribuintes arcam com uma parcela considerável do orçamento e agravam as desigualdades sociais.

Então, na prática, o que o Brasil observa é um imposto regressivo, em que os contribuintes com menor capacidade contributiva contribuem em maior proporção, e, portanto, um imposto muito regressivo, pois as alíquotas de ICMS para produtos básicos são consideradas de alto padrão internacional, e a carga tributária do consumo no Brasil é de natureza regressiva e viola o princípio da justiça fiscal (YAMASHITA, 2014).

Por outro lado, se a alíquota efetiva for maior porque a renda do contribuinte também é maior, diz-se que o imposto é progressivo. Quando isso acontece, pode-se argumentar que os contribuintes dos segmentos mais elevados da distribuição de renda perdem uma proporção maior de sua renda em decorrência do pagamento de impostos (HARADA, 2016).

Para fins de análise teórica da capacidade contributiva, o princípio da equidade horizontal estabelece a existência de contribuições monetárias iguais entre contribuintes com capacidade contributiva igual. Por outro lado, o princípio da equidade vertical exige tratamento tributário desigual, por assim dizer (Yamashita, 2014). Sempre que possível, os impostos serão de natureza pessoal e serão graduados de acordo com a capacidade do contribuinte para dar às autoridades fiscais, em particular, para atingir esses objetivos, identificar, respeitar os direitos individuais e proteger os bens, rendimentos e atividades econômicas do contribuinte de acordo com a lei (HOFFMANN, 2016).

Apesar do efeito prejudicial sobre o crescimento econômico, os governantes devem promover a redistribuição da maioria dos eleitores. Assim, sociedades mais desiguais, cujos eleitores são majoritariamente pobres, tendem a promover a redistribuição e, portanto, enfrentam taxas de crescimento mais baixas. Isso leva a uma redução na acumulação de capital tangível, pois a renda transferida dos ricos para os pobres não é reinvestida (CARNEIRO, 2015).

Por outro lado, países com menor concentração de renda têm grandes classes médias entre os eleitores e, portanto, os eleitores médios enfrentam menores ganhos líquidos com políticas redistributivas. A principal conclusão desses trabalhos é que as sociedades igualitárias optarão por políticas menos redistributivas e, portanto, poderão se desenvolver mais rapidamente (BORBA e COELHO, 2016).

Recentemente, o uso da política tributária como ferramenta para promover a redistribuição de renda e eliminar a desigualdade gerou enormes repercussões internacionais. Vários autores elaboraram avanços recentes nas medidas de desigualdade de renda em vários países desenvolvidos e encontraram justificativas em questões como a distribuição funcional da renda entre capital e trabalho (CARNEIRO, 2015).

As propostas-chave vão desde medidas incrementais, como impostos mais altos sobre os mais ricos, até propostas de difícil implementação, como um imposto sobre o capital global, que os próprios autores chamam de utopias úteis. São muitas as medidas existentes na política tributária destinadas a aliviar a concentração de renda no Brasil, com foco no consumo e medidas direcionadas à renda, que serão discutidas mais adiante (CARNEIRO, 2015).

### **3. CONCLUSÃO**

Reiterando os objetivos traçados no início do trabalho, é certo que todos os mesmos foram alcançados ao desenvolver as informações pertinentes à especificação, o que contribui para um melhor entendimento do assunto exposto no desenvolvimento do artigo.

Os autores base para a criação da discussão acerca da contribuição do imposto de renda na desigualdade social nas últimas cinco décadas tem muito conhecimento sobre o tema. Dessa forma, a pesquisa fica mais rica e responde à questão de pesquisa originalmente definida, promovendo uma definição diferente do objetivo da classificação.

A conclusão final é que a forma de tributar os indivíduos ao longo dessas últimas cinco décadas cria uma grande disparidade entre o que os ricos pagam em comparação com o que os outros pagam; no entanto, também ajuda a apoiar a redução da dívida nacional para indivíduos comuns em vez de ricos.

Como tal, os sistemas futuros devem considerar maneiras de criar maior equidade social, reduzindo a carga do contribuinte, uma vez que as tendências atuais parecem ser contrárias a ambos os fatores nos dias de hoje. De qualquer forma, no entanto, ainda há necessidade de continuar as pesquisas sobre esse tema para enriquecer o que toda a produção científica já trouxe e tirar melhores conclusões sobre o assunto.

## REFERÊNCIAS

- ACEMOGLU, D.; ROBINSON, J. **Por que as nações fracassam. As origens do poder, da prosperidade e da pobreza**. Rio de Janeiro: Campus, 2012.
- AFONSO, J. R. R. A **Economia Política da Reforma Tributária: o caso Brasileiro**. Washington, 2013.
- AFONSO, J. R. R. **Imposto de renda e distribuição de renda e riqueza: as estatísticas fiscais e um debate premente no Brasil**. Revista da Receita Federal: estudos tributários e aduaneiros, 2014.
- AFONSO, J. R. R. **IRPF e Desigualdade em Debate no Brasil**. Texto de Discussão. Rio de Janeiro: IBRE/FGV, 2014.
- ALVAREDO, F.; et al. **The top 1 percent in international and historical perspective**. National Bureau of Economic Research, 2014.
- AMARO, L. **Direito Tributário brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2016.
- ANDRADE, E. S.; LINS, L. S.; BORGES, V. L. **Contabilidade Tributária: Um Enfoque Prático nas Áreas Federal, Estadual e Municipal**. São Paulo: Atlas, 2015.
- ARAUJO, J. A.; CABRAL, J. **The Relationship Between Income Inequality and Economic Growth in Brazil**. 2012.
- BORBA, B. E.; COELHO, A. F. C. **Imposto de Renda da Pessoa Física, Isonomia e Capacidade Econômica: analisando o atributo da generalidade**. Curitiba: Revista de Investigações Constitucionais, 2016.
- CARNEIRO, C. **Impostos federais, estaduais e municipais**. São Paulo: Saraiva, 2015.
- CHAVES, F. C. **Planejamento Tributário na Prática: Gestão Tributária Aplicada**. São Paulo: Atlas, 2014.
- COELHO, S. C. N. **Tributo ao tempo: artigos**. Belo Horizonte: Estúdio 43 - Artes e projetos, 2018.
- DIESSE. **Imposto de renda pessoa física: propostas para uma tributação mais justa**. São Paulo, 2015.
- FACHIN, P. **Eficiência e equidade combinadas - pilares para uma consolidação fiscal mais solidária: entrevista especial com Rodrigo Orair**. São Leopoldo, 2017.
- HARADA, K. **Direito financeiro e tributário**. São Paulo: Atlas, 2016.



HOFFMANN, R. **Desigualdade da distribuição da renda no Brasil: a contribuição de aposentadorias e pensões e de outras parcelas do rendimento domiciliar per capita.**

Economia e Sociedade, 2016.

LAKATOS, E.M.; MARCONI, M.A. **Fundamentos de metodologia científica.** São Paulo: Atlas, 2017.

LIMA, B. P. **As injustiças tributárias do Brasil em 5 gráficos.** São Paulo: Estadão Jornal Digital, 2017.

MEDEIROS, M.; SOUZA, P. H. G. F. **Gasto público, tributos e desigualdade de renda no Brasil.** Brasília: Ipea, 2013.

MEDEIROS, M.; SOUZA, P.; CASTRO, F; A. **O topo da distribuição de renda no Brasil: primeiras estimativas com dados tributários e comparação com pesquisas domiciliares, 2006-2012.**

Rio de Janeiro: DADOS–Revista de Ciências Sociais, 2015.

NÓBREGA, C. B. **História do imposto de renda no Brasil: um enfoque da pessoa física (1922-2013).** Brasília: Receita Federal, 2014.

PIKETTY, T. *Putting distribution back at the center of economics: reflections on capital in the twenty-first century.* The Journal of Economic Perspectives, 2015

PRIEBE, V. S. **Capacidade contributiva e progressividade como princípios tributários que facilitam a implementação da justiça fiscal.** São Paulo: Revista Tributária e de Finanças Públicas, 2016.

ROCHA, E. O. F. **Tabela de imposto de renda pessoa física e seu impacto social.** Campina Grande, 2014.

SHILLER, R. **Better insurance against inequality.** New York Times, 2014.

SOUZA, P. H. G. F. **A distribuição de renda nas pesquisas domiciliares brasileiras: harmonização e comparação entre Censos, PNADs e POFs.** Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, 2013.

YAMASHITA, D. M. **Direito Tributário: uma visão sistemática.** São Paulo: Atlas, 2014.

## **DIREITO FUNDAMENTAL À SEGURANÇA PÚBLICA: BREVE ESTUDO SOBRE OS LIMITES PARA EFETIVAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À SEGURANÇA PÚBLICA**

**ANTONIO AUGUSTO VILELA:** Pós graduado em Direito Ambiental, Civil, Constitucional, Consumidor, Famílias e Sucessões, Imobiliário, Notarial e Registral, Previdenciário, Processual Civil pelas instituições "Damásio de Jesus" e "Dom Alberto". Bacharel em Administração e Direito pelas instituições "Faculdade Cidade de Coromandel" e "Fundação Carmelitana Mário Palmerio".

**RESUMO:** Consiste o presente trabalho no estudo dos limites e problema existente para a concretização do Direito Fundamental: a escassez financeira, a capacidade financeira do indivíduo e a garantia apenas de um mínimo existencial. Usou-se como fonte de pesquisa doutrinas, Leis, CRFB/88 e jurisprudências. Pretende-se concluir que para a concretização do Direito, é necessária aplicação financeira em Políticas Públicas eficientes, a revisão do que atualmente é praticado, e que ainda o Estado veja na Segurança Privada um apoio para a concretização da Segurança Pública. A abordagem do presente trabalho foi dedutiva, pelo procedimento da pesquisa qualitativa, teórica, jurisprudencial, e bibliográfica.

**Palavras-chave:** Segurança Pública. Eficiência. Proporcionalidade. Concretização.

**ABSTRACT:** The present work consists of the study of the limits and existing problem for the realization of the Fundamental Right: the financial scarcity, the financial capacity of the individual and the guarantee of only an existential minimum. Doctrines, Laws, CRFB/88 and jurisprudence were used as a source of research. It is intended to conclude that for the realization of the Law, it is necessary to invest in efficient Public Policies, the revision of what is currently practiced, and that the State still sees in Private Security a support for the realization of Public Security. The approach of the present work was deductive, through the procedure of qualitative, theoretical, jurisprudential and bibliographic research.

**Keywords:** Public Security. Efficiency. Proportionality. Concretization.

### **1. INTRODUÇÃO**

O presente estudo versa sobre o tema analisando o dever do Estado em garantir o Direito Fundamental à Segurança Pública inalcançável totalmente, pois existem limites que impedem a Administração Pública de concretizá-lo totalmente, garantindo apenas um mínimo existencial.

Assim pretende-se demonstrar, neste trabalho, quais são estes limites que impedem que o Administrador traga à sociedade a efetivação do Direito Fundamental à Segurança Pública, e mostrar para o Administrador que mesmo que ele não consiga a efetivação do Direito, ele deve sempre trabalhar para alcançá-lo.

Entre estes limites há um que consequentemente “cria” os outros, que é o limite financeiro ou orçamentário. A garantia de todos os Direitos depende de recursos para a sua efetivação. Analisando o primeiro limite, passamos então consequentemente para os outros dois, sendo estes: a capacidade financeira do indivíduo, ficando desta forma, como responsabilidade do Estado garantir apenas o mínimo existencial. A capacidade financeira do indivíduo trata-se daquele que tem a capacidade de contratar o serviço privado, resta para o Estado então, garantir apenas o mínimo existencial, pois se garantir mais que isso, aqueles que tem a capacidade financeira maior, migrariam para o serviço público, e ao Estado voltaria a escassez para custear o serviço.

Mas deve-se lembrar que este trabalho não tem a intenção de proteger, ou dizer que é correto o Administrador prestar um serviço público precário à sociedade, apenas se quer mostrar à sociedade e ao Administrador que com este modelo de governo que temos em nosso país, não há possibilidade de ofertar um serviço público digno e de qualidade, mas que mesmo sabendo disso, o Administrador deve sempre de boa-fé e seguindo o Princípio da Eficiência tentar alcançar a qualificação do serviço.

## **2.LIMITES PARA EFETIVAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À SEGURANÇA PÚBLICA**

### **2.1 Escassez de Recursos Financeiros;**

Sempre que a Administração Pública argui o Princípio da Reserva do Possível como justificativa para o não cumprimento total de um Direito Fundamental, juntamente ela investiga sua escassez de recursos financeiros, alegando que não provêm de recursos suficientes para atender a todos que necessitam dos seus serviços.

Confere-se o acima mencionado, por meio do acórdão da Justiça Federal do Estado do Paraná:

MANDADO DE SEGURANÇA. FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTO A PESSOA PORTADORA DE DOENÇA GRAVE E CARENTE DE RECURSOS ECONÔMICOS. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA ENTRE A UNIÃO, OS ESTADOS, O DISTRITO FEDERAL E OS MUNICÍPIOS PELA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO ÚNICO DE SAÚDE À POPULAÇÃO. AUSÊNCIA DE DOTAÇÃO ORÇAMENTÁRIA QUE NÃO AFASTA ESSE DIREITO FUNDAMENTAL, CUJO DESCUMPRIMENTO PERMITE A CHAMADA "JUDICIABILIDADE DAS POLÍTICAS PÚBLICAS". REEXAME NECESSÁRIO MANIFESTAMENTE IMPROCEDENTE E EM CONFRONTO COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE E DOS TRIBUNAIS SUPERIORES. SEGUIMENTO NEGADO. SENTENÇA

MANTIDA. (1) A prestação de assistência à saúde é direito de todos e dever do Estado, assim entendido em sentido amplo, cobrindo União, Estados e Municípios, podendo a ação ser dirigida em face de qualquer um desses entes federados, em conjunto ou separadamente. (2) **A inexistência de previsão orçamentária não justifica a recusa ao fornecimento de remédio a pessoa portadora de doença grave e carente de recursos econômicos, visto tratar-se de dever do Estado, em sentido amplo, e direito fundamental do cidadão.** Nessa perspectiva mais abrangente, do enfoque constitucional dos direitos e deveres envolvidos no caso concreto, afasta-se a discricionariedade dos atos administrativos, permitindo-se a chamada "judiciabilidade das políticas públicas", impondo-se ao Poder Público a superação de eventuais obstáculos através de mecanismos próprios disponíveis em nosso ordenamento jurídico, pois no plano das políticas públicas onde e quando a Constituição Federal estabelece um fazer, ou uma abstenção, automaticamente fica assegurada a possibilidade de cobrança dessas condutas comissiva ou omissiva em face da autoridade e/ou do órgão competente. (PARANÁ, JFPR, Reex. Nec. nº 0770465-6, Rel. Des. Adalberto Jorge Xisto Pereira, 2011). (Grifo meu)

As políticas públicas estão entrelassadas com o orçamento público, afinal a decisão de gastar é, fundamentalmente, uma decisão política. O Administrador elabora

um plano de ação, descreve-o no orçamento, aponta os meios disponíveis para seu atendimento e efetua o gasto.” MANICA (2010, p. 03, apud Régis Fernandes de OLIVEIRA).

Em face do Princípio da Legalidade das despesas públicas, o Administrador Público é obrigado a observar as autorizações e limites impostos pelas leis orçamentárias, e a não observação das leis, pode impor ao Administrador crime de responsabilidade, previsto no art. 85, inciso VI, da CRFB/88. (MANICA, 2010).

Desta forma, não tem o Legislador, total liberdade para incluir nesta Lei Orçamentária aquilo que lhe convém, como também o Administrador que não pode dispor de recursos da forma que quiser, pois terá de observar as leis orçamentárias. É o que dispõe Scaff (2005, p. 220):

[...] não há total e completa Liberdade (de conformação) do Legislador para incluir neste sistema de planejamento o que bem entender. O legislador e muito menos o administrador não possuem discricionariedade ampla para dispor dos recursos como bem entenderem.

Mas olhando de outro âmbito, mais especificamente do Princípio da Eficiência, o Estado deve garantir estes direitos, e ser eficiente em seus serviços públicos oferecidos à sociedade. Mas este é um princípio inalcançável, pois sempre que o Estado consegue se adequar a uma tecnologia ou a uma necessidade nova que qualifique os serviços, algo novo aparece e ela precisa novamente se adequar. Mas isso nem sempre é possível, pois a Administração Pública funcionava vagarosamente, e os recursos são escassos e indisponíveis.

Há então um exemplo que podemos pensar em relação a isso. É sabido que o efetivo da Polícia Militar não é suficiente para atender toda a população, do Estado de Santa Catarina, mas se quisesse aumentar esse efetivo, o Estado deveria fazer a seleção por meio de concursos públicos, o que implica recursos, precisará ainda de mais recursos, para o pagamento deste novo efetivo. Se ele, o Estado, precisa de recursos para contratar mais 1000 policiais, até ele ter esta verba, a necessidade já não será mais de 1000 policiais, será de 5000 policiais, pois a população aumenta, e a necessidade já será outra. É um exemplo um tanto quanto exagerado, mas que pode ocorrer na sociedade atual em que vivemos, necessidades surgem a todo o momento, e como é bem conhecido de todos, a violência também.

A Segurança Pública é necessária para convivência em sociedade, e a falta desta propicia oportunidades aos mau intencionados.

Desta forma, pode-se perceber que o limite financeiro, para a concretização dos Direitos é um dos principais limites, como assim demonstra Ingo Sarlet (2001, p. 286):

Sustenta-se por exemplo, inclusive entre nós, que a efetivação destes direitos fundamentais encontra-se na dependência da efetiva disponibilidade de recursos por parte do Estado, que, além disso, deve dispor do poder jurídico, isto é, da capacidade jurídica de dispor.

Outro lado do problema financeiro, é o local ao qual as verbas estão sendo injetadas. SILVA FILHO e GALL falam sobre um incentivo perverso, que incentiva o investimento das verbas em locais que não tem como plano a prevenção da violência (2001, p. 200):

Definimos incentivos perversos como mecanismos, estabelecidos por leis ou costumes, que premiam comportamentos que prejudicam a consecução dos propósitos das intuições. Os incentivos perversos desviam recursos e motivação da polícia para prevenir o crime; recursos esses que passam a sustentar burocracias inchadas e as enormes unidades especializadas e de caráter repressivo, onde se concentram os excessos de violência policial. Os incentivos perversos geram um sistema de aposentadorias que absorve aproximadamente dois quintos do orçamento da Secretaria de Segurança Pública do Estado de São Paulo. Somente a Polícia Militar mantém aproximadamente 35 mil pensionistas, ou um pensionista para cada dois homens em serviço ativo. [...] O Banco Interamericano de Desenvolvimento estima o custo da violência no Brasil em US\$ 84 bilhões, ou mais de 10% do Produto Interno Bruto (PIB). A Fundação Getúlio Vargas avalia tal custo em 8,5 % do PIB. Partindo do PIB da Grande São Paulo, que é de US\$ 103 bilhões, o custo da violência é estimado em US\$ 8,5 a 10,5 bilhões, incluindo-se os gastos com a polícia (US\$ 2 bilhões), com o Judiciário e as prisões (US\$ 1 bilhão) mais as perdas em vidas humanas, feridos, perdas materiais e custos de serviços particulares de segurança.

Com esses dados apresentados pelos autores supracitados verifica-se que, o investimento na Segurança Pública, é um investimento de "dinheiro jogado fora", pois o

Estado aplica na remediação do problema, e não na sua prevenção. Ou seja, além de o Estado contar com recursos escassos, aquilo que há para injetar na Segurança Pública, é injetado em Políticas Públicas defasadas que não solucionam o problema da violência.

É necessário o investimento em Políticas Públicas de prevenção, como exemplo em nosso País, as Unidades de Polícia Pacificadora – UPP's do Rio de Janeiro, que promove a aproximação entre a população e a polícia. Eles buscam recuperar territórios perdidos para o tráfico e levam a inclusão social à parcela mais carente da população.

Criadas pela atual gestão da secretaria de Estado de Segurança, as UPPs trabalham com os princípios da Polícia Comunitária. A Polícia Comunitária é um conceito e uma estratégia fundamentada na parceria entre a população e as instituições da área de segurança pública. O governo do Rio está investindo R\$ 15 milhões na qualificação da Academia de Polícia para que, até 2016, sejam formados cerca de 60 mil policiais no Estado. Sobre Unidade de Polícia Pacificadora- UPP. Disponível em <http://upprj.com/wp/>

Essa é uma ideia nova, e que vem ganhando espaço, pois juntando a comunidade com a polícia, será possível prevenir a violência. (GOMES e LEMOS, 2002, P. 134):

A terminologia encabeça hoje a tese das mais altas autoridades do país ao mais humilde cidadão como uma das soluções para a polícia brasileira.

É a polícia de proximidade, de cidadania, comunitária, conforme é denominada a filosofia e estratégia organizacional de polícia que em diversos países, se traduz na perfeita integração e participação comunitária na solução dos problemas de Segurança Pública.

É este tipo de investimento financeiro que o Estado precisa para poder mudar o quadro de crescimento da violência em nosso País.

Cursos de qualificação e conscientização dos agentes de Segurança Pública, também são importantes, estes precisam enxergar que o que poderá diminuir a criminalidade, é a prevenção.

## **2.2 Capacidade Financeira dos Indivíduos;**

O Direito Fundamental à Segurança Pública, como já demonstrado é dever do Estado em garantir, pois ele assumiu apenas para si este dever, tornando assim um monopólio, pois ele, o Estado não admite que outros exerçam esta função.

Quando o Estado falha na garantia de um Direito Fundamental, aquele indivíduo que tem uma melhor condição financeira, procura os serviços privados para suprir esta falta das Políticas Públicas.

Porém, é importante ressaltar que estes serviços privados, só são permitidos para a proteção da propriedade privada, não pode qualquer empresa de segurança privada, exercê-la em locais públicos.

Diante disto, há os questionamentos sobre as empresas de segurança que fazem o transporte de dinheiro para os Bancos, pois estas se locomovem em vias públicas. Porém, estes, mesmo com todo o seu poder de fogo, só possuem permissão para fazer a segurança do dinheiro. Um exemplo é que se estes serviços privados, ao fazerem o transporte dos valores, constatarem um furto há uma residência, não terão permissão para agir, pois a segurança pública só cabe ao Estado.

Isso pode ser visto no art. 144 da CRFB/88, citado anteriormente neste trabalho, pois a Lex Magna, quando diz ser de responsabilidade do Estado a segurança pública, ele elenca os órgãos ao qual garantiram este Direito Fundamental, desta forma deixa claro, que a segurança Pública deverá ser exercida somente por ele.

Quando se trata de Segurança, o que se procura são as empresas de Segurança Privada, que crescem a todo momento e lucram altamente diante da insegurança que a população sente.

Com o aumento da criminalidade, a população com condição financeira maior, busca a Segurança Privada para suprir a falta da Pública. Isso ocorre principalmente nos bairros de classe média ou nobres. (GOMES e LEMOS, 2001, p. 148):

Acudados pelo aumento da criminalidade manifesto nas tristes estatísticas de crimes, a população busca alternativas para sua proteção num intuito, não de substituir a ação da Segurança Pública mas por ter condição financeira para tal, contribuir subsidiariamente para o aumento da segurança. Tal fato verifica-se principalmente em bairros de classe média e bairros nobres especialmente em relação à proteção de condomínios verticais, já que o número de ataques a tais edificações tem aumentado assustadoramente, além do que, em tese, um sistema de proteção nas ruas melhoraria a segurança do cidadão no momento em que



está mais vulnerável, que é em seu automóvel na entrada ou saída da garagem na abertura da porta ou para ingresso na via.

Este é um mercado altamente lucrativo e que além de movimentar o dinheiro no País, gera mais empregos que o setor público. (GOMES, LEMOS, 2002, p. 142):

A despeito das irregularidades e distorções, a Segurança Privada é um negócio que movimenta 4,5 bilhões de dólares por ano no Brasil, representando 3,5% do PIB, mais de um bilhão só em São Paulo, tendo atualmente um crescimento anual de 9% a 10%, empregando duas vezes mais que o setor Público. É para levarmos em conta por exemplo o mercado americano que faturou no ano 2000, 92 bilhões de dólares com Segurança Privada, cifra que é 70% maior que os investimentos públicos no setor.

Seria então de interesse do Estado garantir amplamente e sozinho o Direito Fundamental à Segurança Pública?? Pois o Estado ganha de várias formas com a Segurança Privada, na forma de imposto e com a geração de emprego.

Porém, mesmo sendo uma forma de apoio à Segurança, pois desta forma caberia ao Estado apenas garantir o Direito para aqueles que podem contratar o serviço privado, em nosso País, este serviço privado não é visto com bons olhos pelo serviço público. (GOMES, LEMOS, 2002, p. 142):

Nos EUA a Segurança Pública incentiva de forma direta a implantação de sistemas eletrônicos. No Brasil a Segurança Pública vê na Segurança Privada um concorrente e não um aliado. As centrais de emergência policial são refratárias em atender as chamadas de pânico de empresas de monitoramento de alarme "Não vamos trabalhar para empresas privadas!" é a visão policial, quando na verdade a preocupação deveria ser o que gerou alarme e não quem está acionando a polícia!

Desta forma, para a Segurança Privada ter um bom resultado deve ter apoio da Segurança Pública, pois o problema não é apenas daquele que contratou o serviço privado, mas sim de toda a sociedade.

Exemplo dado por GOMES e LEMOS, é de que "um ataque a um carro de transportes de valores na via pública não é apenas uma questão de Segurança Privada,

mas sim de Segurança Pública, pelo número de vidas e patrimônios que estarão sob risco.” (2001, p. 143).

Outro tipo de Segurança Privada muito recorrente em nosso País, é aquela clandestina, que é feita na maioria das vezes por cidadãos que fazem rondas noturnas de moto ou bicicleta, mas que não possuem nenhuma especialização, conhecimento ou autorização para prestar este tipo de serviço, pois na maioria das vezes são “bicos” feitos como forma de agragar um valor à sua renda. O cidadão pressionado pela insegurança que sente, e pela ineficácia do serviço do Estado acaba por contratar este serviço privado. (GOMES e LEMOS, 2002, p. 148):

Diante desse quadro está surgindo um grande e perigoso mercado paralelo de segurança clandestina que são as Empresas especialistas em segurança de quarteirão. O que no passado era um subemprego de vigias noturnos, “bico”, para vigilantes desempregados, agora está disseminando principalmente nos bairros nobres com empresas que se apresentam como legalmente constituídas mas que na verdade possuem registros falsos, autorização para funcionamento da Polícia Federal falsificados, pois cabe à Polícia Federal através de suas Delegacias Especializadas de Controle de Segurança Privada e respectivas Comissões de Vistoria, o controle e fiscalização das atividades de segurança privada no país.

Ainda outra forma de Segurança Privada clandestina, são as milícias de policiais, onde cobram corcivamente daquela comunidade em que se instalou, o valor para garantir sua segurança. Assim, aqueles que deveriam garantir a segurança em nome do Estado, a garantem pela via privada. Porém nestes locais a única violência existente é a própria milícia.

Dentre estes policiais que cobram para fazer a segurança que é incumbido à eles fazerem como representantes do Estado, tem aquele que faz durante seu horário de expediente, e aquele que faz após o seu horário. Em qualquer das duas situações, fica demonstrado o nível da Segurança Pública. (GOMES e LEMOS, 2002, p. 149):

Os cidadãos apavorados com a violência desconhecendo a legislação e até por imaginar que é lícita tal situação acabam por cair na artimanha desses “camelôs da segurança”.

Pior ainda, quando tais proponentes do serviço são policiais da área pois estarão demonstrando já seu caráter de péssimo

profissionalismo e que vão vender proteção justamente onde tem o dever legal de atuar. Nesse caso além de criminoso como veremos adiante é extremamente imoral deixando no cidadão um ar de eventual extorsão. Imaginemos um caso concreto em que 4 edifícios de uma mesma rua se cotizem e pague ta “serviço” e 2 não paguem. Qual será a conduta dos agentes ao pressentirem um crime se passando contra pessoas não pagantes? Se omitirão? E se forem policiais que têm o dever de intervir? E se imaginarmos que tais agentes ainda poderão estar servindo de informantes para criminosos atuarem contra os não pagantes?

Ao Estado cabe garantir a Segurança nas áreas públicas, e as empresas de Segurança Privada podem tão somente exercer segurança patrimonial em estabelecimentos e áreas privadas, e a proteção de bens na via pública poderá ser feita através da autorização para realizar transporte de valores e escolta armada e a proteção de pessoas através de autorização específica para realizar segurança pessoal. (GOMES e LEMOS, 2002).

Conclui-se que ao Estado interessa que aqueles que possuem condições contratem a Segurança Privada, pois assim ele se exonera de parte do que é seu dever garantir. Ficando sob sua responsabilidade apenas a Segurança daqueles que não tem condições de arcar sozinho com o serviço, o que em nosso País é a maior parte da população.

Porém, os órgãos de Segurança Pública, veem este serviço privado com maus olhos, como se o seu serviço fosse precarizado, o que é uma verdade. Deveriam então estes serviços, se utilizar da Segurança Privada como um apoio ao seus serviços, e assim trabalharem conjuntamente para garantir este Direito Fundamental.

### **2.3 Garantia do Mínimo Existencial.**

A sociedade avança e cresce rapidamente, em todos os aspectos, e conforme ocorrem estes crescimentos, surgem as necessidades humanas a serem supridas pelos escassos recursos financeiros.

Algumas destas necessidades só podem ser supridas pelo Poder Público através de seus serviços, pois como é sabido, vivemos em uma sociedade onde as classes são desiguais, não tendo aqueles de classe mais inferior, aos quais são maioria, condições de custear as suas necessidades. Aí apresenta-se o dever do Estado. (SCAFF, 2005).

Como foi visto nos tópicos anteriores, os limites para a imposição total do Direito Fundamental à Segurança Pública, passam pelo limite financeiro seja sua excasses ou a injeção de verbas em Políticas Públicas defasadas, e passam pela capacidade financeira das pessoas, onde aqueles que possuem condições econômicas melhores, contratam a Segurança Privada. Desta forma cabe ao Estado garantir a Segurança para aqueles que não possuem as condições de arcar com as despesas do serviço privado.

O Estado por sua vez, garante somente o mínimo, que de forma alguma, alcança à todos aqueles que não conseguem sozinhos arcar com suas necessidades.

Porém, este mínimo existencial trata daquilo que é essencial para que o cidadão possa viver com dignidade, ou seja, de acordo com o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, e isto vai bem mais além da idéia de mínimo pensado pelo Estado. PORTELLA, diz que é dever do Estado garantir apenas aos pobres, e não a toda população. (2007):

Em primeiro lugar pela entrega direta de prestações de serviço público específico e indivisível, gratuitas através da atuação das imunidades das taxas e dos tributos que dependem de prestações, como nos casos da educação primária e da saúde pública. A proteção da liberdade pode se dar, também, por subvenções e auxílios financeiros a entidades filantrópicas e educacionais, tanto públicas como privadas. A entrega de bens públicos, como roupas, remédios e alimentos, nos casos de calamidade pública, ou como forma de assistência social a pessoas carentes, através do fornecimento de merenda escolar, leite, etc, não depende de pagamento, porque se trata de proteção do mínimo existencial. **No entanto, é necessário ressaltar que a ação estatal deve se restringir à entrega de bens necessários à sobrevivência dos pobres, pois ao Estado não compete a concessão de bens e serviços a toda a população.**

Como não seria dever do Estado a concessão de bens e serviços à toda a população? Pois a Lex Magna, garante Direitos Fundamentais à todos, e ainda nos diz que todos são iguais perante a Lei. Desta forma o serviço deve ser oferecido à todos, e o Estado que se qualifique para que a Constituição seja levada à sério. Assim expõe o caput do já citado artigo 5º da CRFB/88:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros

residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (BRASIL, 2012)

Já bem entende o STF, que este mínimo existencial, deve estar de acordo com a Dignidade da Pessoa Humana, onfere-se, por meio do julgado ARE 639337 AgR/SP, que teve como relator o Ministro Celso de Mello, julgado em 23/08/2011 (Inteiro Teor do Acórdão em anexo p. 50).

Trata-se o caso de sentença que obrigou o Município de São Paulo a matricular crianças de até cinco anos de idade em unidades de ensino infantil próximas de sua residência ou do endereço de trabalho dos pais, sob pena de multa diária por criança não atendida.

Em sua decisão o STF considerou que a reserva do possível não poder ser invocada pelo Poder Público, afim de frustrar um Direito Fundamental. E nem pode o Estado garantir o mínimo existencial de forma precária, mas sim aquele mínimo que esteja de acordo com uma existência digna, ou seja, com a Dignidade da Pessoa Humana.

Fica ainda a Dignidade da Pessoa Humana a plena fluência de Direitos Sociais básicos como o Direito à Educação, o Direito de Proteção Integral à Criança e ao Adolescente, o Direito à Saúde, o Direito à Assistência Social, o Direito à Moradia, o Direito à Alimentação e o Direito à Segurança. Segue um trecho da ementa do julgado:

**A CONTROVÉRSIA PERTINENTE À “RESERVA DO POSSÍVEL” E A INTANGIBILIDADE DO MÍNIMO EXISTENCIAL: A QUESTÃO DAS “ESCOLHAS TRÁGICAS”.**

-A destinação de recursos públicos, sempre tão dramaticamente escassos, faz instaurar situações de conflito, quer com a execução de políticas públicas definidas no texto constitucional, quer, também, com a própria implementação de direitos sociais assegurados pela Constituição da República, daí resultando contextos de antagonismo que impõem, ao Estado, o encargo de superá-los mediante opções por determinados valores, em detrimento de outros igualmente relevantes, compelindo, o Poder Público, em face dessa relação dilemática, causada pela insuficiência de disponibilidade financeira e orçamentária, a proceder a verdadeiras “escolhas trágicas”, em decisão governamental cujo parâmetro, fundado na dignidade da pessoa humana, deverá ter em

perspectiva a intangibilidade do mínimo existencial, em ordem a conferir real efetividade às normas programáticas positivadas na própria Lei Fundamental. Magistério da doutrina. - **A cláusula da reserva do possível - que não pode ser invocada, pelo Poder Público, com o propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar a implementação de políticas públicas definidas na própria Constituição - encontra insuperável limitação na garantia constitucional do mínimo existencial, que representa, no contexto de nosso ordenamento positivo, emanção direta do postulado da essencial dignidade da pessoa humana. Doutrina. Precedentes. - A noção de “mínimo existencial”, que resulta, por implicitude, de determinados preceitos constitucionais (CF, art. 1º, III, e art. 3º, III), compreende um complexo de prerrogativas cuja concretização revela-se capaz de garantir condições adequadas de existência digna, em ordem a assegurar, à pessoa, acesso efetivo ao direito geral de liberdade e, também, a prestações positivas originárias do Estado, viabilizadoras da plena fruição de direitos sociais básicos, tais como o direito à educação, o direito à proteção integral da criança e do adolescente, o direito à saúde, o direito à assistência social, o direito à moradia, o direito à alimentação e o direito à segurança. Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana, de 1948 (Artigo XXV). A PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL COMO OBSTÁCULO CONSTITUCIONAL À FRUSTRAÇÃO E AO INADIMPLEMENTO, PELO PODER PÚBLICO, DE DIREITOS PRESTACIONAIS. - **O princípio da proibição do retrocesso impede, em tema de direitos fundamentais de caráter social, que sejam desconstituídas as conquistas já alcançadas pelo cidadão ou pela formação social em que ele vive. - A cláusula que veda o retrocesso em matéria de direitos a prestações positivas do Estado (como o direito à educação, o direito à saúde ou o direito à segurança pública, v.g.) traduz, no processo de efetivação desses direitos fundamentais individuais ou coletivos, obstáculo a que os níveis de concretização de tais prerrogativas, uma vez atingidos, venham a ser ulteriormente reduzidos ou suprimidos pelo Estado. Doutrina. Em consequência desse****

**princípio, o Estado, após haver reconhecido os direitos prestacionais, assume o dever não só de torná-los efetivos, mas, também, se obriga, sob pena de transgressão ao texto constitucional, a preservá-los, abstendo-se de frustrar - mediante supressão total ou parcial - os direitos sociais já concretizados.** (BRASIL, STF, ARE 639337 AgR, Rel. Min. Celso de Mello, 2011) (Grifo meu).

Ainda nos é encinado pelos Ministros que o Direito já adquirido pelo cidadão, não poderá mais o ser reduzido ou suprimido, sob pena de transgressão ao Princípio da proibição do retrocesso. Necessitamos de avanços nos Direitos Fundamentais, o Direito precisa acompanhar o desenvolvimento da humanidade, e não se prender à conceitos que impeçam a evolução.

Sendo o Direito Fundamental à Segurança Pública, um Direito de segunda geração, dos direitos sociais, não pode o Administrador se esquivar do seu cumprimento. É o que se nota na decisão à seguir:

**ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO CONTROLE E DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, QUANDO CONFIGURADA HIPÓTESE DE ABUSIVIDADE GOVERNAMENTAL. DIMENSÃO POLÍTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ATRIBUÍDA AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INOPONIBILIDADE DO ARBÍTRIO ESTATAL À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICOS E CULTURAIS. CARÁTER RELATIVO DA LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR. CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA CLÁUSULA DA "RESERVA DO POSSÍVEL". NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO, EM FAVOR DOS INDIVÍDUOS, DA INTEGRIDADE E DA INTANGIBILIDADE DO NÚCLEO CONSUBSTANCIADOR DO "MÍNIMO EXISTENCIAL". VIABILIDADE INSTRUMENTAL DA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO NO PROCESSO DE CONCRETIZAÇÃO DAS LIBERDADES POSITIVAS (DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE SEGUNDA GERAÇÃO).**(DISTRITO

FEDERAL, ADPF 45/DF, Rel. Min. Celso de Mello, 2004)

O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana confere ao cidadão a vida digna, e impede que o Estado haja sobre o particular de forma abusiva, como impedindo a pena de morte e outras penas cruéis, garantindo que à ele sempre que necessário, o Estado lhe forneça os medicamentos, lhe garantindo que possa ter educação e cultura, e que possa ir e vir seguramente, ou seja, que um mínimo seja garantido pelo Estado para que o indivíduo possa viver. (BARROSO, 2010, p. 13):

A eficácia *interpretativa* dos princípios constitucionais significa que os valores e fins neles abrigados condicionam o sentido e o alcance das normas jurídicas em geral. A dignidade, assim, será critério para valoração de situações e atribuição de pesos em casos que envolvam ponderação. Por exemplo: o mínimo existencial desfruta de precedência *prima facie* diante de outros interesses; algemas devem ser utilizadas apenas em situações que envolvam risco, e não abusivamente; a liberdade de expressão, como regra, não deve ser cerceada previamente.

Barroso ainda demonstra que o supracitado Princípio, é diferente para cada qual, pois a noção de Dignidade pode ser interpretada de maneiras diferentes de acordo com o que cada indivíduo quer para si. (2010, p. 03):

A dignidade da pessoa humana tornou-se, nas últimas décadas, um dos grandes consensos éticos do mundo ocidental. **Ela é mencionada em incontáveis documentos internacionais, em Constituições, leis e decisões judiciais. No plano abstrato, poucas ideias se equiparam a ela na capacidade de seduzir o espírito e ganhar adesão unânime. Tal fato, todavia, não minimiza – antes agrava – as dificuldades na sua utilização como um instrumento relevante na interpretação jurídica. Com frequência, ela funciona como um mero espelho, no qual cada um projeta sua própria imagem de dignidade.** Não por acaso, pelo mundo afora, ela tem sido invocada pelos dois lados em disputa, em temas como interrupção da gestação, eutanásia, suicídio assistido, uniões homoafetivas, hate speech, negação do holocausto, clonagem, engenharia genética, inseminação artificial post mortem, cirurgias de mudança de sexo, prostituição, descriminalização de drogas, abate de aviões sequestrados, proteção contra a auto-incriminação, pena de morte, prisão



perpétua, uso de detector de mentiras, greve de fome, exigibilidade de direitos sociais. A lista é longa. (Grifo meu)

Por fim o supracitado autor expõe que por vezes alguns aspectos da dignidade poderá ser sacrificado por direitos individuais e sociais, ou seja, de alguns para o bem de todos (2010, p. 15):

É certo que ela deverá ter precedência na maior parte das situações em que entre em rota de colisão com outros princípios, mas, em determinados contextos, aspectos especialmente relevantes da dignidade poderão ser sacrificados em prol de outros valores individuais ou sociais, como na pena de prisão, na expulsão do estrangeiro ou na proibição de certas formas de expressão. Uma última anotação: a dignidade da pessoa humana, conforme assinalado acima, se aplica tanto nas relações entre indivíduo e Estado como nas relações privadas.

Deve-se então ser garantido o mínimo para todos os cidadãos, porém este mínimo deverá ser aquele ligado à Dignidade da Pessoa Humana, para a convivência em sociedade, podendo o cidadão ter seu direito de ir e vir em segurança nas suas atividades do dia-a-dia.

Como o Estado não possui Políticas Públicas capazes de garantir um bom atendimento as demandas daquela maioria da população que necessita do serviço público. Porém mesmo que ele pudesse implantar um serviço público de qualidade, talvez não seria de seu interesse, pois desta forma, aqueles que pagam pelo serviço privado migrariam para o público.

Resta desta forma, ao Estado, garantir apenas o mínimo existencial. O que significa garantir apenas o básico para a sociedade, porém este básico oferecido não está de acordo com a Dignidade da Pessoa Humana, o Estado garanta um mínimo muito abaixo disso.

## **CONCLUSÃO**

Fica claro, que nas funções exercidas pelo Estado, ele deve empregar sempre ótimos meios com qualidade dos serviços, isto em relação à atuação do agente público, pois é importante buscar a qualificação destes, como também recursos tecnológicos condizentes com a necessidade, e em relação também a organização da estrutura da administração Pública, condizente com a disciplina empregada em empresas Privadas, que

por visarem o lucro, trabalham com ótimos meios para alcançar resultados excelentes, devendo ser este o objetivo da Administração Pública para atender as demandas públicas.

Diante de todo o exposto conclui-se que cabe ao Estado por meio de Políticas Públicas condizentes necessita-se garantir um mínimo existencial de forma digna, ou seja, o cidadão precisa estar ciente de que os números da violência diminuíram e vernos órgãos garantidores da Segurança, uma entidade que realmente as garanta, e não ter uma visão de uma ação policial que não surte efeito algum nas estatísticas da violência.

O Estado precisa garantir uma existência ao cidadão de acordo com a Dignidade da Pessoa Humana, e abstrair-se do Princípio da Reserva do Possível, pois este é um fundamento para aquele administrador que apenas quer se escusar de seus deveres, que age apenas na defensiva, o que infelizmente é a maioria em nosso País, o bom Administrador persegue Políticas Públicas de efeito, pesquisando e estudando formas novas de implantá-las.

Enfim, o cidadão necessita dormir, trabalhar, ir e vir no seu dia-a-dia tranquilamente, tendo consciência que o Estado faz eficazmente o seu papel, não necessariamente para zerar os números da violência, mas para diminuí-lo amplamente!

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais: 5 ed. São Paulo: Melhoramentos, 2008. 669 p.

ALMEIDA PRADO, João Carlos Navarro de. **Direito Fundamentais: Direito de Todos? O dever ético constitucional e a reserva do possível.** Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC n. 10, 2007. Disponível em: [http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-10/RBDC-10-259-Joao\\_Carlos\\_Navarro\\_de\\_Almeida\\_Prado.pdf](http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-10/RBDC-10-259-Joao_Carlos_Navarro_de_Almeida_Prado.pdf) (Acessado em 11/09/2011)

ARAÚJO, Francisco Fernandes de. **Princípio da Proporcionalidade: Significado e Aplicação.** Campinas: Editora Copola, 2002. 117 p.

BARROSO, Luís Roberto. **A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação.** 2010. Disponível em [http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2010/12/Dignidade\\_texto-base\\_11dez2010.pdf](http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2010/12/Dignidade_texto-base_11dez2010.pdf)

BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas.** 9 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. 408 p.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 19 ed. São Paulo: MalheirosEditores, 2006. 808 p.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 2012. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm).

BRASIL, STF, RE 559.646 AgR, Rel. Min. Ellen Gracie, julgado em 07/06/2011, acessado em 21/03/2022.

BRASIL, STF, HC 95.009, Rel. Min. Eros Grau, julgado em 06/11/2008, acessado em 25/03/2022.

BRASIL, STF, ADI 2.819, Rel. Min. Eros Grau, julgado em 06/04/2005, acessado em 20/03/2022.

BRASIL, STF, ARE 639337 AgR, Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 23/08/2011, acessado em 20/03/2022.

BULOS, Uadi Lamego. **Constituição Federal anotada**. São Paulo: Saraiva, 2008. 1596 p.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2005. 765 p.

DISTRITO FEDERAL, ADPF 45/DF, Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 04/05/2004, acessado em 18/02/2022.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Interpretação e estudos da Constituição de 1988**. São Paulo: Atlas, 1990.

GABARDO, Emerson. **Princípio Constitucional da Eficiência Administrativa**. São Paulo: Dialética, 2002. 159 p.

GOMES, Sérgio Olímpio. LEMOS, Marcio Tadeu Anhaia. **Insegurança Pública e Privada: Basta de Hipocrisia**. São Paulo: Editora Landmark, 2002. 183 p.

JUSTEN FILHO, Marçal. Empresa, Ordem Econômica e Constituição. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, n 212, abr./jun. 1998, p. 109 a 133.

LEAL, Cesar Barros. JUNIOR, Heitor Piedade. Coord. **A Violência Multifacetada: Estudos sobre a Violência e a Segurança Pública**. Texto - REBELLO FILHO, Wanderley. **Violência Urbana e Segurança Pública**. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2003. 459 p.

MACHADO, Ivja Neves Rabêlo. **Reserva do possível, mínimo existencial e direitos prestacionais**. Disponível em <http://www.iuspedia.com.br> 09 maio. 2008.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. 430 p.

MÂNICA, Fernando Borges. Teoria da Reserva do Possível: Direitos Fundamentais a Prestações e a Intervenção do Poder Judiciário na Implementação de Políticas Públicas. Bahia: Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado, 2010. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-21-MARCO-2010-FERNANDO-MANICA.pdf> (Acessado em 25/03/2022).

MEIRELLES, Hely Lopes. . **Direito administrativo brasileiro**. 30.ed. São Paulo: Malheiros, 2005. 808 p.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 20. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional São Paulo: Malheiros, 2006. 1032 p.

MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo GustavoGonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2008. 1434 p.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2011.944 p.

MORAIS, Janaína Jacolina. **Princípio da Eficiência na Administração Pública**. Revista Acadêmica de Ciências Jurídicas, ETHOS JUS, Edição n.º 03, 2009. Disponível em [http://www.eduvaleavare.com.br/ethosjus/revista3/pdf/principio\\_eficiencia.pdf](http://www.eduvaleavare.com.br/ethosjus/revista3/pdf/principio_eficiencia.pdf)

NETO, Chade Rezek. **O Princípio da Proporcionalidade no Estado Democrático de Direito**. São Paulo: Lemos e Cruz Editora, 2004. 85 p.

OLIVEIRA, Nilson Vieira. Organ. **Insegurança Pública: Reflexões sobre a criminalidade e a violência urbana**. GALL, Norman. SILVA FILHO, José Vicente da. **Incentivos Perversos e Segurança Pública**. São Paulo: Nova Alexandria, 2002. 247p.

PARANÁ, JFPR, Reex. Nec n.º 0770465-6, 5º Câmara Cível, Rel. Des. Adalberto Jorge Xisto Pereira, julgado em 07/07/2011, acessado em 18/02/2022.

PORTELLA, Simone de Sá. **Considerações sobre o Conceito de Mínimo Existencial**. WebArtigos, 2007. Disponível em <http://www.webartigos.com/artigos/considera-ccedil-otilde-es-sobre-o-conceito-de-m-iacute-nimo-existencial/2400/>

REIS, Jorge Renato dos. GOREZEVSKI, Clovis. **Constitucionalismo Contemporâneo: Debates Acadêmicos**. Santa Cruz do Sul: Editora IPR, 2010. 392 p.

SANTA CATARINA. **Constituição Estadual de Santa Catarina**. 2012. Disponível em <http://www.alesc.sc.gov.br/portal/legislacao/docs/constituicaoEstadual/CESC%202012%20-%2063%20e%2064%20emds.pdf>.

SANTOS, Gustavo Ferreira. **O Princípio da Proporcionalidade na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: Limites e Possibilidades**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004. 223 p.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Liv. Do Advogado, 2001.

SCAFF, Fernando Facury. Reserva do Possível, mínimo existencial e direitos humanos. Interesse Público. V.7, nr 32, jul./ago. 2005, 312 p.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros Editora Ltda, 2008. 923 p.

TORRES, Marcus Paulo de Paiva. **A Segurança Pública como um Direito Fundamental**. Congresso Nacional de Segurança Pública. 2008. <http://www.nucleo.ufal.br/gepsjur/anais-connasp/arquivos.html> acessado em 20/03/2022.

## INQUÉRITO DAS FAKE NEWS: UMA ANÁLISE FRENTE AO SISTEMA ACUSATÓRIO

**HELOIZA CRISTINA BARBOSA:**

Bacharelanda em Direito pelo Centro Universitário de Santa Fé do Sul (UNIFUNEC)

RODRIGO ANTONIO CORREA

(orientador)

**RESUMO:** O presente trabalho apresenta como objetivo principal analisar e demonstrar, de forma técnica, a invalidade do inquérito nº 4.781, instaurado pelo Supremo Tribunal Federal para investigar a possível existência de notícias falsas, ameaças e infrações revestidas de calúnia, difamação e injúria contra os ministros da Suprema Corte e de seus familiares. No inquérito, é possível identificar a existência de diversos vícios, como a instauração de ofício pelo presidente do STF e a designação do Ministro Alexandre de Moraes para a condução, sem que houvesse sorteio ou prévia distribuição, ferindo, dessa forma, o princípio do juiz natural. Ademais, foram realizadas variadas medidas constrictivas de direitos fundamentais dos investigados sem a participação do Ministério Público, que é o titular exclusivo da ação penal pública, refutando, assim, o sistema acusatório, adotado no ordenamento jurídico brasileiro. Nota-se, a discrepância do inquérito com a legislação vigente, bem como, com os princípios basilares do processo penal, maculando o contraditório, a ampla defesa e a imparcialidade do juiz. A metodologia de desenvolvimento do trabalho é a dedutiva, uma vez que foi feito estudo bibliográfico, em acervos públicos e privados, levantamento de legislações pertinentes e pesquisa de doutrinas e jurisprudências sobre os pontos apresentados.

**Palavras-chave:** Inquérito nº 4.781. Vícios. Princípios basilares.

**ABSTRACT:** The main objective of this scientific article is to analyze and demonstrate, in a technical way, the invalidity of inquiry nº 4,781, instituted by the Supreme Court to investigate the possible existence of false news, threats and infractions coated with calumny, defamation and injury against the Supreme Court justices and their families. In the inquiry, it is possible to identify several vices, such as the opening of an official letter by the president of the STF and the appointment of Minister Alexandre de Moraes to conduct it, without a draw or prior distribution, thus violating the principle of the natural judge. Furthermore, various measures restricting the fundamental rights of the investigated were carried out without the participation of the Public Ministry, which is the exclusive holder of the public criminal action, thus refuting the accusatory system adopted in the Brazilian legal system. Note the discrepancy of the inquiry with the current legislation, as well as with the basic principles of the criminal procedure, tarnishing the adversary, the

broad defense and the impartiality of the judge. The methodology for developing the work is deductive, since a bibliographical study was carried out in public and private collections, a survey of pertinent legislation and research on doctrines and jurisprudence on the points presented.

**Keywords:** Inquiry. Addictions. Basic principles.

**SUMÁRIO:** 1 Introdução. 2 Sistemas processuais penais. 2.1 Sistema inquisitivo. 2.2 Sistema acusatório. 2.3 Sistema misto ou inquisitivo garantista. 3. Inquérito 4.781/2019. 3.1 Violação do sistema acusatório. 3.2 Violação do princípio do juiz natural. 3.3 Violação da titularidade do Ministério Público na condução da investigação. 3.4 (Im) competência do STF para a condução do Inquérito 4.781. 4 Processo judicialiforme (ação penal ex officio). 5 Conclusão. 6 Referências.

## 1 INTRODUÇÃO

No presente trabalho será analisado o inquérito nº 4.781, nomeado como Inquérito das Fake News, cujo objetivo é a investigação de possível existência de notícias falsas, bem como ameaças e infrações revestidas de calúnia, difamação e injúria contra os ministros do Supremo Tribunal Federal e de seus familiares.

A relevância de tratar o assunto se efetiva pela existência de inúmeros vícios na abertura e condução do inquérito, implicando em ofensas às normas e garantias fundamentais, demonstrando uma atitude anormal e autoritária dos membros da Suprema Corte, que deveria ser a guardiã da Constituição Federal.

Importante esclarecer que não se tenciona nesse artigo defender a impunidade de eventuais crimes cometidos contra os ministros da Corte, mas sim que seja aplicado o procedimento constitucionalmente adequado. O estudo aqui apresentado não são dirigidas em face da instituição ou de pessoas, mas tão somente ao método absolutamente inadequado adotado no inquérito.

Isto posto, a problemática reside o seguinte aspecto: tendo em vista as normas constitucionais e aos princípios processuais, pode um inquérito ser instaurado de ofício pelo presidente do Supremo Tribunal Federal? Pode ocorrer a designação de ministro para presidi-lo sem a prévia distribuição? E, por fim, o pedido de arquivamento formulado pela Procuradora-Geral da República pode ser rejeitado?

Na procura das respostas para os problemas, o trabalho tem como objetivo geral analisar e demonstrar, de forma técnica, a invalidade do Inquérito nº 4.781.

E, como objetivos específicos esclarecer como funcionam os mecanismos de investigação, demonstrar violações aos princípios constitucionais, analisar a competência para presidir o inquérito policial e estudar sobre a possibilidade de rejeição de promoção de arquivamento.

Quanto à abordagem da temática estudada, será utilizado o método de pesquisa dedutivo, sendo realizados estudos bibliográficos, em acervos públicos e privados, levantamento de legislações pertinentes e pesquisa de doutrinas e jurisprudências sobre os pontos apresentados.

Para melhor explanação do tema será desenvolvido um capítulo para estudar os sistemas processuais penais e os demais tópicos para abordar sobre as polemicas acerca do inquérito das Fake News.

## **2 SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS**

Os sistemas processuais penais são concernentes à interação existente entre o julgador, promotor e defesa.

O conceito de um sistema processual é o complexo de leis vigentes no ordenamento jurídico, que funcionam de uma maneira organizada e coordenadas entre si. Dessa forma, o sistema é caracterizado pela existência de uma ideia fundadora e de um conjunto de regras que decorrem dessa premissa.

No direito comparado, existem três espécies de sistemas processuais, sendo elas: sistema inquisitivo, sistema acusatório e o sistema misto, também conhecido como inquisitivo garantista.

### **2.1 Sistema inquisitivo**

O sistema inquisitivo tem origem nos regimes monárquicos, na qual contempla um processo judicial em que pode estar concentrado a um único órgão, isto é, à uma única pessoa a função de defender, acusar e julgar.

O juiz é um gestor de provas, em que pode agir de ofício e valorar provas como bem entender. Ocorrendo aqui um alto grau de subjetivismo judicial e, por consequência, tendo interferência direta na imparcialidade do juiz.

Sobre esse sistema, Noberto Avena (2016, p.09) descreve que:

Não existe a obrigatoriedade de que haja uma acusação realizada por órgão público ou pelo ofendido, sendo licito ao juiz desencadear o processo criminal *ex officio*. Nesta mesma linha, faculta-se ao



magistrado substituir-se às partes e, no lugar destas, determinar, também por sua conta, a produção das provas que reputar necessárias para elucidar o fato.

Nota-se que no sistema inquisitorial o investigado quase não detém garantias, tal como o devido processo legal, ampla defesa ou contraditório, o que dá margem para que ocorra excessos. Por esse motivo, em regra, o processo é de caráter sigiloso, sendo atribuído pelo próprio juiz por meio de ato discricionário.

Não há se falar aqui em paridade de armas, pois nítida é a posição de desigualdade entre as partes. No referido sistema há restrições até mesmo na defesa do acusado, não sendo possível, inclusive, manifestar-se após a acusação.

## **2.2 Sistema acusatório**

O sistema acusatório é caracterizado pela separação completa do órgão acusador, defensor e julgador, que fica a cargo de pessoas distintas, não podendo, em hipótese alguma, se fundirem.

É assegurado ao acusado todas as garantias constitucionais, como o devido processo legal, o contraditório, a ampla defesa, a presunção de inocência e o direito de manifestar-se após a acusação. Além disso, em regra, serão públicos os atos processuais, salvo as hipóteses expressamente previstas em lei.

Nesse sistema, o magistrado se encontra em uma posição de terceiro imparcial, não podendo fazer interferências nas investigações, bem como na coleta de provas, sendo somente um receptor destas.

Convém mencionar que, as partes possuem isonomia processual, isto é, o órgão acusador e a defesa ficam em posição de igualdade no processo, sendo-lhes garantidas as mesmas oportunidades de intervenção.

Sobre o assunto, Lopes Júnior (2008, p.59) discorre:

O sistema acusatório é um imperativo do moderno processo penal, frente à atual estrutura social e política do Estado. Assegura a imparcialidade e tranquilidade psicológica do juiz que irá sentenciar, garantindo o trato digno e respeitoso com o acusado, que deixa de ser mero objeto para assumir sua posição de autêntica parte passiva do processo penal.

Ressalta-se que, apesar de não haver uma posição uniforme sobre o sistema processual adotado no Brasil, a doutrina majoritária, bem como o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, em diversas decisões, apontam o sistema acusatório como o que predomina no país.

Para Noberto Avena (2016, p.12), a consagração do sistema acusatório está explícita em diversas disposições da Constituição Federal, em especial aquelas que referem-se a obrigatoriedade de fundamentação das decisões (art. 93, IX), as garantias de isonomia processual (art. 5º, I), do juiz natural (art. 5º, XXXVII e LIII), do devido processo legal (art. 5º, LIV), do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LV), como também o da presunção de inocência (art. 5º, LVII).

### **2.3 Sistema misto ou inquisitivo garantista**

O sistema misto é considerado como a fusão entre os sistemas supramencionados, ou seja, um modelo intermediário do sistema acusatório e inquisitivo.

Porquanto, no mesmo momento em que há o respeito às garantias constitucionais, como presunção de inocência, contraditório e ampla defesa, encontra-se alguns fragmentos do sistema inquisitivo.

Nesta perspectiva:

As funções de acusar, defender e julgar são entregues a pessoas distintas. Na fase do julgamento, o processo é oral, público e contraditório (*oralement, publiquement et contradictoirement*), contudo, as duas primeiras fases são secretas e não-contraditórias. No processo tipo misto ou acusatório formal, na fase da investigação preliminar e da instrução preparatória, observa-se o processo do tipo inquisitivo e na fase de julgamento o processo do tipo acusatório" (MUCCIO, 2000, p. 65).

Percebe-se que no sistema misto a sua principal característica é ser bifásico, com uma fase inicial inquisitiva, em que há investigação preliminar com instrução secreta e escrita, sem contraditório e ampla defesa. Por outro lado, a fase processual tem a predominância do sistema acusatório, o qual observa todas as garantias constitucionais, especialmente a paridade de armas asseguradas ante a separação das funções de acusar, defender e julgar.

### **3 INQUÉRITO 4.781/2019**

Primordialmente, importante salientar que o inquérito policial é um procedimento persecutório de caráter administrativo, é inquisitivo, preparatório, sigiloso e presidido pelo delegado de polícia.

Compreende-se em um procedimento anterior à existência do processo judicial (ação penal), nele consiste no conjunto de diligências realizada pela polícia judiciária para obtenção de elementos informativos que apontem a autoria e comprovem a materialidade da infração penal investigada.

Possui como destinatário imediato o Ministério Público, que, conforme previsto no artigo 129, I, da Constituição Federal, é o titular da ação penal pública, e o ofendido, que é o titular da ação penal privada, conforme estabelece o artigo 30, do Código de Processo Penal. Já como destinatário mediato tem o juiz, que se utiliza dos elementos de informações constantes no inquérito policial, para o recebimento da peça inicial e para a formação do seu convencimento.

O inquérito nº 4.781, nomeado como "Inquérito das Fake News", foi aberto em março de 2019, pelo ex-presidente do Supremo, Dias Toffoli, para investigar a existência de notícias falsas, denúncias caluniosas, ameaças e infrações revestidas de calúnia, difamação e injúria contra os ministros da Corte e de seus familiares.

Contudo, a abertura e a condução do Inquérito 4.781 mostra-se a existência de vícios passíveis de questionamentos e debates entre especialistas jurídicos.

### **3.1 Violação do sistema acusatório**

Embora não haja no Brasil um consenso à despeito do sistema processual adotado, para maioria dos doutrinadores, o artigo 129, I, da Constituição Federal, na qual aduz que o Ministério Público é o titular exclusivo da ação penal pública, é um indicio de que predomina no país o sistema acusatório.

Todavia, refutando o sistema referido, na Portaria GP n. 69, de 14/03/2019, que deu início ao Inquérito das Fake News, é possível observar que foi instaurado de ofício pelo então presidente da Suprema Corte, Dias Toffoli, bem como, foi designado o Ministro Alexandre de Moraes para que presidisse o feito, utilizando como justificativa o art. 43 do RISTF (Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal), em que consta a seguinte redação: "Ocorrendo infração à lei penal na sede ou dependência do Tribunal, o Presidente instaurará inquérito, se envolver autoridade ou pessoa sujeita à sua jurisdição, ou delegará esta atribuição a outro Ministro" (*STF*, 1980, p. 03).

Verifica-se ainda, que nos demais casos, ou seja, não ocorrendo infração à lei penal nas dependências do Tribunal, o §1º do referido artigo estabelece que o presidente poderá agir conforme dispõe o caput.

À vista disso, percebe-se então que o regimento atribuiu poderes para que o presidente, de ofício, procedesse abertura de inquérito em casos de crimes que envolvem os ministros do STF.

Contudo, importante trazer a lume, que o RISTF foi criado no ano de 1980, ou seja, sob a égide da Constituição de 1967, inicialmente inquisitória, o que pode-se concluir que o artigo 43 do regimento não foi recepcionado pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Isso porque, a Carta Magna consagra expressamente o sistema acusatório quando outorga ao Ministério Público a titularidade exclusiva da ação penal pública. Visando, dessa forma, impedir a concentração de poder, assemelhando-se, assim, ao próprio princípio da separação dos poderes, em que a função de acusar, defender e julgar devem ser exercidas por órgão diversos, preservando, sobretudo, a garantia da imparcialidade do magistrado.

Ressalta-se que no texto da portaria, ao relatar que os crimes praticados atingem a honorabilidade e a segurança do STF, dos ministros e seus familiares, é adotado uma opinião em que permite confundir o julgador com a vítima. Nessa perspectiva, Piovezan (2020, p. 49) assevera que, no caso, tem-se uma aberrante instauração de inquérito pela própria vítima, tendo ela o poder de tomar decisões contra seus supostos algozes.

Assim, tendo em vista que não é o papel de um juiz determinar a instauração de um inquérito de ofício, caso o magistrado tome conhecimento de que crimes estão sendo praticados, deve ele encaminhar essas informações ao Ministério Público e à polícia judiciária, para que então seja instaurado o inquérito policial.

### **3.2 Violação do princípio do juiz natural**

Conforme já explanado anteriormente, o ministro Alexandre de Moraes foi designado pelo até então presidente do Supremo Tribunal Federal, Dias Toffoli, por meio da portaria n. 69, para presidir o inquérito das Fake News, sem que houvesse o devido sorteio ou a prévia distribuição do feito.

À vista disso, é possível notar a existência de outro vício no inquérito, consistente na falta de fundamentação na designação do Ministro Alexandre de Moraes para a condução do feito, isso porque não há na portaria supra citada qualquer justificativa do ato, sendo o conteúdo limitado apenas à indicação, ficando, assim, em aberto as razões e critérios adotados para ter escolhido o referido ministro. O que demonstra, nitidamente, o

ato discricionário por parte do presidente da Corte, conduta esta vedada pelo ordenamento jurídico.

No mais, importante frisar que essa designação sem prévia distribuição afronta, não apenas o sistema acusatório, como também o princípio do juiz natural, previsto no artigo 5º, inciso LIII, da Constituição Federal, segundo o qual dispõe que ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente.

Embora, à primeira vista, o dispositivo parece sugerir que se refere apenas à necessidade de observância das regras de competências *ratione materiae*, *ratione personae* e *ratione loci*, é certo que possui alcance bem maior.

Destarte, é possível observar que no inciso LIII a pretensão é tanto assegurar ao acusado o direito de ser submetido a processo e julgamento no juízo competente, como por órgão investido de garantias que lhe assegurem absoluta independência e imparcialidade.

Ademais, forçoso pontuar, que o princípio em estudo também visa garantir ao cidadão o direito de saber prévia e antecipadamente qual o juízo que irá julgá-lo quando vier a cometer algum crime.

É o que dispõe o artigo 5º, XXXVII, da Carga Magna, que veda expressamente a nomeação de um juiz ou a constituição de um tribunal, após a prática de um delito, especialmente para julgar aquele autor. Visando, sobretudo, garantir a imparcialidade do julgador.

Nesse mesmo raciocínio Nucci (2020, p. 158) discorre:

Estabelece o direito do réu de ser julgado por um juiz previamente determinado por lei e pelas normas constitucionais, acarretando, por consequência, um julgamento imparcial. Encontra previsão no art. 5.º, LIII, da Constituição. Seu contraponto é a vedação ao juízo ou tribunal de exceção (art. 5.º, XXXVII, CF), ou seja, a nomeação de um juiz ou a constituição de um tribunal, após a prática do delito, especialmente para julgar o seu autor.

Deste modo, tendo em vista o princípio referido, resta evidenciado a ilegalidade na designação do eminente Ministro Alexandre de Moraes para a condução do inquérito, visto que não há qualquer justificativa e fundamento jurídico para tal ato, sem que houvesse o sorteio ou prévia distribuição.

### **3.3 Violação da titularidade do Ministério Público na condução da investigação**

Importante frisar que no inquérito das Fake News a própria Procuradora-Geral da República, Raquel Dodge, foi privada de seu direito constitucional de participar do processo, na qual, conforme estipula a Carta Magna, é titular.

Neste prisma, a Procuradora-Geral da República manifestou-se no dia 31/07/2019, por meio do Mandado de Segurança nº. 36422, aduzindo que os autos do inquérito referido, não haviam sido remetidos à Procuradoria e, que, pelo fato da investigação correr sob sigilo não teve qualquer acesso ao seu conteúdo, mesmo sendo a titular exclusiva da ação penal pública. Ademais, definiu tal ato como uma situação inusitada, jamais experimentada pelo órgão (MPF, 2019).

Após cerca de 30 dias, a procuradora finalmente teve vista do Inquérito nº 4.781 e, ante as inúmeras irregularidade presentes em sua instauração e condução, promoveu seu arquivamento alegando:

Notícias publicadas em diferentes meios de comunicação, inclusive hoje, anunciam o cumprimento de medidas cautelares penais sujeitas a reserva de jurisdição, sem prévio requerimento nem manifestação determinada por lei desta titular constitucional da ação penal, seja em relação aos parâmetros legais e objetivos que condicionam o deferimento da medida cautelar, seja em relação ao controle externo da atividade policial, que são atribuições constitucionais do Ministério Público (MPF, 2019, p. 02).

De mais a mais, Raquel Dodge (2019, p.04) assevera que: "O sistema penal acusatório estabelece a intransponível separação de funções na persecução criminal: um órgão acusa, outro defende e outro julga. Não admite que o órgão que julgue seja o mesmo que investigue e acuse". Além disso, a procuradora afirma que, em sua função no Supremo defendeu, "de forma intransigente" o sistema penal acusatório no ordenamento jurídico brasileiro, pois, segundo aduz, isso é o que motiva o fortalecimento da justiça.

Ocorre que, o ministro da Corte, Alexandre de Moraes (2019), rejeitou integralmente o pedido de arquivamento do inquérito alegando que: "Não se configura constitucional e legalmente licito o pedido genérico de arquivamento da PGR, sob o argumento da titularidade da ação penal pública impedir qualquer investigação que não seja requisitada pelo Ministério Público".

No entanto, teoricamente, não poderia o ministro rejeitar o pedido de arquivamento formulado pela Procuradora-Geral da República. Isto porque, no caso, não há falar na aplicação do art. 28, do Código de Processo Penal<sup>432</sup>.

Verifica-se que na primeira instância, quando o promotor de justiça apresenta a promoção de arquivamento e o juiz com ela não concorda, será aplicado no caso o artigo 28, do CPP, em que os autos serão remetidos ao Procurador-Geral, para que este proceda com o oferecimento da denúncia.

Todavia, no Inquérito das Fake News não há a possibilidade da aplicação desse artigo, tendo em vista que o pedido do arquivamento foi formulado pela Procuradora-Geral da República, que é a própria chefe da instituição, não havendo, então, nenhum outro órgão superior a esse.

E, por conseguinte, não há qualquer outra previsão legal que possibilita rever a decisão de arquivamento de inquérito policial determinada pela Procuradora-Geral da República. Nesse sentido, assim já decidiu a Suprema Corte:

STF: "(...) 4. Na hipótese de existência de pronunciamento do Chefe do Ministério Público Federal pelo arquivamento do inquérito, tem-se, em princípio, um juízo negativo acerca da necessidade de apuração da prática delitiva exercida pelo órgão que, de modo legítimo e exclusivo, detém a opinião delicti a partir da qual é possível, ou não, instrumentalizar a persecução criminal. 5. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal assevera que o pronunciamento de arquivamento, em REGRA, deve ser acolhido sem que se questione ou se entre no mérito da avaliação deduzida pelo titular da ação penal (STF, Pleno, Inq. 2.341 QO/MT. Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 28/06/2007, DJe 82 16/08/2007).

Nesse mesmo julgado são inúmeros os precedentes citados, assim sendo, é indubitável que quando a promoção de arquivamento é feita pela Procuradoria-Geral da República ela é de atendimento compulsório, salvo quando esse arquivamento tiver o condão de formar coisa julgada formal e material.

### **3.4 (Im) competência do STF para a condução do Inquérito 4.781**

---

<sup>432</sup> Redação em vigência por conta da concessão de liminar na ADI 6305/DF.

Outro questionamento é com relação à competência do Supremo Tribunal Federal para a condução do inquérito. Isso porque, o inquérito nº 4.781 trata-se de crimes cometidos contra os ministros da Corte.

E, analisando o artigo 102, I, da Constituição Federal, percebe-se que a competência por prerrogativa de função abrange exclusivamente os crimes cometidos por certas autoridades e, desde que, relacionado ao exercício funcional, não deixando margem para dúvidas que somente ocorre nos casos de autoria e não quando essas autoridades ocupam a posição de vítimas, como ocorreu no inquérito em estudo.

Corroborando com esse entendimento, Cabette (2020, p.07) discorre:

De acordo com a Portaria da lavra do Ministro Dias Toffoli, tratar-se-iam de casos em que os Ministros e até seus familiares seriam “vítimas” de eventuais infrações penais. Isso não confere ao STF qualquer competência para atuar. A competência, considerando interesse da União e envolvimento de funcionários públicos federais, seria da Justiça Federal comum de primeiro grau, nos exatos termos do artigo 109, IV, CF.

À vista disso, havendo um crime cometido em última análise contra o poder judiciário da União a competência seria de um Juiz Federal de 1º instância, isso porque o artigo 109 da Carta Magna, estabelece que caberá aos juízes federais processar e julgar os crimes contra interesses da União.

É dizer portanto que não possui o STF competência para conduzir o referido inquérito policial, que apura eventuais crimes cometidos contra os próprios ministros da Corte, pois teria no caso a inusitada situação em que as próprias vítimas julgaria seus agressores, afrontando, sobretudo, a imparcialidade do juiz.

#### **4 PROCESSO JUDICIALIFORME (AÇÃO PENAL EX OFFICIO)**

O processo judicialiforme consiste na possibilidade de uma ação penal se iniciar sem a participação do Ministério Público, ou seja, de ter início pelo delegado de polícia através de portaria de sua lavra ou até mesmo pelo próprio juiz. Caracteriza-se, portanto, uma exceção à regra de que é vedado ao juiz dar início à uma ação penal.

Nessa perspectiva, poderia ocorrer a ação penal *ex officio* nos crime de homicídio e lesão corporal de natureza culposa (art. 1º, da Lei nº 4.611/1965), bem como, para apurar contravenções penais (art. 26, do Código de Processo Penal). Assim, é possível verificar que no processo judicialiforme o juiz tem a função tanto de acusar como também de julgar, fazendo, assim, com que o direito de defesa não seja garantido em sua plenitude.



Todavia, os artigos que possibilitavam a ação penal *ex officio* para os crimes referidos não foram recepcionados pela Constituição Federal de 1988, visto que conferiu ao Ministério Público, em seu artigo 129, I, a titularidade exclusiva da ação penal pública.

Apesar de não ter sido ainda encerrado o Inquérito das Fake News, seu andamento foi capaz de causar grande preocupação entre os doutrinadores, tendo em vista a possibilidade de existir um processo judicialiforme, ou seja, uma ação penal instaurada de ofício pelo próprio magistrado.

Dessa forma, ante a não recepção dos artigos, não poderá o Supremo Tribunal Federal proceder com a instauração de um processo criminal de ofício, ao qual violaria a previsão do artigo 129, da Constituição Federal, o princípio do juiz natural e a garantia da imparcialidade do juiz.

## **5 CONCLUSÃO**

O presente trabalho acadêmico teve como objetivo analisar o inquérito nº 4.781, nomeado como Inquérito das Fake News. Tema de suma importância diante do fato que a instauração, condução e decretação de medidas cautelares implica em ofensas aos direitos e garantias fundamentais, bem como no desrespeito das normas jurídicas vigentes.

Sob a ótica do sistema acusatório, que é marcado pela separação entre o acusador, defensor e julgador, a instauração *ex officio* do inquérito nº 4.781 viola não só a Constituição Federal, mas também todo o ordenamento jurídico, que estabeleceu tal sistema na República Federativa do Brasil.

Conforme estudado, o presidente da Suprema Corte designou o ministro Alexandre de Moraes para a condução do referido inquérito, como também, no andamento das investigações, houve a exclusão da participação do Ministério Público, na qual, conforme estipula a Carta Magna, é o titular da ação penal pública, violando, assim, o artigo 129, da Carta Magna e a garantia da imparcialidade do juiz.

Ademais, foi observado a incompetência do Supremo Tribunal Federal para a condução do inquérito, visto que teria no caso, a bizarra situação em que as próprias vítimas julgaria seus agressores.

Situações essas que causam grande preocupação entre os especialistas jurídicos, que temem a possibilidade da existência de uma futura ação penal *ex officio*, o que é completamente vedado no ordenamento jurídico brasileiro.

Logo, percebe-se que tais atos ferem os direitos e garantias constitucionais pelo não cumprimento dos princípios basilares do processo penal, maculando o devido processo legal, o contraditório, a ampla defesa e a imparcialidade do juiz.

Isto posto, restou evidenciado as atitudes inusitadas e autoritárias dos membros de uma instituição que deveria ser a guardiã da Constituição Federal. Portanto, o inquérito das Fake News está revestida de vícios, revelando-se, dessa forma, sua ilegalidade.

## REFERÊNCIAS

AVENA, Noberto. **Processo Penal Esquemático**. 8. Ed. São Paulo, SP: Método, 2016.

BRASIL. **Regimento interno do Supremo Tribunal Federal**. Regimento interno do Supremo Tribunal Federal atualizado até a emenda regimental n. 57/2020. Brasília, DF: Presidência do Supremo Tribunal Federal, [2020]. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF.pdf>. Acesso em: 24 de jul. de 2021.

BRASILEIRO, Renato. Vídeo (17:49). STF – Inquérito nº 4781. **Publicado pelo canal Renato Brasileiro**, 2019. Disponível em: [https://www.youtube.com/watch?v=02\\_RrL7lhXU](https://www.youtube.com/watch?v=02_RrL7lhXU). Acesso em: 17 mar 2021.

CABETTE, E. L.S. **Inquérito Judicial das “Fake News”: as obviedades que precisam ser explicadas**. Disponível em: <https://eduardocabette.jusbrasil.com.br/artigos/854579298/inquerito-judicial-das-fake-news-as-obviedades-que-precisam-ser-explicadas>. Acesso em: 22 de jul. de 2021.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 23. ed. São Paulo, SP: Saraiva, 2016.

CARDOSO, Francisco Vicente. **Inquérito nº 4.781/DF do Supremo Tribunal Federal: Uma análise balizada pelo princípio acusatório**. 2021. 74f. (Graduação em Direito) – UNISUL, Tubarão, SC. Disponível em: <https://repositorio.animaeducacao.com.br/bitstream/ANIMA/14089/1/INQU%C3%89RITO%20N%204.781DF%20DO%20SUPREMO%20TRIBUNAL%20FEDERAL%20%20UMA%20AN%C3%81LISE%20BALIZADA%20PELO%20PRINC%C3%8DPIO%20ACUSAT%C3%93RIO.pdf>. Acesso em: 22 de jul. de 2021.

HOUDALI. M. **Breves considerações sobre os sistemas processuais penais**. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.com.br/sistemas-processuais-penais/>. Acesso em: 19 de jul. de 2021.

LAVOURAS, Natalia, Teixeira. **Releitura do artigo 385 do Código de Processo Penal sob prisma do sistema acusatório**. 2017, 18f (Pós-graduação) – EMERJ, Rio de Janeiro, RJ.

Disponível em:

[https://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos\\_conclusao/1semestre2017/pdf/NathaliaTeixeiraLavouras.pdf](https://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/1semestre2017/pdf/NathaliaTeixeiraLavouras.pdf). Acesso em: 13 de nov. de 2021.

LOPES JUNIOR. Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. Volume I. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

MPF. **Mandado de Segurança nº 36422**. Disponível em:

<https://static.poder360.com.br/2019/08/Manifestacao.pdf>. Acesso em: 23 de jul. 2021.

MUCCIO, Hidejalma. **Curso de Processo Penal**. 1. ed. São Paulo: Edipro, 2000.

NAGIMA, I. M. S. **Sistemas Processuais Penais**. Disponível em:

<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/6193/Sistemas-Processuais-Penais>. Acesso em: 18 de jul. de 2021.

NEVES, G. M. t. **I(legalidade) do inquérito 4781/STF: Inquérito das fake news**.

*Disponível em:* <https://www.metzger.com/projects/ilegalidade-do-inquerito-4781stf-inquerito-das-fake-news-5f634eebb32829001891334a>. Acesso em: 13 de jul. de 2021.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal** – 13. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016.

Rede de Ensino Luiz Flávio Gomes. **Que se entende por processo judicialiforme?**

Disponível em: <https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/87563/que-se-entende-por-procedimento-judicialiforme>. Acesso em: 13 de nov. de 2021.

RODRIGUES. M. P. **Os sistemas processuais penais**. Disponível em:

<https://jus.com.br/artigos/26262/os-sistemas-processuais-penais>. Acesso em: 16 de jul. de 2021.

SILVA, Fernando da Silva e. **Inquérito nº 4.781/stf: análise no sistema acusatório**. 2019.

50f. (Graduação em Direito) – UNIFACVEST, Lages, SC. Disponível em:

<https://www.unifacvest.edu.br/assets/uploads/files/arquivos/05084-silva,-fernando-da-silva.-inquerito-4781-do-stf-analise-no-sistema-acusatorio.-lages,-unifacvest,-2019..pdf>.

Acesso em: 22 de jul. de 2021.

SILVA, R.J. Uma análise do chamado “Inquéito das Fake News” pelo prisma da liberdade de expressão. Disponível em:

<https://conteudojuridico.com.br/consulta/artigos/55043/uma-anlise-do-chamado-inquerito-das-fake-news-pelo-prisma-da-liberdade-de-expresso>. Acesso em: 20 de jul. de 2021.

## **ALIENAÇÃO PARENTAL: CONTORNOS E DEFINIÇÕES**

**FELIPE JOSÉ DE FARIA LEZO:**

Graduando em Direito pelo Centro  
Universitário de Santa Fé do Sul.

EDUARDO CURY

(orientador)

**RESUMO:** Esta pesquisa tem como discussão a alienação parental feita pelo cônjuge de um dos genitores. Assim o objetivo deste estudo é avaliar a alienação parental, quando esta é empreendida pelo cônjuge ou cúmplice de um dos progenitores. Buscando elucidar este ponto, foi feita uma pesquisa bibliográfica nos títulos e na legislação acerca da alienação parental. Em grande parte dos casos de alienação têm conexão com a afastamento conjugal, já que aparecem oportunidades a criação de barreiras na afinidade da criança e do genitor. A seguir, verifica-se o estabelecimento da guarda compartilhada, proporcionando suas modalidades, ponderando, também, a respeito de o domínio familiar e as obrigações a eles intrínsecas. Penetrando no assunto principal da presente pesquisa, verifica-se que a alienação parental, comprovando as condutas típicas do alienador e a índole da criança que sofre da síndrome da alienação parental. Segundo a visão da Lei da Alienação Parental, manifesta-se as penas e adequações aplicadas ao atuante alienador. Relativo as características jurídicas, a lei relativa à Alienação Parental, tem teores que tendem alertar sobre aos peculiares comportamentos do genitor alienante, corroborando a necessidade da percepção da perícia nesses episódios, do mesmo modo como medidas coercitivas que são empregadas a partir do andamento da comprovação da Alienação Parental.

**Palavras-chave:** Alienação Parental. Cônjuge. Legislação.

**ABSTRACT:** This research discusses the parental alienation made by the spouse or partner of one of the parents. It aims to evaluate parental alienation, when the spouse or accomplice of one of the parents undertakes it. Seeking to elucidate this point, a bibliographic research was carried out on the titles and legislation on parental alienation. In most cases of alienation are connected with marital estrangement, as opportunities appear to create barriers in the affinity of the child and the parent. Next, there is the establishment of shared custody, providing its modalities, also considering the family domain and the obligations intrinsic to them. Penetrating the main subject of the present research, it appears that parental alienation, proving the typical behaviors of the alienator and the nature of the child who suffers from the syndrome of parental alienation. According to the view of the Parental Alienation Law, the penalties and adjustments applied to the alienating agent are manifested. Regarding the legal aspects, the law related to Parental

Alienation, has contents that tend to warn about the peculiar behaviors of the alienating parent, corroborating the need for the perception of expertise in these episodes, in the same way as coercive measures that are employed from the progress of the evidence. Of Parental Alienation.

**Keywords:** Parental Alienation. Spouse. Legislation.

## 1.Introdução

O Princípio da Alienação Parental se constituiu no ano de 2010, posteriormente a um longo debate e antecipa ajustes que se principiam com o acompanhamento psicológico e conclui com a plausível aplicação de pena, ou também o perda da guarda da criança a pais que alienarem os filhos. Esta regra altera o artigo 236 do Estatuto da Criança e do Adolescente, constituindo a sucessiva significação para a alienação parental (BRASIL, 2010).

Em implicação as ações causadas pela Alienação Parental, aparece a síndrome da Alienação Parental, que se determina como desenvolvimento psicológico negativo da criança ou do adolescente, praticado agressivamente por seus genitores, parte da família, ou por qualquer indivíduo que consiga sua guarda, cunhando barreiras significativas à conservação dos vínculos afetivos em afinidade aos seus genitores (TRINDADE, 2008).

Este acontecimento não é novo, entretanto, a cada ano ele desperta mais atenção por conta dos recorrentes episódios. É necessário compreender um pouco a respeito do desenvolvimento da família para poder entender a alienação parental, dado que sua ascendência está ligada às transformações na convivência familiar.

Assim sendo, a nova constituição admite em proteger o matrimônio para resguardar a instituição familiar, livre se ela é proveniente do matrimônio ou não, distinguindo da mesma forma a união estável, a família monoparental como entes familiares, fazendo com que a família deixe de ser patriarcal tornando-se elementar. Por mais conciliador que possa ter o vínculo conjugal, pode-se resultar em implicações desagradáveis para os genitores e para seu filho.

Logo, a alienação parental é um acontecimento danoso à criança e ao adolescente, que têm a afetividade reduzida, derivando em uma série de resultados negativos no que se refere a outros direitos, como o da dignidade do indivíduo e direitos da originalidade, além de ter seu desenvolvimento emocional e psicológico comprometidos, é importante que se dê atenção ao tema e certifique-se de que ele está sendo tratado da melhor maneira possível.

O objetivo deste estudo é avaliar a alienação parental, quando esta é empreendida pelo cônjuge ou cúmplice de um dos genitores.

O procedimento empregado na construção desta pesquisa é a bibliográfica, que incide na apresentação de pensamentos de diversos autores que escreveram a respeito do tema em questão. Desenvolvendo-se uma pesquisa bibliográfica, empregando como base de contribuições de vários autores sobre o assunto visto, por meio de consulta a livros periódicos.

## **2. Evolução Histórica da Família**

Desde os primórdios, o ser humano vem coexistindo em grupos, e foi se encontrando em conjunto para uma qualidade de vida melhor e oportunidades de viver mais, por esse motivo sempre eram vistos em grupos, isso do mesmo modo acontecia como uma maneira de proteção, então, apareceram as primeiras comunidades.

O indivíduo continuamente dependeu uns dos outros, dessa forma a família surge como uma fundação, e elas não se sentem apoiadas quando não tem alguém por perto para ama-las. Por ser um organismo cultural, a família não ajusta a família natural, que vive no Estado, bem antes do Direito. Cada um tem seu lugar e sua função na família, e não tem a obrigação de ter a união biológica (DIAS, 2013).

As transformações vêm ocorrendo com muita constância em toda sociedade, e nas famílias não é desigual, com o passar dos anos, a família vem ganhando diversas configurações, não tendo a obrigação de ser composta no modo convencional. Atualmente, existe diversos tipos de famílias, como: monoparental, homoafetiva, Anaparental, dentre muitas outras presente na sociedade atual. Embora na modernidade das famílias, muitas delas também sofrem muita descriminalização. Abaixo mostraremos diversos exemplos de famílias que podem ter algum tipo de alienação parental

### **2.1 Família Matrimonial**

A família matrimonial é um dos modelos mais comuns em nossa sociedade, constituindo um molde clássico, proveniente de décadas atrás, proveniente da união entre duas pessoas. Assim sendo, Dias, explica que a família matrimonial implica diversas formalidades:

Embora as transformações, sejam muitas as reivindicações à celebração do casamento, de pouco ou quase nada amparando a vontade dos noivos. (...) Cláusulas, condições, regras e até uma certa postura são precedentes e unilateralmente colocadas por lei. Os direitos e deveres são atribuídos para valerem por meio da sua vigência e até posteriormente de sua dissolução pelo divórcio e até

pela morte. Até se poderia chamar o casamento de apropriado contrato de adesão. A abrangência da declaração “sim” constitui o consentimento de ambos os nubentes com o que o Estado institui, de modo rígido, como deveres dos cônjuges. Os noivos podem, no máximo, mediante acordo antenupcial, escolher o regime de bens a valer quando da dissolução do casamento. (DIAS, 2015, p.135, 136).

Este modelo de família é resultante de uma ação protocolar, o casamento, podendo ocasionar entre casais heterossexuais ou homoafetivos.

## 2.2 Família Informal

Este modelo de família é ocasionada por meio de um ato informal, união estável. Sendo capaz de acontecer entre os homoafetivos e heterossexuais. Era corriqueira sua distinção doutrinariamente constituída entre concubinato puro e impuro. O concubinato puro se aludia aqueles indivíduos que não casavam por escolha, visto não haver nenhum obstáculo legal. Agora o concubinato impuro referia-se às afinidades entre um homem e uma mulher, que se constituíam opostamente às condições atribuídas ao casamento, logo, materializadas nos impedimentos matrimoniais.

A lei conferia juridicidade exclusivamente a família circunspeta pelo casamento, vedando quaisquer direitos as relações nominadas de adúlteras ou concubinárias. Apenas a família legítima existia juridicamente. A filiação era dependente ao estado civil dos genitores, só presente reconhecimento ao filho nascido dentro do casamento. Os filhos tidos de relações extramatrimoniais são alvos de espantosa gama de designações de substância pejorativa e discriminatória.

Dessa forma, filhos ilegítimos, naturais, espúrios, bastardos, não possuíam direito, sendo censurados a invisibilidade. Não podiam nem mesmo contestar o sobrenome durante o tempo em que o genitor fosse casado. Essas composições familiares, embora que resignadas pela lei, e pela sociedade, fazendo com que a Constituição as albergasse na apreciação de instituição familiar. Denominou-as de união estável, mediante a indicação de promover sua conversão em casamento, cláusula que, no dizer de Giselda Hironaka, é a mais inútil de todas as inutilidades. A legislação infraconstitucional que veio regular essa nova condição de família completou por praticamente copiando o exemplo oficial do casamento (DIAS, 2015).

[...] As normas civis estabelecem condições para o reconhecimento da união estável, gerando deveres e institui direitos aos conviventes. Afiança alimentos, constitui o regime de bens e avaliza ao sobrevivente direitos sucessórios. Aqui ao mesmo tempo pouco

sobrepõe a vontade do par, sendo aceitável afirmar que a união estável transformou-se em um casamento por usucapião, logo, o decurso do tempo atribui o estado de casado. A exaustiva regulamentação da união estável provoca um dirigismo não querido pelos conviventes, dado que preferiram por não casar. Eles nomearam seu próprio caminho e não desejam qualquer interferência, Como são relações de caráter privado, cabe questionar a legitimidade de sua publicização coacta. (DIAS, 2015, p.136,137).

### 2.3 - Família Homoafetiva

Esta união acontece entre a comunhão de indivíduos do mesmo sexo, que querem estabelecer uma família. Anos atrás, era muito discriminada, entretanto aos poucos foi recebendo seu lugar na sociedade, e evoluindo cada vez mais. Ainda não sendo expressa na Constituição Federal e na legislação infraconstitucional, a união homoafetiva permanece e faz jus à tutela jurídica.

As comunhões homoafetivas é um fato que se confere e não podem ser recusadas, estando a reclamar tutela jurídica, competindo ao Judiciário absorver os conflitos acarretados. Inadmissível que as convicções subjetivas evitem seu enfrentamento e vedem a atribuição de efeitos, relegando à marginalidade de algumas relações sociais, pois a mais cruel consequência do agir omissivo é a perpetração de grandes injustiças. (DIAS, 2005, p. 17).

Por motivo da falta de regulamentação, as uniões homoafetivas podem ser identificadas como entidades familiares no contexto do direito de família. Não existe nenhuma diferença entre as uniões heterossexuais, fazendo jus a identificação de união estável.

### 2.4 - Família Poliafetiva

A família poliafetiva incide quando um indivíduo pode amar e se arrolar com diversas pessoas simultaneamente. Com o aparecimento da união poliafetiva aconteceu uma enorme repercussão na sociedade, já que a cultura vivente é completamente divergente da que compreende essa união. "...Foi analisada nula, além de incidente, é aberto. E revogou classificada como correta afrontando a moral e aos bons costumes." A união poliafetiva não acarreta prejuízo a nenhuma pessoa, quando é aparente que pode amar mais de uma pessoa ao mesmo tempo, sendo impróprio coibir de viver esse "amor".

Assim sendo, para ganhar status de instituto familiar a união poli amorosa necessita ser composta por três ou mais pessoas com baseamento na afetividade e na



consensualidade. Além do mais, é imprescindível que permaneça um singular núcleo familiar e que todos os integrantes do núcleo se pautem entre si, em seguida se o casamento for permitido pela justiça, se torna uma união lícita.

## 2.5 Família Anaparental

Ocorreram diversas transformações na sociedade ao transcorrer do tempo, sobre muitas situações, foram nascendo diversos tipos de família, como a Anaparental. Maria Berenice Dias conceitua:

Apesar que a constituição tenha alargado a importância de família, mesmo assim não enumerou todas as conformações familiares que permanecem. A contenda de gerações não pode transportar seu parâmetro para o reconhecimento de uma composição familiar. Não é verticalidade das conexões parentais em dois planos que permite reconhecer a presença de uma família digna da proteção jurídica. Contudo, olvidou-se o legislador de regular essas entidades familiares. A coexistência entre parentes ou entre pessoas, apesar de não parentes, dentro de uma estruturação com identidade de escopo, atribui o reconhecimento da existência de entidade familiar alcinhada com o nome parental ou Anaparental (DIAS, 2015, p.140).

Esse modelo de família do mesmo modo está crescendo muito em nossa sociedade, e proclama ao mesmo tempo no art., 226 da nossa Constituição, tendo uma ampla proteção estatal.

## 2.6 Família Eudemonista

As divergências entre as famílias foram aparecendo em inúmeros graus. Devido a ampliação frequente, principiaram a ocorrer separações, e ao lado das insatisfações de um dos genitores. Grande parte dos casos, o genitor que tinha a guarda da criança, fazia a cabeça de tal, e deste modo ia extinguindo o conceito de bom pai/mãe que a criança tinha a respeito do genitor, cometendo então nascer a alienação parental.

Diz Maria Berenice Dias:

Para essa nova tendência de identificar a família pelo seu envolvimento afetivo surgiu um novo nome: família Eudemonista, que busca a felicidade individual vivendo um processo de emancipação de seus membros. O eudemonismo é a doutrina que

ênfatisa o sentido da busca pelo sujeito de sua felicidade. (DIAS, 2013, p. 58).

Este tipo de família é calhada pela sua implicação afetiva, quando provém da convivência entre indivíduos, sendo-as por ligações afetivas e solidariedade mútua, como acontece nos casos de amigos que vivem juntos, no mesmo ambiente, dividindo despesas, partilhando alegrias e tristezas, como se irmãos fossem.

Esses fatos são de enorme importância na evolução da criança, já que é por meio desta que é estabelecida pessoas adultas de bom caráter e com verificada autoestima para afrontar os desafios e a adquirir responsabilidades ao longo da vida adulta. "À família tem desempenhos psicossociais de resguardar os seus partes e beneficiar a sua adequação à cultura à qual competem". Necessitando assegurar a sobrevivência dos filhos, o seu desenvolvimento saudável e sua socialização dentro das condutas basilares de comunicação, como da mesma forma acarinha-las, transformando-as em indivíduos bons em obter relações sociais (SALVADOR, 1999).

Assim, temos vários tipos de famílias, em grande parte delas acontecem à alienação, no qual um dos genitores por causa de raiva, ciúme e entre diversos outros motivos não querer a solução do casamento, e com isso o genitor alienante entusiasmo negativamente na concepção cognitiva da criança contra o genitor alienado, improvisando ao menor ter péssimas lembranças do genitor alienado e de entes próximos da família.

### **3. Alienação Parental-Conceito**

A Alienação Parental começou a ser analisada e a despertar interesse dos pesquisadores, juristas, psicólogos, etc., a partir do ano de 1985, quando o psiquiatra e professor Gardner (1998) fez referência a Síndrome da Alienação Parental como sendo:

Uma revolta da infância que nasce quase apenas nas disputas de custódia de crianças. Sua revelação preliminar é a empreitada denegritória contra um dos genitores, uma campanha feita pela própria criança e que não tenha qualquer justificação. Procede do concerto das instruções de um genitor, e apoios da própria criança para caluniar o genitor-alvo. Quando o abuso e/ou a negligência parentais adequados estão atualizadas, a animosidade da criança pode ser justificada, e deste modo a explicação de Síndrome de Alienação Parental para a resistência da criança não é aplicável (GARDNER, 1998, p.13).

Com base neste artigo, pode-se observar que a Alienação Parental é um processo de afastamento, onde o alienador, em decorrência dos estudos feitos por Gardner o tema

começou a ser observado por pessoas comuns se viam enquadradas na situação por ele descrita. Desta forma, o tema foi espalhando-se pela Europa e chegou ao Brasil em meados de 2002. A Alienação Parental acompanha a humanidade desde muito tempo, sem que, no entanto, fosse observada e não era dada a devida atenção por falta de conhecimento da população, que até então, não tinha ideia do quanto essas condutas poderiam afetar famílias e destruir lares (DIAS, 2012).

No nosso país, a alienação parental passou a preocupar toda a sociedade, principalmente professores, pessoas ligadas à esfera da justiça, da psicologia, etc. A atenção dada ao tema foi tamanha que, em agosto de 2010, foi aprovada a Lei da Alienação Parental – Lei nº 12.318/2010, que regulamentou a Alienação Parental e a conceituou no seu art. 2º considera ato de alienação parental a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente, protagonizada ou induzida por um dos genitores, inclusive avós ou até mesmo outros que os tenha sob sua autoridade, guarda ou vigilância.

Considerado como um abuso emocional é muitas vezes invisível aos olhos dos que com a criança convivem. Para Gardner (1998, p.15): “um genitor que demonstre tal comportamento repreensível tem uma disfuncionalidade parental séria, contudo suas alegações são as de que é um genitor exemplar”.

O genitor alienante sente-se satisfeito quando percebe que suas intenções de destruir os vínculos do filho com o outro genitor dão certo. O menor é usado como forma de vingança, sendo manipulado e programado para a rejeição. Sendo assim, utiliza-se das mais diversas estratégias maquiavélicas, sendo implantados no menor, fatos que nunca ocorreram, como por exemplo, o cometimento falso de abuso sexual, entre outros absurdos. A criança passa a distorcer a boa imagem que tinha do outro genitor, causando-lhe uma verdadeira confusão mental e sentimental (GARDNER, 1998).

O menor, ainda em formação, não tem capacidade plena de discernimento, assim não consegue entender direito que está sendo manipulado, acreditando, portanto, nos fatos narrados e maldosamente implantados em sua mente pelo alienador. Para Dias (2012, p. 50):

A prole é usada como ferramenta da agressividade. É levado a abdicar o outro genitor, a odiá-lo. Trata-se de apropriada campanha de desrespeito. A criança é desvirtuada a afastar-se de quem ama e que do mesmo modo a ama. Isso gera incoerência de sentimentos e alagamento do vínculo entre ambos. Restando órfão do genitor alienado, revoga identificando-se com o genitor patológico, incidindo a aceitar como verdadeiro tudo que lhe é corroborado.

Com a implantação de mentiras e calúnias e a doutrinação persistente dos filhos para que odeie seu genitor, o menor passa a construir sua própria imagem do genitor, contribuindo assim com a campanha difamatória do alienante. Desta forma, com uma imagem negativa do seu genitor, este passa a ser considerado um invasor, uma pessoa má que precisa ser afastada a qualquer preço.

O menor vem a ter receio e repúdio da sua presença, ocorrendo então, de forma gradativa, o afastamento e o conseqüente rompimento do vínculo afetivo e familiar. Dessa trajetória de destruição e sofrimento são deixadas marcas e sequelas que perduram para o resto da vida. Tem-se então, como referência de proteção ao menor, o próprio Estatuto da Criança e do Adolescente, a seguir analisado (GONÇALVES, 2013).

#### **4. Síndrome da Alienação Parental**

Ainda que se relacionem intimamente, a alienação parental e a Síndrome da Alienação Parental (SAP) não se misturam, pois a primeira compreende na separação do filho de um dos genitores pelo outro. Ao passo que a síndrome representa os resultados emocionais e comportamentais da criança ou adolescente que sofreu a alienação. A Síndrome de Alienação Parental está relacionada ao nome do professor Richard Gardner, que estabeleceu este fato em 1985, Estados Unidos. A expressão síndrome é usada para explicar um conjunto de vestígios e sinais relacionados a uma doença. A SAP vale ressaltar é o grau mais grave a alienação parental, melhor dizendo, um resultado da alienação. Mas, não se pode dizer que efetivamente haja a SAP nos casos de mera Alienação Parental (GONÇALVES, 2013).

Segundo Leite (2015, p.157) discorre sobre o conceito apresentado por Richard Gardner, no que se refere à SAP:

É um distúrbio que surge quase exclusivamente no contexto e disputas de custódia de crianças. É um distúrbio em que as crianças programadas pelo alegado genitor amado embarcam em uma campanha de difamação contra o alegado genitor odiado. As crianças apresentam pouca ou nenhuma ambivalência sobre seu ódio que, muitas vezes, se espalha para a família o genitor supostamente desprezado. Na maioria das vezes, se espalha para a família do genitor supostamente desprezado. Grande parte das vezes, as mães são as iniciadoras e tal programa entre os pais são vítimas das campanhas de cerceamento. Contudo, uma mínima porcentagem de casos, é o pai que é o programador fundamental e a mãe que é vista como a genitora odiada. Além do mais, não estamos lidando aqui com a simples 'lavagem cerebral' por um dos pais contra o outro.

A síndrome relaciona-se com a separação e o divórcio, tendo seu início, na maioria das vezes, a partir das disputas judiciais pela guarda dos filhos, uma vez que os processos de separação tendem a desencadear sentimento de rejeição, abandono e traição.

A criança, além do fato de perder o laço, um vínculo com o genitor alienado, será forçado em direção a determinados padrões patológicos que terão continuidade até que os próprios pais ajam contra isso. Porém, não acontecendo, chegando o menor à fase adulta, poderá sofrer de um grave complexo de culpa, e o genitor alienante, através de seu exemplo fazer com que no futuro ela reproduza o mesmo comportamento.

Percebe-se, pois, como são exemplos de ações que podem provocar grandes danos que impedem as conexões entre o genitor alienado e o menor. Essas ações realizadas pelo alienante têm efeitos assoladores, os quais levam mais facilmente ao desdobramento da Síndrome da Alienação Parental. Conforme menciona Leite (2015, p.194):

Socorrendo-se da classificação de transtorno mentais, Gardner distingue três níveis ou estágios de desenvolvimento da SAP, a saber: leve, moderado ou grave. Cada tipo merece uma abordagem diferente e a desconsideração dos níveis pode gerar resultados graves, com trauma psicológico significativo pra todas as partes envolvidas.

Na primeira modalidade, os filhos ainda possuem laços afetivos fortes com os dois os pais. Estes são capazes de identificar que os questões presentes entre eles atingem os filhos. São as crianças aptos de dizer o seu interesse de que os dilemas sejam acertados e se sentem confusas ou constrangidas ao ouvir as críticas do genitor alienador, os quais visam à redução da relevância do segundo (DIAS, 2012).

Na fase moderada, surgem a surgir lutas mais fortes, especialmente no ato da transferência dos filhos ao genitor que não exerce a guarda, nos conhecidos períodos de visitas. Existe crescimento das agressões, gerar conflitos nos momentos da troca (visita). O filho apresenta com frequência um pensamento dependente, ainda que por vezes ainda apoie o genitor alienado. É corrente que, no fato de ter mais de um filho, o mais velho participe na ampliação da alienação aos irmãos mais novos. Dessa forma, é provável que o filho mais velho encontre-se vivendo a alienação num nível muito mais desenvolvido que os filhos mais novos (GONÇALVES, 2013).

Na fase grave o trabalho de detração é extremo e contínuo, no tempo e no espaço. Iniciam a se gerar no filho cultura típicos de negação, disputa e medo de se viver junto ao segundo genitor. As relações afetivas com o alienador ficam mais fortes. O alienador aumenta as formas de programação, levando as visitas meio ou totalmente difíceis. Nesta

fase, o alienador demanda dos filhos a tomada de postura determinada, com a finalidade de analisar a fidelidade deles, de forma que estes mostrem renúncia acerca de estar na companhia do alienado como meio de mostrar apoio e vínculo ao alienador. O alienador passa a utilizar todas as manobras para impedir a união e convivência saudável entre o genitor alienado e os filhos. Os filhos já manifestam sentimentos de raiva ou negativa para com o alienado, à medida que o outro genitor (ou responsável) é protegido e amado de forma superior e incongruente, além de qualquer causa (DIAS, 2012).

Por conseguinte, promover a alienação parental em uma criança é visto por muitos como algo abusivo, contrastado a abuso sexual e físico, e não comente o genitor alienado sofrerá devido a isso. Mas igualmente os que participam da vida da criança, como os familiares, amigos. Impedindo a criança do convívio afetivo e que teria que permanecer integrada.

## **5. Características Jurídicas da Alienação Parental**

Acerca dos esclarecimentos jurídicos abordaremos apenas os aspectos mais relevantes que envolvem a temática alienação parental. Primeiramente devemos destacar a separação judicial de um casal que na disputa de guarda dos filhos, um dos dois fica com a guarda e o outro recebe o que é chamado de direito de visitas. O genitor não guardião tem seu direito garantido por lei, não apenas do contato físico e comunicação com o filho, mas também o de participar ativamente do crescimento e da educação do mesmo. O direito de visitas tem o intuito de assegurar o vínculo familiar entre o genitor não guardião e o filho que está sob a guarda do antigo cônjuge, dessa forma garantindo não apenas os interesses e necessidades do genitor não titular da guarda, mas também principalmente do menor envolvido. Diante de tal importância, o direito de visitas não deve ser dificultado ou negado, a menos que haja motivos graves que a justifique (FONSECA, 2006).

O tema SAP tomou grandes proporções no Brasil através das associações de pais separados que, inicialmente, promoviam e realizavam debates sobre a igualdade de direitos e deveres de pais separados. No entanto muitas dessas associações em 2006 mudaram o foco para a temática SAP, mesmo ano em que tramitava o projeto de lei sobre a guarda compartilhada. Essa lei foi aprovada em 2008, desde então houve um aumento de publicações e eventos. Assim, as informações por meio dos diversos tipos de mídia sobre a SAP, geraram uma mobilização da opinião pública que acabou gerando um projeto de lei com o objetivo de identificar e punir o genitor responsável pela alienação parental dos filhos. Em agosto de 2010 esse projeto foi aprovado transformando em Lei (SOUSA; BRITO, 2011).

Essa Lei foi sancionada mais precisamente no dia 26 de agosto de 2010, tornando-se a Lei ordinária 12.318/2010 que aborda o assunto da alienação parental, fazendo um alerta acerca dos típicos comportamentos do genitor alienante, instrumentos de provas a

serem utilizados, a importância dos critérios de perícia, e em casos concretos colocando à disposição a tomada de medidas coercitivas. Em casos de indícios de alienação parental, o juiz pode solicitar perícia psicológica ou biopsicossocial, cujos casos de alienação parental devem ser analisados por um profissional especializado da área, pois não se deve arriscar ter uma formulação de baixa qualidade do laudo (GUILHERMANO, 2012).

De acordo com a autora, o Juiz nos casos de constatação da alienação parental, poderá impor algumas sanções, onde o mesmo avaliará quais medidas são as mais cabíveis a depender do nível de gravidade do caso, tais medidas podem ser:

Aconselhar o alienador; expandir o convívio familiar com o alienado; multa; acompanhar o acompanhamento psicológico e/ou biopsicossocial; adulteração da guarda ou para o outro genitor ou para guarda compartilhada; cessação do poder familiar entre outras (GUILHERMANO, 2012, p. 19).

A alienação parental tem descrição legal, mesmo assim são necessárias mudanças no judiciário, e nas áreas da educação e saúde, dentre outras, pois quando ocorre algum problema com a criança, por exemplo na escola, é comunicado apenas um dos genitores, ficando o outro sem nenhuma informação sobre a criança. Precisamos da evolução não só as partes, mas de toda a sociedade a respeito do assunto visto.

## **6. Conclusão**

A alienação parental é um assunto que está crivado no cerne da sociedade e invariavelmente passa até despercebido aos olhos do judiciário, entretanto que precisa ser condenado arraigadamente. No que diz respeito a esta batalha, foram analisadas prováveis soluções que estão invariavelmente em discussão no poder legislativo e judiciário de nosso país como a utilização de meios alternativos para determinar os conflitos no espaço familiar. O poder familiar procura em grande parte um conjunto de encargos para os adultos que cuidarem dos menores implicados.

Avaliar a alienação parental sugere na noção dos mais inúmeros tipos de família em nosso país, assim como ter um conhecimento comum de como acontece o poder familiar, na procura de garantir a afeição e o melhor empenho das crianças e adolescentes.

Compreendemos que embora possa existir divergências a respeito da necessidade do emprego do termo Síndrome da Alienação Parental (SAP), e se a mesma se compõe verdadeiramente em uma síndrome, a verdade é que a Alienação Parental é alguma coisa bem presente em nossa vida atual, muito nocivo à saúde do menor complicado, e em casos

onde essa alienação é clara e aprazada pode-se atingir efeitos graves na vida da pessoa vítima daquele alijamento.

Assim, diante do método de alienação parental, que pode resultar em síndrome de alienação parental, é importante que os indivíduos envolvidos, saibam identificar o problema de maneira mais rápida possível, com o escopo de acabar com o abuso e não provocar maiores danos psicológicos para a criança, em verificação ao preceito constitucional do melhor interesse do menor.

Concluiu-se Desse modo, que esta pesquisa alcançou o escopo de arraigar este assunto e apontar estruturas que promovam para os operadores do direito, o diagnóstico da alienação e além disso, proporcionar inúmeras sugestões para refinamento do sistema judiciário para que a comunidade jurídica possa ser mais eficiente, quando confrontados com a alienação parental.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei nº 12.318, de 26 de Agosto de 2010. **Dispõe sobre a alienação parental.** Código Civil Brasileiro. 2010.

DIAS. M. B. Alienação parental e suas consequências. I edição porto alegre, livraria do advogado. 2015.

\_\_\_\_\_. Curso De Direito Civil Brasileiro: Direito de Família. São Paulo: Saraiva, 2012.

\_\_\_\_\_. Manual de Direito das famílias 10º edição revista, atualizada e ampliada. I edição porto alegre, livraria do advogado, 2005.

\_\_\_\_\_. Manual de Direito das Famílias. 9ª. Ed. São Paulo, 2013.

FONSECA, P. M. P. C. da. Síndrome da Alienação Parental. São Paulo, 2006.

GARDNER, R. A. O DSM-IV tem equivalente para o diagnóstico de Síndrome de Alienação Parental (SAP)? In: SÍNDROME DA ALIENAÇÃO PARENTAL. Arquivos. 1998.

GONÇALVES, C. R. Direito civil brasileiro: direito de família. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

GUILHERMANO, J. F. Alienação parental: aspectos jurídicos e Psíquicos. 2012. 30 f. Monográfica, Curso de Direito. Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2012.

LEITE, E. de O. Alienação parental: do mito à realidade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.



SALVADOR, C. C. (org.). Psicologia da Educação. Porto Alegre: Artes Médicas Sul, 1999.

SOUSA, A. M. de; BRITO, L. M. T de. Algumas questões para o debate sobre síndrome da alienação parental. Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões, Porto Alegre, v. 12, n. 16, p. 42-61, jun. /jul. 2011.

TRINDADE, J. Síndrome de Alienação Parental (SAP). In: DIAS, Maria Berenice. Incesto e Alienação Parental. São Paulo: RT, 2008.

## **COMPLIANCE NO PROCESSO DE NOMEAÇÃO DOS ADMINISTRADORES DAS EMPRESAS ESTATAIS**

**LEANDRO MORAES LEARDINI:**

Mestrando em Direito Administrativo pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Especialista em Direito Público pela Escola Paulista da Magistratura – EPM. Membro do Instituto de Direito Administrativo Sancionador Brasileiro – IDASAN. Secretário Municipal da Indústria, Comércio e Emprego em Laranjal Paulista/SP.

**RESUMO:** O presente trabalho irá abordar a aplicação do *compliance* no processo de nomeação dos administradores das empresas Estatais. Iniciaremos com uma abordagem sobre a conceituação do que se denomina por empresas estatais, cumulado a uma breve digressão histórica sobre o panorama dessas indicações antes do advento da Lei Federal 13.303 de 30 de junho de 2016 (Estatuto Jurídico das Empresas Estatais), que retratam uma desproporcional ingerência política ocorrida nessas entidades, que ficavam entregues a barganha política da troca de cargos por apoio aos projetos do governante, bem como permitiam um controle descabido do governante na condução dessas empresas. Nossa investigação passará ainda por uma abordagem sobre a estrutura e as competências dos cargos de diretoria e conselho de administração, que integram o rol de administradores dessas companhias, para finalmente chegarmos ao ponto alto do trabalho, que é o próprio processo de indicação desses administradores, que deve ser permeado pelo *compliance*, com obediência aos requisitos de exigência legal e infralegal, bem como, ressaltaremos a importância do Comitê de Elegibilidade nesse processo, para, ao final, apontarmos os benefícios que uma prática *compliant* na escolha desses administradores gera a própria companhia. De relevo ainda consignar que todo exposto leva em consideração a realidade fática ocorrida no âmbito dessas companhias, bem como a edição do novo Estatuto Jurídico como um ponto de partida para um novo tempo na gestão das Estatais.

**Palavras-Chave:** Estatais. *Compliance*. Administradores. Conselho. Diretoria.

**ABSTRACT:** The present work will address the application of compliance in the process of appointing administrators of State-owned companies. We will begin with an approach to the conceptualization of what is called state-owned companies, combined with a brief historical digression on the panorama of these indications before the advent of Federal Law 13,303 of June 30, 2016 (Legal Statute of State-owned Companies), which portray a disproportionate political interference occurred in these entities, which were left to the political bargain of exchanging positions in support of the government's projects, as well

as allowing the government's unreasonable control in the conduct of these companies. Our investigation will also go through an approach on the structure and competencies of the positions of directors and board of directors, which are part of the list of administrators of these companies, to finally reach the high point of the work, which is the very process of appointing these administrators, that must be permeated by compliance, in compliance with legal and infralegal requirements, as well as, we will emphasize the importance of the Eligibility Committee in this process, in order to, in the end, point out the benefits that a compliant practice in the choice of these managers generates for the company itself. It is also important to note that all the above takes into account the factual reality that occurred within these companies, as well as the edition of the new Legal Statute as a starting point for a new time in the management of soes.

**KEYWORDS:** State. Compliance. Administrators. Advice. Board.

**Sumário:** **1.** Introdução; **2.** O conceito de Empresas Estatais; **3.** Panorama sobre a nomeação dos Administradores antes do advento da Lei 13.303/2016; **4.** A estrutura dos cargos e as atribuições dos Administradores das Empresas Estatais; **5.** A Introdução do *Compliance* como obrigatório após o advento do Estatuto Jurídico das Empresas Estatais; **7.** Benefícios da nomeação de dirigentes através de um processo de *Compliance*; **8.** Conclusão; **9.** Referências Bibliográficas.

## **1. Introdução**

O presente trabalho versará sobre a aplicação do *compliance* no processo de nomeação dos administradores das empresas estatais. O Brasil em passado recente vivenciou triste realidade nas indicações dos administradores de suas estatais. O loteamento dos cargos entre partidos políticos culminou em escândalos homéricos de corrupção nas Estatais Brasileiras. Diante do triste contexto, vários diplomas legais foram criados com vista a combater a corrupção endêmica nessas organizações. Dentre os principais, encontram-se o advento da Lei Anticorrupção (Lei 12.846/2013) e do Estatuto Jurídico das Empresas Estatais (Lei 13.303/2016). Este último, com lastro nas temáticas da estrutura societária, governança corporativa e formas de contratação, cumprindo o mandamento constitucional previsto pelo § 1º do art. 173 da Constituição Federal, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 19/1998.

Adiante, abordaremos a introdução do *compliance* nas empresas estatais brasileiras, através da transposição de práticas já utilizadas no setor privado. Enfatizaremos a importância do Comitê de Elegibilidade na nomeação dos administradores, assim como os benefícios que essas práticas geram a organização.

## 2. O conceito de Empresas Estatais e a introdução das práticas de *Compliance* nessas organizações

Empresa Estatal<sup>433</sup> é designação *lato sensu* para entidades privadas das quais o Estado seja ou o único acionista, ou acionista majoritário. Essas criações encontram-se positivadas em nosso ordenamento jurídico através das figuras da Empresa Pública<sup>434</sup>, da Sociedade de Economia Mista<sup>435</sup> e de suas subsidiárias. São instrumentos pelos quais o Estado atua de forma indireta na prestação de serviços públicos ou atividade econômica, esta última, quando presentes imperativos de segurança nacional ou relevante interesse coletivo.

Como bem elucida Luís Roberto Barroso, nas empresas estatais “a forma é privada, mas o substrato é público.” (BARROSO, 2005, p.85-93)<sup>436</sup>. Nesse cerne, essas criações nada mais são do que formas descentralizadas de o Estado cumprir seu papel, atuando com maior autonomia em relação ao poder central. As empresas estatais não estão sujeitas a controle pelo poder público, mas sim a um dever de tutela denominado “supervisão ministerial”.

A previsão da supervisão ministerial ocorre justamente para dar autonomia as empresas estatais na consecução de suas finalidades. Trata-se de um controle finalístico, e não gerencial e operacional. No entanto, o que assistimos em passado recente, e talvez até no presente, são interferências desmedidas do poder central nessas empresas, não obstante as indicações para os cargos de administradores, mas também, e principalmente,

---

433 Segundo dicção do Decreto 8.945/2016 em seu art. 2º, inciso I, empresa estatal é: “entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, cuja maioria do capital votante pertença direta ou indiretamente à União”.

434 Celso Antônio Bandeira de Mello aduz com brilhantismo ímpar que: “Deve-se entender que empresa pública federal é a pessoa jurídica criada por força de autorização legal como instrumento de ação do Estado dotada de personalidade de Direito Privado, mas submetida a certas regras especiais decorrentes de ser coadjuvante da ação governamental, constituída sob quaisquer das formas admitidas em Direito e cujo capital seja formado unicamente por recursos de pessoas de Direito Público interno ou de pessoas de suas Administrações indiretas, com predominância acionária residente na esfera federal.” MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. Malheiros. 32ª Edição. São Paulo, pg. 191.

435 Novamente, Celso Antônio Bandeira de Mello nos brinda com sua definição para Sociedades de Economia Mista, senão vejamos: “Sociedade de economia mista federal há de ser entendida como a pessoa jurídica cuja criação é autorizada por lei, como um instrumento de ação do Estado, dotada de personalidade de Direito Privado, mas submetida a certas regras especiais decorrentes desta sua natureza auxiliar da atuação governamental, constituída sob a forma de sociedade anônima, cujas ações com direito a voto pertencem em sua maioria à União ou entidade de sua Administração indireta, sobre remanescente acionário de propriedade particular.” MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. Malheiros. 32ª Edição. São Paulo, pg. 195.

436 BARROSO, Luís Roberto. R. Dir. Adm., Rio de Janeiro, 242: 85-93, Out./Dez. 2005.

uma elevada interferência para alinhamento dessas entidades com as políticas do governante.

É forçoso crer que diante de tais interferências poderia haver sucesso na atividade gerencial e operacional dessas empresas. E foi exatamente isto que vivenciamos nos últimos anos. Cumulado a todo esse cenário, a globalização dessas empresas, com presença em outros países, negociações internacionais, fez urgir a necessidade de um alinhamento com as mais modernas práticas de condução da atividade gerencial e operativa das empresas privadas.

Nessa baila, para atuarem com a competitividade desejada, a prática do *compliance*<sup>437</sup> foi introduzida como obrigatória pelo já mencionado Estatuto Jurídico das Estatais. *Compliance*, tem berço estrangeiro e significa “conformidade”, ou seja, estar de acordo com as leis e regramentos da empresa. É um mecanismo de prevenção de riscos de infração à legislação. Introjeta-se no ambiente empresarial através de um programa de *compliance*, baseado na legislação geral e em regramentos específicos, como o código de conduta da empresa.

Uma política de *compliance* idealizada com base em um programa completo, transcende a mera conformidade à legislação e aos regulamentos. Um genuíno programa de *compliance* promove uma transformação cultural, estrutural e operativa dentro da empresa. É nessa toada que surge a expressão “ser *compliant*”<sup>438</sup>. Ser *compliant* é ir além

---

437 Trazemos à baila a definição do Guia de Programas de *Compliance* do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE: “*Compliance* é um conjunto de medidas internas que permite prevenir ou minimizar os riscos de violação às leis decorrentes de atividade praticada por um agente econômico e de qualquer um de seus sócios ou colaboradores. Por meio dos programas de *compliance*, os agentes reforçam seu compromisso com os valores e objetivos ali explicitados, primordialmente com o cumprimento da legislação. Esse objetivo é bastante ambicioso e por isso mesmo ele requer não apenas a elaboração de uma série de procedimentos, mas também (e principalmente) uma mudança na cultura corporativa. O programa de *compliance* terá resultados positivos quando conseguir inculcar nos colaboradores a importância em fazer a coisa certa. Uma vez que tais colaboradores podem apresentar diferentes motivações e graus de tolerância a riscos, o programa tem por função ditar valores e objetivos comuns, garantindo sua observância permanente. Programas de *compliance* podem abranger diversas áreas afetas às atividades dos agentes econômicos, como corrupção, governança, fiscal, ambiental e concorrência, dentre outras, de forma independente ou agregada.” Disponível em: <http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias-do-cade/guia-compliance-versao-oficial.pdf>

438O Instituto Brasileiro de Governança Corporativa, através do seu manual “*Compliance à luz da Governança Corporativa*” nos traz uma bem vinda diferenciação entre “estar em *compliance*” e “ser *compliant*”, senão vejamos: “Há uma grande tendência de caracterizar o *compliance* como uma atividade operacional (“estar em *compliance*”) e não estratégica (“ser *compliant*”), alinhada à identidade organizacional e a comportamentos éticos. Estar em *compliance* é cumprir a legislação e as políticas internas por mera obrigação ou para reduzir eventuais penalidades, caso a organização sofra uma punição. Ser *compliant* é o

dessa mera conformação, é agir com base em princípios, liderança, de forma exemplar e conduta escorreita. Temos convicção de que a legislação pátria veio com esse sentimento, de que os administradores das estatais sejam "*compliant*". É uma revolução em termos de gerência na atividade dessas empresas.

### **3. Panorama sobre a nomeação de Administradores antes do advento da Lei 13.303/2016**

Até 2016 a nomeação dos administradores das estatais encontrava baliza geral apenas na lei 6.404 de 15 de dezembro de 1.976, diploma legal este que data de antes da Constituição Federal de 1.988 e, que foi recepcionado pela nova ordem constitucional. De exigências mais brandas para ocupar tais postos, a ausência de certas qualificações para os candidatos permitiu certos descompassos, os quais o novo regramento veio com a missão de suprir e determinar, com o devido respaldo de princípios constitucionais como a moralidade e a eficiência, que tais cargos sejam devidamente ocupados por pessoas com capacidade técnica e reputação necessárias ao exercício da posição, e ao melhor interesse da entidade empresarial.

É inconteste que durante décadas tais cargos foram declaradamente postos ao jogo político, na troca espúria por apoio aos projetos de cada governante, fato esse, que com a devida vênia, padecemos até o presente momento. Todavia, com o advento do Estatuto em comento, há respaldo jurídico reforçado para ceifar esses infortúnios na administração das companhias.

Nessa toada, frisamos as sempre bem colocadas palavras de Vitor Rhein Schirato, com as quais concordamos em gênero, número e grau: "É imperioso, para se garantir o funcionamento adequado de referidas instituições e a efetiva realização de suas finalidades precípuas, que sua gestão seja empresarial, voltada à realização de seus objetivos sociais, e não à satisfação de meros interesses políticos, os quais, não raro, estão a léguas de distância do interesse público efetivamente subjacente à existência da empresa estatal em questão." (SCHIRATO, 2016, p. 187).

É salutar dizer que mesmo antes das exigências da atual lei, não se deixava entregue ao acionista controlador o bel prazer de indicar seus aliados aos cargos de Administração, haja vista, que desde 1.988 encontram-se positivados os princípios regentes da administração pública, bem como, vigoram leis que formam verdadeiras bússolas que norteiam a atividade estatal, todavia, parece que nada disso resistia as velhas artimanhas

---

cumprimento consciente e deliberado da legislação e de políticas internas, guiado pelos princípios e valores que compõem a identidade da organização, visando sua longevidade. " Disponível em: <https://conhecimento.ibgc.org.br/Lists/Publicacoes/Attachments/23486/Publicacao-IBGCorienta-ComplianceSobaLuzDaGC-2017.pdf>

políticas, com a necessidade de edição deste regramento específico para coibir tais práticas.

Em arremate, outra situação outrora comum, e agora combatida pelo novo diploma legal, é justamente coibir certa “subserviência” dos administradores ao acionista controlador, pois como muito bem asseveram Rubens Augusto de Miranda e Hudson Fernandes Amaral: “Embora o administrador deva tomar decisões em benefício do acionista, muitas vezes há situações em que os interesses dos dois são conflitantes, induzindo um comportamento oportunista por parte do gestor.” (MIRANDA; AMARAL, 2011, p. 1069-1094). É nessa toada que garantir certa independência destes membros através de um processo de escolha muito bem parametrizado permite a real persecução dos interesses da companhia.

#### **4. A estrutura dos cargos e as atribuições dos Administradores das Empresas Estatais**

A Lei 13.303/2016439 é literal em delimitar como administradores os membros do Conselho de Administração<sup>440</sup> e da Diretoria das empresas estatais (empresas públicas e sociedades de economia mista). O Conselho de Administração é eleito através da Assembleia Geral dos Acionistas, procedimento este acompanhado pelo Comitê de Elegibilidade. Já a Diretoria é fruto da escolha dos membros do Conselho de Administração. Em todas as situações, os requisitos de indicação dispostos na Lei devem ser respeitados. Por previsão legal, o número mínimo de membros da Diretoria é estipulado em 3 (três), já no Conselho de Administração, há imposição de no mínimo 7 (sete) e no máximo 11 (onze) membros.

##### **4.1 Da Diretoria**

É a Diretoria quem define os rumos da companhia. Seu papel fundamental é dar cumprimento ao plano de metas e resultados da empresa, guiando os rumos para que a companhia atinja suas projeções. Para ser alçado a um cargo na diretoria é preciso assumir o compromisso afim de cumprir esses objetivos, estando sempre sob a fiscalização do

---

439Art. 16. Sem prejuízo do disposto nesta Lei, o administrador de empresa pública e de sociedade de economia mista é submetido às normas previstas na Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976.

**Parágrafo único. Consideram-se administradores da empresa pública e da sociedade de economia mista os membros do Conselho de Administração e da diretoria. (grifos nossos).**

440 O governo federal possui um didático manual sobre atribuições, requisitos e competências dos Conselhos de Administração. Disponível em: [file:///C:/Users/55159/Downloads/170526 MANUAL Conselheiro ADM.pdf](file:///C:/Users/55159/Downloads/170526%20MANUAL%20Conselheiro%20ADM.pdf)

Conselho de Administração. São os Diretores quem vivenciam o cotidiano da companhia, e devem dar as respostas para as situações que surgem diariamente na atuação da empresa.

Em relação ao programa de *compliance*, é a Diretoria quem lidera sua implementação, guia a conformidade da gestão à lei e aos regulamentos da empresa. É dever da diretoria liderar pelo exemplo, irradiando em toda a companhia uma atuação pautada em princípios, alinhada a ética e moral. Parece não ser fluído utilizar conceitos como ética e moral, todavia, quando dotados de capacidade específica para exercerem esses cargos, os membros da diretoria tendem a atender com excelência esses predicados.

Noutro giro, incumbe também a diretoria fazer cumprir o código de conduta da empresa<sup>441</sup>. Ao liderar pelo exemplo, a diretoria também deve fazer valer as medidas disciplinares a quem infringe as normas de conduta da empresa, respeitados sempre os direitos inerentes a defesa do infrator.<sup>442</sup>

#### **4.2 Do Conselho de Administração e seus Membros Independentes**

O Conselho de Administração é responsável por definir os rumos estratégicos da companhia, bem como monitorar a atuação da Diretoria. O colegiado tem papel primordial na órbita do *compliance*. É de sua responsabilidade discutir, aprovar e monitorar decisões acerca da Governança corporativa, do código de conduta dos agentes, escolher os membros da Diretoria, além da importantíssima responsabilidade de implementar e supervisionar os sistemas de gestão de riscos e controle interno, dentre outras.

Este órgão detém algumas características especiais na composição de seus membros, dentre as quais é conveniente fazer referência a figura do “Membro Independente”, cujo percentual deve ser de no mínimo 25% destes, salvo a opção de voto múltiplo<sup>443</sup> pelos acionistas minoritários, sendo, neste caso, permitida a participação de

---

441 Sobre o código de conduta, a OCDE preconiza que: “A Code of Conduct (or similar document) is intended to be a central guide and reference for all individuals in your company in support of day-to-day decision making. It is meant to articulate your company’s mission, values and principles, linking them with standards of ethical conduct. A Code of Conduct is an open (and of ten publicly available) disclosure of the way your company intends to operate. It provides visible guidelines for behaviour. A Code is also a tool to encourage discussions of ethics and compliance, and to improve how your company’s employees deal with ethical dilemmas and grey areas as that are encountered in everyday work.” Disponível em: <https://icwbo.org/content/uploads/sites/3/2013/04/ICC-Antitrust-Compliance-Toolkit-ENGLISH.pdf>

442 Prestar respostas rápidas aos incidentes também é um dos pilares de *compliance*, ao lado da prevenção. Sendo assim, é dever da Diretoria que não comungue da ausência de rigores necessários a repressão de ilícitos que ocorram na companhia.

443 Sobre o voto múltiplo, as lições de Bruno Robert são elucidativas: “O mecanismo de voto múltiplo, disciplinado no art. 141, especialmente *caput* e §§ 1º a 3º, é a ferramenta da lei societária por excelência designada para assegurar a representatividade dos acionistas na administração da companhia. Trata-se de mecanismo reservado aos acionistas detentores de ações com direito de voto irrestrito, independentemente



um único membro independente no Conselho. A criação da figura do membro independente visa justamente dar representatividade aos acionistas minoritários no Conselho de Administração, permitindo um acompanhamento mais próximo do trabalho da diretoria, bem como da fiscalização e definição dos rumos estratégicos.

Imperioso também colacionar que por força do art. 19 da Lei 13.303/2016, também é garantida a participação de representante dos empregados da companhia no Conselho de Administração. Num ambiente de propagação da cultura da conformidade, é mais que oportuno garantir que haja representatividade dos empregados no colegiado que define os rumos estratégicos e a fiscalização da empresa.

Adiante, trataremos do processo de nomeação dos membros da Diretoria e do Conselho de Administração, com especial atenção para os requisitos necessários a assunção dessas posições, bem como o estabelecimento de uma política de indicação desses membros, a ser respeitada pelo acionista controlador.

## **5. O ato de nomeação dos Administradores das Empresas Estatais**

A nomeação dos administradores da companhia é feita pelo acionista controlador, no entanto, este não goza de plena autonomia para atuar com qualquer “ingerência” nas nomeações. O Estatuto Jurídico em comento foi disruptivo na política de indicação aos cargos da Diretoria e do Conselho de Administração, com alguns vetores que valem ser destacados, tais como a necessidade de experiência profissional prévia, a exigência de não proximidade com membros da administração pública e dirigentes partidários, bem como, em ponto nodal, privilégios quando a indicação for de servidor de carreira da companhia. De rigor, o art. 14, inciso III do Estatuto impõe ao controlador o dever de observar a política de indicação dos administradores e membros do Conselho Fiscal. **Aludido dispositivo vem de encontro a preservação da conformidade no processo de indicação**

Os critérios para a nomeação dos Administradores estão detalhados no art. 17 da Lei444. Em panorama geral, eles congregam os seguintes requisitos: (i) a necessidade de

---

se controladores ou não. Pelas regras do voto múltiplo, não se assegura o direito de eleição a nenhum grupo específico de acionistas, permitindo, ao contrário que todos os acionistas participem e se coordenem para disputar, proporcionalmente às participações detidas, as vagas no conselho de administração.”. ROBERT, Bruno. Exercício do direito de voto nas assembleias das companhias brasileiras, pedidos públicos de procuração, voto, e participação à distância. p. 121. Disponível em: [https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2132/tde-11022015-145315/publico/Bruno\\_Robert\\_Tese\\_final.pdf](https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2132/tde-11022015-145315/publico/Bruno_Robert_Tese_final.pdf). Acesso em 30 de maio de 2020.

444Art. 17. Os membros do Conselho de Administração e os indicados para os cargos de diretor, inclusive presidente, diretor-geral e diretor-presidente, serão escolhidos entre cidadãos de reputação ilibada e de

notório conhecimento, devendo ser atendidos, alternativamente, um dos requisitos das alíneas "a", "b" e "c" do inciso I e, cumulativamente, os requisitos dos incisos II e III:

I - ter experiência profissional de, no mínimo:

a) 10 (dez) anos, no setor público ou privado, na área de atuação da empresa pública ou da sociedade de economia mista ou em área conexas àquela para a qual forem indicados em função de direção superior; ou

b) 4 (quatro) anos ocupando pelo menos um dos seguintes cargos:

1. cargo de direção ou de chefia superior em empresa de porte ou objeto social semelhante ao da empresa pública ou da sociedade de economia mista, entendendo-se como cargo de chefia superior aquele situado nos 2 (dois) níveis hierárquicos não estatutários mais altos da empresa;

2. cargo em comissão ou função de confiança equivalente a DAS-4 ou superior, no setor público;

3. cargo de docente ou de pesquisador em áreas de atuação da empresa pública ou da sociedade de economia mista;

c) 4 (quatro) anos de experiência como profissional liberal em atividade direta ou indiretamente vinculada à área de atuação da empresa pública ou sociedade de economia mista;

II - ter formação acadêmica compatível com o cargo para o qual foi indicado; e

III - não se enquadrar nas hipóteses de inelegibilidade previstas nas alíneas do inciso I do caput do art. 1º da Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990, com as alterações introduzidas pela Lei Complementar nº 135, de 4 de junho de 2010.

§ 1º O estatuto da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias poderá dispor sobre a contratação de seguro de responsabilidade civil pelos administradores.

§ 2º É vedada a indicação, para o Conselho de Administração e para a diretoria:

I - de representante do órgão regulador ao qual a empresa pública ou a sociedade de economia mista está sujeita, de Ministro de Estado, de Secretário de Estado, de Secretário Municipal, de titular de cargo, sem vínculo permanente com o serviço público, de natureza especial ou de direção e assessoramento superior na administração pública, de dirigente estatutário de partido político e de titular de mandato no Poder Legislativo de qualquer ente da federação, ainda que licenciados do cargo;

II - de pessoa que atuou, nos últimos 36 (trinta e seis) meses, como participante de estrutura decisória de partido político ou em trabalho vinculado a organização, estruturação e realização de campanha eleitoral;

III - de pessoa que exerça cargo em organização sindical;

IV - de pessoa que tenha firmado contrato ou parceria, como fornecedor ou comprador, demandante ou ofertante, de bens ou serviços de qualquer natureza, com a pessoa político-administrativa controladora da empresa pública ou da sociedade de economia mista ou com a própria empresa ou sociedade em período inferior a 3 (três) anos antes da data de nomeação;

V - de pessoa que tenha ou possa ter qualquer forma de conflito de interesse com a pessoa político-administrativa controladora da empresa pública ou da sociedade de economia mista ou com a própria empresa ou sociedade.

§ 3º A vedação prevista no inciso I do § 2º estende-se também aos parentes consanguíneos ou afins até o terceiro grau das pessoas nele mencionadas.

§ 4º Os administradores eleitos devem participar, na posse e anualmente, de treinamentos específicos sobre legislação societária e de mercado de capitais, divulgação de informações, controle interno, código de

reputação ilibada e notório conhecimento (caput); (ii) a necessidade de experiência profissional (inc. I); (iii) a compatibilidade do cargo e da formação acadêmica de seu ocupante (inc. II); (iv) o não enquadramento nas hipóteses de inelegibilidade previstas na LC 64/1990. Esses requisitos, por outro lado, poderão ser dispensados caso o nomeado seja empregado da empresa estatal em questão, desde que observados os ditames do § 5.º do art. 17.

Infere-se do exposto que o regramento veio com a missão de garantir um mínimo de capacidade técnica, experiência profissional e idoneidade daqueles que irão ocupar os postos mais elevados da companhia, além de um distanciamento da atuação política dos indicados. O Decreto 8.945/2016, em seu art. 30 faz referência ao procedimento de verificação do preenchimento pelo candidato dos requisitos inerentes a indicação, bem como a ausência de vedações. Tal operação dar-se-á através de formulário padronizado, cujo modelo deve ser fornecido pelo Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão. Neste ponto, convém reverenciar que um dos pilares do *compliance* está justamente no ato de documentar tudo o que acontece na empresa, e tal padronização é extremamente positiva para verificar a conformidade do processo de indicação.

## 6. O Comitê de Elegibilidade

O Comitê de Elegibilidade, a nosso ver, é a principal revolução em termos de introdução do *compliance* no âmbito das estatais. A função deste, por sua vez, é justamente verificar a conformidade do processo de indicação dos Administradores. É fundamental a criação deste colegiado para a verificação da compatibilidade dos indicados com os requisitos que o cargo exige.

A previsão legal encontra-se no art. 10 da Lei 13.303/2016, mas é o Decreto nº 8.945/2016 quem delinea com precisão suas atribuições e sua autonomia.

---

conduta, a Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013 (Lei Anticorrupção), e demais temas relacionados às atividades da empresa pública ou da sociedade de economia mista.

§ 5º Os requisitos previstos no inciso I do caput poderão ser dispensados no caso de indicação de empregado da empresa pública ou da sociedade de economia mista para cargo de administrador ou como membro de comitê, desde que atendidos os seguintes quesitos mínimos:

I - o empregado tenha ingressado na empresa pública ou na sociedade de economia mista por meio de concurso público de provas ou de provas e títulos;

II - o empregado tenha mais de 10 (dez) anos de trabalho efetivo na empresa pública ou na sociedade de economia mista;

III - o empregado tenha ocupado cargo na gestão superior da empresa pública ou da sociedade de economia mista, comprovando sua capacidade para assumir as responsabilidades dos cargos de que trata o caput.

É o estatuto da companhia quem deverá regulamentar a existência do comitê e sua atuação seguirá a seguinte cronologia: de posse do formulário padronizado, o comitê deverá opinar sobre a indicação no prazo de oito dias úteis, sob pena de aprovação tácita e responsabilização de seus membros caso a indicação não cumpra os requisitos necessários que deveriam ter sido verificados. As deliberações do Comitê sempre deverão ser registradas em ata e tomadas por maioria de votos, com registro sumarizado dos fatos ocorridos, bem como de dissidências e protestos e, transcritas na íntegra as deliberações tomadas. Ato contínuo, a decisão sobre a compatibilidade da indicação deve ser encaminhada pelo órgão ou entidade da administração pública para a Procuradoria Geral da Fazenda Nacional, em se tratando de Empresa Pública e Sociedade de Economia Mista, ou para a empresa controladora, no caso de subsidiárias.

Percorrido todo este procedimento, há de se ter, ao menos *a priori*, a sensação de lisura no procedimento de indicação, com a garantia de que os administradores escolhidos serão compromissados com a companhia, principalmente com seus objetivos, princípios e a obstinação por atingir os melhores resultados.

## **7. Benefícios da nomeação de dirigentes através de um processo de *Compliance***

Como dito alhures, a gestão das empresas estatais deve se assemelhar a das entidades privadas, haja vista, que estas possuem personalidade de direito privado, bem como, não gozam de boa parte dos privilégios de que usufruem as pessoas jurídicas de direito público. Não fosse isso, inexistiria razão para sua existência, pois se detivessem os privilégios do setor público, deveriam integrar a administração direta.

É desta feita que a gestão dessas estatais deve ser estratégica e o mais distante possível dos ditames e perniciosos jogos de barganha da política, para que a real finalidade dessas entidades seja alcançada. Metas e resultados devem permear toda a dinâmica de atuação. A existência de um processo de *compliance* na escolha dos administradores é de fundamental relevo nesse cenário. Pelo caráter estritamente estratégico que se integra a essas entidades, a liderança deve ser pelo exemplo – não que os agentes políticos devem distanciar-se destes valores, todavia, são escolhidos pelo soberano voto popular - e somente quem detém capacidade técnica, experiência prévia, ou mesmo quem vivencie a atividade da companhia durante anos, pode, ao menos *a priori*, cuidar com a devida competência dos rumos, da fiscalização e das decisões mais importantes dessas entidades.

Num processo de indicação permeado pelo espírito do *compliance*, espera-se que sejam escolhidos os melhores como administradores da companhia. Podemos citar como benefícios: (I) prestígio da empresa no mercado em que atua; (II) aumento do compromisso com metas e resultados da companhia; (III) melhoria do ambiente de trabalho; (IV) diminuição de riscos e infrações na administração da empresa; (v) aumento da competitividade da companhia.

## 8. Conclusão

A gestão das Estatais em nosso País vivenciou incontestemente histórico de submissão ao jogo político. Não se deve entender que o presente trabalho se pautou exclusivamente nos escândalos revelados pela operação “Lava Jato”. Os desmandos são endêmicos e, possivelmente ocorrem desde que o Banco do Brasil, nossa primeira Estatal, foi criado por volta de 1.808. Esses fatos apenas fizeram crescer na própria sociedade o clamor pela lisura na condução dessas entidades.

O agigantamento dessas companhias -desde que mantidas suas finalidades precípuas- também foi ponto nodal para que as práticas do setor privado, como o *compliance*, se tornassem obrigatórias. A competitividade, as vultuosas negociações internacionais fortaleceram a necessidade de apresentação dessa resposta.

Defendemos aqui veementemente a necessidade de que a escolha dos administradores realmente esteja pautada nos maiores rigores possíveis, em plena conformidade com as determinações legais, afinal, se pretendemos que uma companhia seja gerida adotando as práticas de *compliance*, a escolha de seus mais altos postos de administração deve ser a primeira medida exemplar.

Em arremate, esperamos que realmente a edição da Lei 13.303/2016 se postergue no tempo como um marco na gestão de nossas Estatais e que se projete como um divisor de águas no combate a indevida interferência política nessas entidades, bem como, promova a maior eficiência possível no cumprimento das finalidades precípuas dessas entidades, que guardam pioneirismo e muitas vezes tecnologias de ponta em seu ramo de atividade.

## 9. Referências Bibliográficas

BARROSO, Luís Roberto. **Regime jurídico das empresas estatais**. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: v. 242, out. /Dez. 2005.

BRASIL. **Decreto 8.945 de 27 de dezembro de 2016. Regulamenta, no âmbito da União, a Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016, que dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Casa Civil. Presidência da República. Brasília, 2016. Disponível em: [\[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2016/Decreto/D8945.htm\]](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/Decreto/D8945.htm). Acesso: 02.06.2020.**

BRASIL. **Lei 6.404 de 15 de dezembro de 1.976.** Dispõe sobre as Sociedades por Ações. Subchefia para assuntos jurídicos. Casa Civil. Presidência da República. Brasília, 1976. Disponível em: [[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L6404consol.htm#art279](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6404consol.htm#art279)]. Acesso: 02.06.2020.

BRASIL. *Lei 13.303 de 30 de junho de 2016.* Dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Subchefia para assuntos jurídicos. Casa Civil. Presidência da República. Brasília, 2016. Disponível em: [[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ato2015-2018/2016/lei/l13303.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2016/lei/l13303.htm)]. Acesso: 02.06.2020.

CADE, Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Guia Programas de Compliance.** janeiro/2016. Brasília. Disponível em: [[http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias do Cade/guia-compliance-versao-oficial.pdf](http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias%20do%20Cade/guia-compliance-versao-oficial.pdf)]. Acesso em: 02.06.2020

ICCWBO, International Chamber of Commerce. **The ICC Antitrust Compliance Toolkit.** 2013. Disponível em: <https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2013/04/ICC-Antitrust-Compliance-Toolkit-ENGLISH.pdf>. Acesso: 02.06.2020

IBGC, Instituto Brasileiro de Governança Corporativa. "**Compliance à luz da Governança Corporativa**". São Paulo. 2017. Disponível em: [<https://conhecimento.ibgc.org.br/Lists/Publicacoes/Attachments/23486/Publicacao-IBGCorienta-ComplianceSobaLuzDaGC-2017.pdf>]. Acesso: 02.06.2020.

Brasil. Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão – MP. Secretaria de Coordenação e Governança das Empresas Estatais – SEST. **Manual do Conselheiro de Administração. Brasília/DF 2017.** 3ª Edição. Disponível em: [[file:///C:/Users/55159/Downloads/170526 MANUAL Conselheiro ADM.pdf](file:///C:/Users/55159/Downloads/170526%20MANUAL%20Conselheiro%20ADM.pdf)]. Acesso: 02.06.2020.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo.** 32ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2014.

MIRANDA, Rubens Augusto de; AMARAL, Hudson Fernandes. **Governança corporativa e gestão social responsável em empresas estatais.** Revista de Administração Pública: Rio de Janeiro, v. 45, 2011.

ROBERT, Bruno. **Exercício do direito de voto nas assembleias das companhias brasileiras, pedidos públicos de procuração, voto e participação à distância.** Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo. 2014. p. 121. Disponível em:

[\[https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2132/tde-11022015-145315/publico/Bruno\\_Robert\\_Tese\\_final.pdf\]](https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2132/tde-11022015-145315/publico/Bruno_Robert_Tese_final.pdf). Acesso: 02.06.2020.

SCHIRATO, Vitor Rhein. **As empresas estatais no Direito Administrativo Econômico atual**. 2ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2016.

## OS DIREITOS DAS MULHERES TRANSGÊNERO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

**INGRID LIMA VIEIRA:** Juíza Leiga do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Especialista em Direito Penal pela Faculdade Damásio de Jesus. Pós graduanda em Direito Aplicado pela Escola Superior da Magistratura do Estado do Espírito Santo - ESMAGES.

JÚLIO CÉSAR COSTA DE OLIVEIRA<sup>445</sup>

(orientador)

**RESUMO:** Trata-se de abordagem com o fito de demonstrar a evolução da proteção dos direitos das mulheres transgênero em nosso ordenamento. O gênero é uma construção social. Logo, a identidade de gênero é a forma como um indivíduo se identifica perante a sociedade, independente do seu sexo biológico, podendo se definir, desta forma, como pessoa transgênero. Transgênero, por sua vez, é a pessoa que se identifica com um gênero diverso daquele correspondente ao seu sexo biológico. Assim, a mulher trans, em que pese ter o sexo biológico como masculino, se identifica com o gênero feminino e deseja ser reconhecida dessa forma. Verifica-se, na sociedade, um quadro de preconceito e violação massiva de direitos desse grupo minoritário. Contudo, embora o crescimento do índice de violência ainda seja alarmante, conforme análise de recentes julgados do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, constatou-se que o ordenamento jurídico brasileiro, com o passar dos anos, vem apresentando evolução acerca da proteção dos direitos fundamentais das pessoas trans, como a possibilidade de retificação do nome e gênero sem necessidade de cirurgia, a união estável e casamento das pessoas do mesmo sexo, a aplicação da Lei Maria da Penha às mulheres trans e a viabilidade de escolha acerca da unidade de cumprimento de pena, de acordo com critério de autodeclaração do gênero.

**Palavras-chave:** Gênero. Direitos fundamentais. Mulher transgênero.

**ABSTRACT:** It is an approach with the aim of demonstrating the evolution of the protection of the rights of transgender women in our legal system. Gender is a social construction.

---

445 Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo. Mestre em Direito pela Universidade de STEINBEIS – Alemanha. Especialista em Direito Civil e Processo Civil pela Universidade Gama Filho – RJ; em Ciências Jurídicas pela Universidade de Lisboa-Portugal e em Direito de Família, pela Faculdade de Direito de Vitória – FDV. Escola Superior da Magistratura do Estado do Espírito Santo – ESMAGES.



Therefore, gender identity is the way an individual identifies himself to society, regardless of his biological sex, being able to define himself, in this way, as a transgender person. Transgender, on the other hand, is a person who identifies with a gender other than their biological sex. Thus, the trans woman, despite having the biological sex as male, identifies with the female gender and wants to be recognized in this way. There is, in society, a picture of prejudice and massive violation of rights of this minority group. However, although the increase in the rate of violence is still alarming, according to the analysis of recent judgments of the Federal Supreme Court and the Superior Court of Justice, it was found that the legal system Over the years, the Brazilian population has presented an evolution regarding the protection of the fundamental rights of trans people, such as the possibility of correcting the name and gender without the need for surgery, the stable union and marriage of people of the same sex, the application of the Law Maria da Penha to trans women and the feasibility of choosing the unit to serve the sentence, according to the criterion of self-declaration of gender.

**Keywords:** Gender. Fundamental Rights. Transgender Woman.

**SUMÁRIO:** 1 – Introdução; 2. Desenvolvimento: 2.1. Orientação sexual e gênero como direitos fundamentais; 2.2. Violência de gênero; 2.3. Evolução legal e jurisprudencial da proteção dos direitos da mulher transgênero; 3 - Conclusão; Referências.

## 1 INTRODUÇÃO

O presente artigo possui como objetivo esclarecer a diversidade de hipóteses de orientação sexual e identidade de gênero, bem como suas violações e a evolução do ordenamento na proteção dos direitos das mulheres transgênero.

Inicialmente, será destacado o direito de cada pessoa ser tratada conforme sua identidade de gênero, a qual pode se dividir em cisgêneras, transgêneras, travestis ou transexuais, conforme será explicitado adiante.

Outrossim, em que pese a evolução da proteção do direito fundamental à identidade de gênero, como com o reconhecimento da homofobia como crime, conforme recente decisão do Supremo Tribunal Federal, trata-se ainda, de grupo vulnerável, em que há reiterada e violação diária dos seus direitos, sendo o Brasil o país que mais mata pessoas transexuais e travestis, o que traz a importância do debate em torno da temática.

O método científico escolhido para estudar o tema é o da pesquisa teórica e bibliográfica, não se limitando aos aspectos legais, mas principalmente com foco na análise dos recentes julgamentos realizados pelo Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal, que reconheceram diversos direitos à minoria em questão.

## 2. DESENVOLVIMENTO

### 2.1 ORIENTAÇÃO SEXUAL E GÊNERO COMO DIREITOS FUNDAMENTAIS.

A orientação sexual é a atração emocional, afetiva ou sexual que o indivíduo sente pelo outro. Nos termos do Princípio de Yogyakarta<sup>446</sup>, orientação sexual consiste em:

[...] uma referência à capacidade de cada pessoa de ter uma profunda atração emocional, afetiva ou sexual por indivíduos de gênero diferente, do mesmo gênero ou de mais de um gênero, assim como ter relações íntimas e sexuais com essas pessoas.

Assim, de acordo com sua atração sexual, a pessoa pode ser classificada em homossexual, heterossexual, bissexual ou assexual, sendo estas as conceituações de orientação sexual mais comuns.

Na heterossexualidade, há atração emocional, afetiva ou sexual por pessoa de gênero diferente, enquanto na homossexualidade, essa atração é por pessoa do mesmo gênero. A bissexualidade ocorre quando há atração pelos dois gêneros e a assexualidade é a ausência de atração sexual.

A identidade de gênero, por sua vez, é a forma como o indivíduo se identifica, como se descreve e deseja ser reconhecido perante a sociedade, independente do seu sexo biológico. Também nos termos dos Princípios de Yogyakarta, identidade de gênero é:

[...] profundamente sentida experiência interna e individual do gênero de cada pessoa, que pode ou não corresponder ao sexo atribuído no nascimento, incluindo o senso pessoal do corpo (que pode envolver, por livre escolha, modificação da aparência ou função corporal por meios médicos, cirúrgicos ou outros) e outras expressões de gênero, inclusive vestimenta, modo de falar e maneirismos.<sup>447</sup>

---

<sup>446</sup>Princípios de Yogyakarta. **Princípios sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero.** Disponível em: <[http://www.dhnet.org.br/direitos/sos/gays/principios\\_de\\_yogyakarta.pdf](http://www.dhnet.org.br/direitos/sos/gays/principios_de_yogyakarta.pdf)> . Acesso em 14 maio 2022.

<sup>447</sup> Princípios de Yogyakarta. **Princípios sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero.** Disponível em: <[http://www.dhnet.org.br/direitos/sos/gays/principios\\_de\\_yogyakarta.pdf](http://www.dhnet.org.br/direitos/sos/gays/principios_de_yogyakarta.pdf)> . Acesso em 14 maio 2022.

Da análise da nossa sociedade, pode-se verificar que o gênero masculino e feminino é uma construção social, ou seja, são papéis construídos na sociedade, de acordo com as interações humanas.

Em contrapartida, o sexo de cada pessoa, é um conceito biológico, pois varia de acordo com a genitália e capacidade de reprodução, conforme cada ser humano nasce.

Portanto, o sexo biológico não pode ser confundido com a identidade de gênero. Todo ser humano possui sexo biológico masculino ou feminino, mas cada um possui identidade de gênero de acordo com o gênero que se identifica.

Diante disso, pode-se citar variações da identidade de gênero conceituando os cisgêneros, transgêneros, transexuais e travestis. As pessoas cisgêneras são aquelas que possuem identidade de gênero correspondente ao sexo biológico, ou seja, integram o padrão aceitável pela sociedade. Transgênero é expressão usada para denominar aqueles que têm identidade de gênero diverso do sexo biológico, tratando-se de conceito amplo.

As pessoas transgêneros podem ser homem transexual ou mulher transexual. A mulher transexual se identifica com gênero oposto ao sexo biológico. Logo, nasceu com sexo biológico masculino, mas se identifica com o gênero feminino e deseja ser reconhecida dessa forma.

As travestis, embora haja controvérsias e muitas vezes semelhança com a própria mulher transexual, pode-se dizer que se reconhecem como um terceiro gênero ou não gênero e muitas vezes, são vistas como marginalizadas.

O presente estudo analisará os direitos dos transgêneros, mas, em especial, a proteção à mulher transexual. Os direitos à identidade de gênero e à orientação sexual devem ser vistos como direitos fundamentais. Embora não haja previsão expressa em nossa Constituição Federal de 88 – CF/88, seu fundamento pode ser extraído da própria dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF/88) da proibição de discriminação (art. 3º, IV, CF/88), ou ainda do art. 5º, §2º, CF/88, que dispõe que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”<sup>448</sup>.

---

448 BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 18 maio 2022.

Com base no referido dispositivo, deve ser utilizada a normativa internacional protetiva dos direitos à identidade de gênero. Pode-se citar, os Princípios de Yogyakarta<sup>449</sup>, que, embora tenham natureza de *soft law*, trazem diversos princípios importantes sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero.

Outrossim, a Opinião Consultiva nº 24450, da Corte Internacional de Direitos Humanos é emblemática acerca da interpretação da proteção dos direitos inerentes à identidade de gênero.

A própria Carta Interamericana de Direitos Humanos<sup>451</sup>, que possui status supralegal em nosso ordenamento interno, traz, em seu art. 1.1 e 5, a obrigação dos Estados em respeitar os direitos e deveres dos indivíduos, sem discriminação de sexo. Cite-se:

Artigo 1. Obrigação de respeitar os direitos.

1. Os Estados Partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social.

A proteção aos direitos em questão pode buscar fundamento ainda, nos precedentes da Corte Interamericana de Direitos Humanos, em especial o Caso Atala Rifo x Chile, no qual o Estado foi responsabilizado pela discriminação por orientação sexual.

A preservação desses direitos pode se dar de forma direta, através das normas supracitadas, bem como de forma indireta, através da interpretação do direito à igualdade, em seu viés substancial, não sendo suficiente a análise apenas do seu aspecto formal.

---

449 Princípios de Yogyakarta. **Princípios sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero**. Disponível em: <[http://www.dhnet.org.br/direitos/sos/gays/principios\\_de\\_yogyakarta.pdf](http://www.dhnet.org.br/direitos/sos/gays/principios_de_yogyakarta.pdf)> . Acesso em: 14 maio 2022.

450 Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Parecer consultivo OC nº 24/2017. Identidade de gênero, igualdade e não discriminação a casais do mesmo sexo**. Disponível em: <[https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_24\\_por.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_por.pdf)> Acesso em: 15 de maio de 2022.

451 **Convenção Americana sobre Direitos Humanos**. Pacto de São José da Costa Rica. Disponível em: <[https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao\\_americana.htm](https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm)> . Acesso em: 18 maio 2022.

A igualdade material ou substancial visa o tratamento de forma desigual dos grupos minoritários, a fim de que possa ser alcançada a verdadeira isonomia entre os grupos. O Supremo Tribunal Federal, trata da igualdade ainda, como reconhecimento, “[...] significando o respeito devido às minorias, sua identidade e suas diferenças, sejam raciais, religiosas, sexuais ou quaisquer outras”<sup>452</sup>.

Dessa forma, busca-se reconhecer e ampliar direitos das pessoas transexuais, diante da histórica violação de sua liberdade e garantias fundamentais, conforme será demonstrado a seguir.

## 2.1 VIOLÊNCIA DE GÊNERO

A violência de gênero é aquela exercida sobre qualquer pessoa ou grupo de pessoas em razão do gênero que possuem ou se identificam. Historicamente, o gênero feminino sempre foi o mais vulnerável às diversas violações, sendo a mulher vítima de uma sociedade machista e patriarcal.

Ocorre que, quando se fala em violência do gênero feminino, deve-se levar em consideração não apenas o sexo biológico, conforme supracitado, mas também a identidade de gênero.

Dessa forma, assim como o sexo biológico feminino, o gênero feminino sempre foi culturalmente violado. Tais violações envolvem violência física, mas também a moral, psicológica, sexual ou patrimonial.

Em nosso ordenamento jurídico, tem-se a Lei 11340/06, que define expressamente os tipos de violência passíveis de serem sofridas pelo gênero feminino:

Art. 7º São formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, entre outras:

I - a violência física, entendida como qualquer conduta que ofenda sua integridade ou saúde corporal;

II - a violência psicológica, entendida como qualquer conduta que lhe cause dano emocional e diminuição da autoestima ou que lhe prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação,

---

<sup>452</sup> **STF. ADC 41.** Relator Ministro Roberto Barroso . Data de Julgamento: 08 junho 2017, Plenário. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4917166>> . Acesso em: 20 maio 2022.

isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, violação de sua intimidade, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação;

III - a violência sexual, entendida como qualquer conduta que a constranja a presenciar, a manter ou a participar de relação sexual não desejada, mediante intimidação, ameaça, coação ou uso da força; que a induza a comercializar ou a utilizar, de qualquer modo, a sua sexualidade, que a impeça de usar qualquer método contraceptivo ou que a force ao matrimônio, à gravidez, ao aborto ou à prostituição, mediante coação, chantagem, suborno ou manipulação; ou que limite ou anule o exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos;

IV - a violência patrimonial, entendida como qualquer conduta que configure retenção, subtração, destruição parcial ou total de seus objetos, instrumentos de trabalho, documentos pessoais, bens, valores e direitos ou recursos econômicos, incluindo os destinados a satisfazer suas necessidades;

V - a violência moral, entendida como qualquer conduta que configure calúnia, difamação ou injúria.

Todas hipóteses de violência acima, incidem também na vida das mulheres transgêneros, sendo, inclusive, a Lei 11340/06 aplicável em sua proteção, conforme será visto adiante.

Um ponto alarmante objeto deste trabalho, é a constatação feita através do estudo realizado pela Associação Nacional de Travestis e Transexuais, o qual concluiu ser o Brasil o país em que mais ocorre assassinatos de transexuais e travestis.

Conforme se extrai da referida pesquisa, as mortes das pessoas transgênero, ocorrem, em sua maioria, com brutalidade, utilizando-se de meios cruéis e ainda, com uma tendência de golpes em órgãos íntimos e rosto, o que demonstra tratar-se de crime de ódio e discriminação.

Dentre o grupo LGBTIQIA+ - (lésbicas, gays, bissexuais, transexuais, travestis, queer, intersexo e assexuais), o grupo que sofre mais violência são as mulheres transexuais e as travestis.

Conforme resultado da pesquisa supracitada, no ano de 2021, ocorreram “[...] pelo menos 140 (cento de quarenta) assassinatos de pessoas trans, **sendo 135 (cento e trinta**

**e cinco) travestis e mulheres transexuais**, e 05 (cinco) casos de homens trans e pessoas transmasculinas”<sup>453</sup>.

Percebe-se que pelo fato de se apresentarem fisicamente com traços e expressões femininas, o estigma da violência se repete assim como ocorre com as pessoas com sexo biológico feminino.

As mulheres cisgêneros são violentadas diariamente, conforme se verifica em todos os noticiários ou redes sociais. Ocorre que, quando se trata da mulher trans, o índice de violência é ainda maior.

A diferença reside no fato de que o Poder público realiza pesquisas e aponta dados referentes a violência de gênero da mulher cis, mas tais dados não incluem o número elevado de vítimas transexuais. Essa ausência de notificação ou de divulgação dessas informações, trazem ainda mais invisibilidade às pessoas trans.

Além disso, na atual era digital em que vivemos, a disseminação de informações de ódio, inclusive com as famosas *fake news*, ampliam o discurso de ódio contra as mulheres transgêneros, o que, conseqüentemente, amplia o cometimento de crimes de ódio.

Outro fator relevante para a perpetuação e ampliação dessa violência, são discursos de líderes governamentais, quando utilizam-se de tom e palavras pejorativas para se referirem aos transgêneros. Tal conduta gera falsa legitimidade do povo ao reproduzir tais discursos, afinal, se espelham em autoridades do País.

Da mesma forma, declarações religiosas discriminatórias são, muitas vezes, utilizadas para aumentar o preconceito contra o grupo em questão e ensinar uma sociedade cada dia mais intolerante com minorias, em inobservância ao Estado laico que se vive.

Em que pese as diversas formas de discriminação por orientação sexual ou identidade de gênero, a pesquisa em questão afirma que a transfobia é a maior causa de violações de direitos pela pessoas transgêneros.

Entende-se por comportamento transfóbico<sup>454</sup>:

---

<sup>453</sup> **Dossiê: Assassinatos e violências contra travestis e transexuais em 2021.** Disponível em: <<https://antrabrazil.files.wordpress.com/2022/01/dossieantra2022-web.pdf>> Acesso em: 14 maio 2022.

<sup>454</sup> **Dossiê: Assassinatos e violências contra travestis e transexuais em 2021.** Disponível em: <<https://antrabrazil.files.wordpress.com/2022/01/dossieantra2022-web.pdf>> Acesso em: 14 maio 2022.

[...] quaisquer atitudes inferiorizantes, degradantes ou humilhantes que pode ou não incluir agressões físicas, verbais, simbólicas, materiais, patrimoniais e/ou psicológicas manifestadas com o intuito de violar direitos, negar acesso ou dificultar a cidadania, coibir a livre expressão de gênero, assim como a de negar o reconhecimento da autodeclaração de gênero de travestis, transexuais e demais pessoas trans, quando sua identidade de gênero for um fator determinante para essas violências ou violações, seja por ação direta ou por omissão.

Importante citar que, além de serem vítimas da própria sociedade, as mulheres transgêneros são, muitas vezes, vítimas da violência policial e institucional, enraizadas em preceitos discriminatórios, ocorrendo, neste caso, a vitimização secundária, pelos agentes estatais que deveriam protegê-las.

Verifica-se ainda que os suspeitos de crimes contra as pessoas trans, em sua minoria são identificados, restando a maioria dos casos de violência sem solução acerca do autor do delito. Contudo, quando identificados, são, em sua maioria, homens cisgêneros.

É ainda mais preocupante a constatação de que, desde 2017, os crimes contra transexuais vêm aumentando em todo o mundo, inclusive no Brasil. Em contrapartida, o mesmo estudo traz a informação que o Brasil é o 2º país mais avançado em conquistas de direitos da população LGBTQIA+.

Diversos fatores contribuem para o alto índice de violência contra a população transgênero e, em especial à mulher transexual, entre eles, podem ser destacados, além dos supracitados, a estrutura patriarcal e cisgênero do nosso Estado, a ausência de políticas públicas específicas, a dificuldade de acesso à saúde e delegacias especializadas, com tratamento humanitário, legislações ardis acerca de ideologia de gênero e ausência de casas ou abrigo para pessoas trans expulsas de casa pelos familiares.

Conclui-se, portanto que, em que pese haver um aumento da proteção legislativa e jurisprudencial, a consciência da sociedade, com respeito às minorias, prevenção, educação em direitos e políticas públicas para esse grupo, ainda não são pautas prioritárias em nosso País.

### 2.3 EVOLUÇÃO LEGAL E JURISPRUDENCIAL DA PROTEÇÃO DOS DIREITOS DA MULHER TRANSGÊNERO

Com o advento do neoconstitucionalismo, a força normativa da Constituição e dos princípios ampliaram significativamente. Diante disso, os direitos fundamentais



constitucionais passaram a ser aplicados a todo ordenamento jurídico, logo, as leis passaram a ser interpretadas sob um viés constitucional.

A proteção à mulher transgênero não veio expressa em nenhuma legislação do ordenamento jurídico brasileiro. Diante disso, com o passar dos anos e a necessidade de proteção à esse grupo vulnerável, o Supremo Tribunal Federal se viu obrigado a realizar interpretações conforme a Constituição, exercendo seu papel de guardião da Constituição Federal.

Questões como a proteção das pessoas transgêneros, já se encontram implicitamente previstas na Constituição Federal, diante de seus preceitos fundamentais. Logo, são naturalmente potenciais pretensões jurídicas e demandas de grande repercussão.

Ao serem levadas ao Judiciário, constituem o fenômeno da Judicialização, onde há uma transferência de poder de decisão de questões relevantes para o Judiciário, mas não por escolha, mas em respeito à inafastabilidade da Jurisdição.

Diante disso, diversas conquistas às mulheres transgêneros foram decorrentes das decisões do Supremo Tribunal Federal – STF e do Superior Tribunal de Justiça - STJ.

Inicialmente, pode-se citar a decisão que abrange não apenas às mulheres transgêneros, mas toda a comunidade LGBTQIA+, onde o Pleno do STF, na Ação Direita de Inconstitucionalidade - ADI 4277 e na Arguição de Descumprimento de preceito fundamental - ADPF 132, há mais de dez anos, deu interpretação conforme ao art. 1723, do Código Civil, para autorizar a união estável às pessoas do mesmo sexo, em respeito aos princípios da liberdade, igualdade e dignidade da pessoa humana.

No voto do Relator Ministro Ayres Britto, afirmou-se que a união homoafetiva não pode ser considerada mera sociedade de fato e que se trata de silêncio intencional da CF/88, a qual não vedou a união homoafetiva. Já o Ministro Fux, destacou em seu voto que, se o legislador não o fez, cabe ao Tribunal suprir essa lacuna, afinal, trata-se de direito fundamental.

Posteriormente, o Superior Tribunal de Justiça, no RESP 1.183.378/RS, entendeu não haver óbices legais à celebração de casamento entre pessoas de mesmo sexo. Para regulamentar as referidas decisões, foi editada a Resolução 175, do Conselho Nacional de Justiça, permitindo a conversão da união estável entre pessoas do mesmo sexo e o casamento civil dos mesmos.

No mesmo sentido, há diversas decisões do STJ desde 2017 reconhecendo a possibilidade de adoção por casais homoafetivos ou até mesmo a adoção unilateral, o que deve abranger, em um viés expansivo e de igualdade material, qualquer pessoa integrante do grupo LGBTIQA+.

O uso de banheiro público conforme a identidade de gênero ainda está pendente de julgamento no STF, mas há parecer favorável do Procurador Geral da República, bem como voto favorável do Relator (Recurso Especial n. 845.779).

Em especial proteção aos direitos das pessoas transgêneros, o STF, conferindo interpretação conforme ao art. 58 da Lei n. 6.015, no julgamento a ADI 4275, permitiu a retificação de prenome e gênero da pessoa transgênero diretamente no Cartório de Registros Cíveis, independente da realização de cirurgia de transgenitalização ou a utilização de hormônios.

Referida decisão é uma importante conquista para as pessoas transgêneros. O STF possuía entendimento que seria possível a retificação, mas somente através da via judicial e diversos Juízos exigiam o tratamento hormonal ou a realização de cirurgia.

O entendimento atual do STF segue a linha da Opinião Consultiva nº 24, da Corte Interamericana de Direitos Humanos, a qual orientou os Estados a disponibilizarem meios administrativos ou judiciais para que houvesse a alteração de prenome e gênero, desde que sem exigência de necessidade de cirurgia de redesignação de sexo ou hormônios, mas apenas com base no critério da autodeclaração.

Trata-se de entendimento que visa efetivar direito fundamental de acesso à identidade civil dessas pessoas, que, na maioria das vezes não possuem documentos com sua identidade autopercebida, o que influencia, inclusive, no seu direito ao emprego, diante da marginalização, preconceito e dificuldades encontradas.

Ademais, a necessidade de cirurgia possuía viés arcaico de tratar a transexualidade como patologia, o que deve ser repellido.

Diante deste entendimento do STF, foi editado o Provimento 73/2018, do Conselho Nacional de Justiça, a fim de regulamentar a alteração diretamente no Cartório.

Nas ADIS´s 5.537 e 5.580, o STF decidiu acerca da questão da "Escola sem Partido". Referidas ADI's impugnavam leis estaduais que proibiam debates de questões acerca de ideologia de gênero em salas de aula.

O Relator, Ministro Barroso, em seu voto, destacou o direito humano fundamental a uma educação emancipatória, devendo ser ampliado debates culturais em sala de aula, através de uma "educação plural", sendo relevante o aluno, que está em fase de evolução

e crescimento, ter acesso a diferentes visões de mundo. O Relator tratou do mito da “neutralidade” e afirmou que uma Escola sem partido, em verdade, é de um partido só.

Em 2020, o STF voltou a tratar do tema, na ADPF 460 e nessa oportunidade, afirmou, categoricamente que, abordar gênero e sexualidade nas escolas é dever do Estado, em respeito às liberdades individuais, à tolerância e a convivência com a diversidade.

Outra importante conquista para as pessoas transgênero, foi a decisão do STF, na ADPF 527, em que o relator, Ministro Barroso, autorizou que a mulher trans que esteja cumprindo pena privativa de liberdade tenha direito de escolha acerca da unidade de cumprimento de pena, de acordo com o gênero que se identifica.

Este entendimento foi referendado em sede de Cautelar, a qual abrangeu inicialmente a mulher transexual e após a travesti, estando pendente de julgamento pelo Pleno. Foi estabelecido que a escolha será feita com base no critério de autodeclaração, com posterior decisão motivada do Juízo. Na hipótese de escolha por presídio masculino, a mulher trans deverá cumprir pena em área reservada que preserve sua segurança.

A escolha por presídio masculino pode ocorrer, inclusive, para preservação de laços afetivos criados, relacionamento amoroso ou ainda, como forma de sobrevivência, através da prostituição, sendo infelizmente esse quadro ainda comum para essa população.

Neste mesmo sentido, o Princípio 9, item c, dos Princípios de Yogyakarta<sup>455</sup>, traz que “[...] é dever dos Estados assegurar, que pessoas detidas participem de decisões relacionadas ao local de detenção adequado à sua orientação sexual e identidade de gênero”.

Os mesmos Princípios trazem ainda expressamente o dever dos Estados em oferecer terapia hormonal, não realizar corte forçado de cabelo e possibilitar a visita conjugal. São direitos dos presos, os quais gozam da proteção a seus direitos básicos assim como todo cidadão.

Ressalte-se que a decisão inicial, possibilitava apenas à mulher transexual o direito de escolha, porém, após análise de demais documentos apresentados, o Relator determinou a abrangência também das travestis com identidade de gênero feminino.

---

455 Princípios de Yogyakarta. **Princípios sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero.** Disponível em: <[http://www.dhnet.org.br/direitos/sos/gays/principios\\_de\\_yogyakarta.pdf](http://www.dhnet.org.br/direitos/sos/gays/principios_de_yogyakarta.pdf)> . Acesso em 14 maio 2022.

Em respeito à referida decisão, o Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução 348/2020, alterada posteriormente pela Resolução 366/2021, prevendo expressamente a possibilidade da mulher transexual e travesti a possibilidade de manifestação de preferência quanto à unidade para cumprimento de pena.

Cabe destacar que, tal requerimento pode ser feito pela pessoa trans em qualquer fase do processo e, em caso de negativa pelo Juízo, é cabível Habeas Corpus para a tutela dos seus direitos.

Recente decisão paradigmática no que diz respeito aos direitos das mulheres trans, foi proferida no REsp 1.977.124, pelo STJ, onde se reconheceu a aplicação da Lei 13140/06 – Lei Maria da Pena, às mulheres trans.

Assim como conforme explicitado durante todo este trabalho de pesquisa, o STJ reconheceu que a Lei 13140 busca proteger a mulher em razão do gênero e não do sexo.

O art. 5º, da Lei 11340 visa a tutela de uma categoria de seres humanos vulneráveis, aqueles do gênero feminino e não à um determinado sexo biológico, não podendo se restringir desta forma.

Logo, diante da relação de domínio e subordinação culturalmente arcaica em nossa sociedade, que justifica o surgimento da Lei 11340, o mesmo entendimento deve ser feito em relação às mulheres trans, em um viés de Igualdade Substancial.

Nesta oportunidade, segue abaixo a ementa do referido julgado, com grifos nossos:

RECURSO ESPECIAL. MULHER TRANS. VÍTIMA DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. APLICAÇÃO DA LEI N. 11.340/2006, LEI MARIA DA PENHA. CRITÉRIO EXCLUSIVAMENTE BIOLÓGICO. AFASTAMENTO. DISTINÇÃO ENTRE SEXO E GÊNERO. IDENTIDADE. **VIOLÊNCIA NO AMBIENTE DOMÉSTICO. RELAÇÃO DE PODER** E MODUS OPERANDI. ALCANCE TELEOLÓGICO DA LEI. MEDIDAS PROTETIVAS. NECESSIDADE. RECURSO PROVIDO. 1. A aplicação da Lei Maria da Pena não reclama considerações sobre a motivação da conduta do agressor, mas tão somente que a vítima seja mulher e que a violência seja cometida em ambiente doméstico, familiar ou em relação de intimidade ou afeto entre agressor e agredida. 2. **É descabida a preponderância**, tal qual se deu no acórdão impugnado, **de um fator meramente biológico sobre o que realmente importa para a incidência da Lei Maria da Pena**, cujo arcabouço protetivo se volta a julgar autores de crimes perpetrados em situação de violência

doméstica, familiar ou afetiva contra mulheres. Efetivamente, conquanto o acórdão recorrido reconheça diversos direitos relativos à própria existência de pessoas trans, limita à condição de mulher biológica o direito à proteção conferida pela Lei Maria da Pena. 3. **A vulnerabilidade de uma categoria de seres humanos não pode ser resumida à objetividade de uma ciência exata. As existências e as relações humanas são complexas e o Direito não se deve alicerçar em argumentos simplistas e reducionistas.** 4. Para alicerçar a discussão referente à aplicação do art. 5º da Lei Maria da Pena à espécie, necessária é a diferenciação entre os conceitos de gênero e sexo, assim como breves noções de termos transexuais, transgêneros, cisgêneros e travestis, com a compreensão voltada para a inclusão dessas categorias no abrigo da Lei em comento, tendo em vista a relação dessas minorias com a lógica da violência doméstica contra a mulher. 5. A balizada doutrina sobre o tema leva à conclusão de que as relações de gênero podem ser estudadas com base nas identidades feminina e masculina. Gênero é questão cultural, social, e significa interações entre homens e mulheres. **Uma análise de gênero pode se limitar a descrever essas dinâmicas. O feminismo vai além, ao mostrar que essas relações são de poder e que produzem injustiça no contexto do patriarcado.** Por outro lado, sexo refere-se às características biológicas dos aparelhos reprodutores feminino e masculino, bem como ao seu funcionamento, de modo que, no meu entender, o conceito de sexo, como visto, não define a identidade de gênero. **Em uma perspectiva não meramente biológica, portanto, mulher trans mulher é.** 6. Na espécie, não apenas a agressão se deu em ambiente doméstico, mas também familiar e afetivo, entre pai e filha, eliminando qualquer dúvida quanto à incidência do subsistema da Lei n. 11.340/2006, inclusive no que diz respeito ao órgão jurisdicional competente – especializado – para processar e julgar a ação penal. 7. **As condutas descritas nos autos são tipicamente influenciadas pela relação patriarcal e misógina que o pai estabeleceu com a filha. O modus operandi das agressões – segurar pelos pulsos, causando lesões visíveis, arremessar diversas vezes contra a parede, tentar agredir com pedaço de pau e perseguir a vítima – são elementos próprios da estrutura de violência contra pessoas do sexo feminino.** Isso significa que o modo de agir do agressor revela o caráter especialíssimo do delito e a necessidade de imposição de

medidas protetivas. 8. Recurso especial provido, a fim de reconhecer a violação do art. 5º da Lei n. 11.343/2006 e cassar o acórdão de origem para determinar a imposição das medidas protetivas requeridas pela vítima L. E. S. F. contra o ora recorrido.

Por fim, pode-se concluir citando o julgamento pelo STF que, em 2019, ao apreciar a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão - ADO nº 26 e o Mandado de Injunção nº 4733, concluiu pela criminalização da homofobia como delito da Lei 7716 – Lei do Racismo.

Diante da contínua omissão legislativa em tipificar o delito de homofobia e o crescente número de delitos envolvendo a população LGBTIQA+, o STF decidiu enquadrar a transfobia e a homofobia como crimes de racismo.

Para o STF, o racismo, visto em sua dimensão substancial:

[...] projeta-se para além de aspectos estritamente biológicos ou fenotípicos, pois resulta, enquanto manifestação de poder, de uma construção de índole histórico-cultural motivada pelo objetivo de justificar a desigualdade e destinada ao controle ideológico, à dominação política, à subjugação social e à negação da alteridade, da dignidade e da humanidade daqueles que, por integrarem grupo vulnerável (LGBTI+) e por não pertencerem ao estamento que detém posição de hegemonia em uma dada estrutura social, são considerados estranhos e diferentes, degradados à condição de marginais do ordenamento jurídico, expostos, em consequência de odiosa inferiorização e de perversa estigmatização, a uma injusta e lesiva situação de exclusão do sistema geral de proteção do direito.<sup>456</sup>

Em que pese haja discussão acerca da referida decisão, onde determinada parte da doutrina entende que houve criação de um tipo penal, em verdadeira analogia *in malam partem*, vedada em nosso ordenamento, compactuo com segunda parcela da doutrina, que identifica ter ocorrido uma interpretação literal evolutiva do termo raça e racismo, devendo abarcar assim, não apenas um grupo vulnerável e dominado pela cor, mas também pela orientação sexual.

Diante do exposto, depreende-se o amplo aspecto de conquistas à população LBGQTIA+, e, em especial às mulheres transgênero. Contudo, em que pese a evolução

---

456 **STF. ADO 26**. Relator Ministro Celso de Melo. Data de Julgamento: 13.06.2019, Plenário. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053>>. Acesso em: 24 maio 2022.

normativa, a prevenção à violação aos seus direitos, à educação e políticas sociais para proteção dessa população ainda precisam crescer exponencialmente em nossa sociedade.

### **3 CONCLUSÃO**

Os índices de violência contra a população transgênero e em especial à mulher transexual, demonstram a transfobia enraizada em nossa sociedade, culturalmente misógina e patriarcal, a ausência de políticas de prevenção pelo poder público e a falta de debates e olhar humanitário para esse grupo vulnerável.

Da análise do presente trabalho, depreende-se que o Judiciário atualmente possui função de destaque na preservação dos direitos da população trans, interpretando a Constituição Federal de 88 e as legislações sob viés protetivo e visando a Igualdade substancial daqueles.

Em contrapartida, o poder Executivo, mantém-se inerte na elaboração de políticas públicas, registros de dados acerca da violência, inserção do assunto em pautas de debates para trazer visibilidade, educação da população cisgênero, educação em direitos da própria população transgênero, oportunidades de emprego ou cursos de profissionalização, acesso à saúde e moradia.

O Legislativo, por sua vez, é ainda mais omissivo. Ao elaborar leis que envolvem debates de gênero, traz legislações discriminatórias que precisam ser invalidadas pelo Judiciário. Além disso, não cumprem com seu dever de criminalização de condutas homofóbicas, obrigando o Judiciário, mais uma vez, decidir questões afetas ao Legislativo, diante de sua reiterada inércia.

O Estado brasileiro, mesmo com a ratificação e promulgação da Convenção Americana de Direitos Humanos, bem como de diversos tratados que protegem direitos de grupos vulneráveis como a população LGBTIQIA+, ainda permanece silente quanto à proteção dessas pessoas e a concretização de seus direitos fundamentais.

A principal materialização dessa omissão é o aumento de índices de violência, especialmente assassinatos, contra a população transgênero, colocando o Brasil em 1º lugar no ranking de países que mais assassinam pessoas trans, em sua maioria, mulheres transgênero, o que abrange a transexual e a travesti.

Portanto, em que pese as conquistas advindas das decisões judiciais aqui debatidas, se faz urgentemente necessário que todas as esferas do Poder Público adotem medidas eficazes, conforme aquelas mencionadas neste trabalho, para trazer mais visibilidade, proteção e efetivação dos direitos a esse grupo hiper vulnerável.

## REFERERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 18 maio 2022.

BRASIL, STF. ADI 4277 e ADPF 132. Relator Ministro Ayres Britto. Data de julgamento: 05.05.2011, Plenário. Disponível em <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=62863>>. Acesso em: 24 maio 2022.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA - CNJ. **Provimento nº 73**, Brasília, 2018. Disponível em <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2623#:~:text=das%20Pessoas%20Naturais.-,Art.,adequ%C3%A1%20Dios%20%C3%A0%20identidade%20autopercebida>>. Acesso em: 20 maio 2022.

CNJ. **Resolução nº 175**, Brasília, 2013. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/1754>>. Acesso em: 20 maio 2022.

CNJ. **Resolução nº 348**, 2020. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3519>>. Acesso em: 20 maio 2022.

CNJ. **Resolução nº 366**, Brasília, 2021. Disponível em <<https://atos.cnj.jus.br/files/original19295820210125600f1c369fdc6.pdf>>. Acesso em: 20 maio 2022

Convenção Americana sobre Direitos Humanos. **Pacto de São José da Costa Rica**. Disponível em: <[https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao\\_america.htm](https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_america.htm)> . Acesso em: 18 maio 2022.

Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Parecer consultivo OC nº 24/2017. Identidade de gênero, igualdade e não discriminação a casais do mesmo sexo**. Disponível em: <[https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_24\\_por.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_por.pdf)> Acesso em: 15 de maio de 2022.

**Dossiê: Assassinatos e violências contra travestis e transexuais em 2021**. Disponível em: <<https://antrabrazil.files.wordpress.com/2022/01/dossieantra2022-web.pdf>> Acesso em: 14 de maio de 2022.

Lei 7.716 de 05 de janeiro de 1989. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l7716.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7716.htm)>. Acesso em: 20 maio 2022.



Lei 11.340 de 07 de agosto de 2006. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm)>. Acesso em: 20 maio 2022.

NOVELINO, Marcelo. **Pós-positivismo e neoconstitucionalismo; e Teoria dos direitos fundamentais**. In Curso de Direito Constitucional. 10. ed. Salvador, JusPodivm, 2015.

PAIVA, Caio. HEEMANN, Thimotie Aragon. **Caso Atala Riffo e crianças vs. Chile**. In. Jurisprudência Internacional de Direitos Humanos. 2. ed. Belo Horizonte, CEI, 2017.

Princípios de Yogyakarta. **Princípios sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero** Disponível em: <[http://www.dhnet.org.br/direitos/sos/gays/principios\\_de\\_yogyakarta.pdf](http://www.dhnet.org.br/direitos/sos/gays/principios_de_yogyakarta.pdf)>. Acesso em: 14 maio 2022.

RAMOS, André de Carvalho. **O Brasil e os Direitos Humanos**. In Curso de Direitos Humanos. 3. ed. São Paulo, Saraiva, 2016.

Revista Jurídica, CONJUR. **Supremo não legislou nem fez analogia ao considerar homofobia como racismo**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-ago-19/paulo-iotti-stf-nao-legislou-equipararhomofobia-racismo>> . Acesso em: 14 maio 2022.

STF. ADC 41. Relator Ministro Roberto Barroso . Data de Julgamento: 08 junho 2017, Plenário. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4917166>> . Acesso em: 20 maio 2022.

STF. ADI 4275. Relator Ministro Marco Aurélio. Data de Julgamento: 01.03.2018, Plenário. Disponível em <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749297749>> . Acesso em: 24 maio 2022.

STF. ADI 5.537 e 5.580. Relator Ministro Roberto Barroso. Data de Julgamento: 25.08.2020, Plenário. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4991079>> . Acesso em: 24 maio 2022.

STF. ADPF 460. Relator Ministro Luiz Fux. Data de Julgamento: 20.06.2020, Plenário. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/919848120/arguicao-de-descumprimento-de-preceito-fundamental-adpf-460-pr-4000157-2020171000000/inteiro-teor-919848128>> . Acesso em: 24 maio 2022.

STF. ADO 26. Relator Ministro Celso de Melo. Data de Julgamento: 13.06.2019, Plenário. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053>> . Acesso em 24 de maio de 2022.

STF. ADPF 527. Relator Ministro Roberto Barroso. Data de Julgamento: 18.03.2021, Medida Cautelar. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15345975525&ext=.pdf>> Acesso em: 24 maio 2022.

STF. MI 4733. Relator Ministro Edson Fachin. Data de Julgamento: 13.06.2019. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753957475>> . Acesso em: 25 maio 2022.

STF. Resp 845.779. Relator Ministro Roberto Barroso, Data de Julgamento: 13.11.2014, Plenário. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=797114>> Acesso em: 25 maio 2022.

STJ. **Lei Maria da Penha é aplicável à violência contra mulher trans, decide Sexta Turma.** Disponível em: <<https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/05042022-Lei-Maria-da-Penha-e-aplicavel-a-violencia-contra-mulher-trans--decide-Sexta-Turma.aspx>> Acesso em: 24 maio 2022.

STJ. Resp 1.183.378/RS. Relator Ministro Luis Felipe Salomão. Data de Julgamento: 25.10.2011. Disponível em <<https://www.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ATC?seq=18810976&tipo=5&nreg=201000366638&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20120201&formato=PDF&salvar=false>> . Acesso em: 25 maio 2022.

**UNIVERSIDAD DEL MUSEO SOCIAL ARGENTINO - UMSA  
DOCTORADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

**ANTÔNIO GILSON ARAGÃO DE CARVALHO:** graduado em Direito. Pós-graduado em Direito Tributário pelo IBET-Instituto Brasileiro de Estudos Tributário. Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais pela UMSA – Universidad del Museo Social Argentino. Instrutor das disciplinas e Professor de Pós-graduação na área de Direito Tributário e Processo Tributário na UNI7.

**El proceso de armonización de la legislación tributaria del mercosur y la necesidad de nacionalizar el ICMS con el propósito de avanzar en el proceso de integración regional**

Tesis de Conclusión del Curso de Doctorado en Ciencias Jurídicas y Sociales, presentada al Departamento de Posgrado de la Universidad del Museo Social Argentino – UMSA.

**Asesor: Prof. Dr. Valdevino Pedro da Silva**

**BUENOS AIRES**

**2014**

## RESUMO

**Introdução.** A harmonização da legislação tributária é de fundamental importância para o fortalecimento do MERCOSUR. No entanto, a problematização enfrentada foi a preocupação do desenvolvimento deste processo e seu reflexo no âmbito do sistema tributário brasileiro. **Objetivo.** Propõe-se investigar a melhor forma de adequar o ICMS em face da implementação da harmonização da legislação tributária no ordenamento jurídico brasileiro, conforme estabelece o Tratado de Assunção. **Métodos.** O processo de investigação científica, foi desenvolvido por meio de pesquisa bibliográfica, ocasião em que foi analisado o Direito Comparado, as obras de especialistas no assunto, bem como, ainda, procedeu-se um estudo nos ordenamentos jurídicos dos Países-parte do bloque, do próprio MERCOSUR e da União Europeia. **Resultados.** O estudo constatou três processos que dificultam o processo de harmonização da legislação tributária: a) o MERCOSUR se pauta pela intergovernabilidade e não pela supranacionalidade, b) os tratados e convenções celebrados pelos países partes não irradiam efeito imediato no direito interno brasileiro, e c) o ICMS (IVA-brasileiro) diverge da cobrança do IVA dos outros três países integrantes do MERCOSUR (Argentina, Uruguai e Paraguai), posto que o ICMS, diferentemente nos outros Países membros, é de competência dos Estados e não da União. **Conclusão.** Após vários estudos chegou-se a conclusão que para alcançar a tão almejada harmonização da legislação tributária, o ICMS terá que, necessariamente, se submeter a um processo de ajuste normativo no âmbito do sistema tributário estabelecido na Constituição Federal.

**Palavras-chave:** MERCOSUL, harmonização da legislação tributária, ICMS.

## RESUMEN

**Introducción.** La armonización de la legislación tributaria es de fundamental importancia para el fortalecimiento del MERCOSUR. Sin embargo, la problemática que debe enfrentar es el tema que preocupa para el desarrollo de este proceso y cómo ello se refleja en el ámbito del sistema tributario brasileño. **Objetivo.** Se propone investigar la mejor forma de adecuar el ICMS frente a la implementación de la armonización de la legislación tributaria en el ordenamiento jurídico brasileño, conforme lo establece el Tratado de Asunción. **Métodos.** El proceso de investigación científica fue desarrollado por medio de investigación bibliográfica, analizando el Derecho Comparado mediante las obras de especialistas en el tema, se realizó un estudio en los ordenamientos jurídicos de los países parte del bloque, del propio Mercosur y de la Unión Europea. **Resultados.** El estudio constató tres procedimientos que dificultan el proceso de armonización de la legislación tributaria: a) el MERCOSUR está pautado por la intergubernabilidad y no por la supranacionalidad; b) los tratados y convenciones celebrados por los países parte no tienen un efecto inmediato en el derecho interno brasileño; y c) el ICMS (IVA brasileño) difiere en la forma de cobrar el IVA con los otros tres países integrantes del MERCOSUR (Argentina, Uruguay y Paraguay) ya que el ICMS, a diferencia de los otros Países miembros es de competencia de los Estados y no de la Unión. **Conclusión.** Después de diversos estudios se ha llegado a la conclusión de que para alcanzar la tan anhelada armonización de la legislación tributaria, el ICMS, necesariamente, tendrá que someterse a un proceso de ajuste normativo dentro del ámbito del sistema tributario establecido en la Constitución Federal.

**Palabras clave:** MERCOSUR, armonización de la legislación tributaria, ICMS.

**SUMARIO:** INTRODUCCIÓN. CAPÍTULO I: La Globalización y los Bloques Económicos: Mercosur y Unión Europea. 1) El Proceso de globalización y su influencia en la formación de los bloques económicos. 1.1) Comentarios sobre el proceso de globalización. 1.2) Las fuerzas económicas de la globalización. 1.2.1) Flujos de mercancías. 1.2.2) Flujos de inversiones. 1.2.3) Flujos de información. 1.3) Aspectos positivos y negativos de la globalización. 1.3.1) Principales aspectos negativos de la globalización. 1.3.2) Principales aspectos positivos de la globalización. 1.3.2.1) Aspectos económicos. 1.3.2.2) Aspectos científicos. 1.3.2.3) Aspectos culturales. 1.4) Economía global y la creación de los bloques regionales. 1.5) Breves comentarios sobre los principales bloques económicos de la actualidad. 1.5.1) Unión Europea. 1.5.2) Nafta. 1.5.3) Mercosur. 1.5.4) Pacto Andino-Comunidad Andina de Naciones. 1.5.5) Apec. 1.5.6) Asean. 1.5.7) Sadc. 1.5.8) Benelux. 2) Etapas del proceso de integración. 2.1) Zona de Libre Comercio o Área de Libre Comercio. 2.2) Unión Aduanera. 2.3) Mercado común. 2.4) Unión Económica y Monetaria. 2.5) Unión Política. 3) Bloque Mercosur. 3.1) Formación y Desarrollo del Mercosur. 3.2) Tratado de Asunción: aplicabilidad, características, principios y objetivos. 3.2.1) Aplicabilidad y características. 3.2.2) Principios básicos. 3.2.3) Principio de Flexibilidad. 3.2.4) Principio de Gradualidad. 3.2.5) Principio de Equilibrio. 3.2.6) Principio de Reciprocidad. 3.2.7) Principio de la No Discriminación. 3.3) Protocolo de Ouro Preto. 3.3.1) Etapa de transición. 3.4) Instituciones del Mercosur. 3.4.1) Consejo del Mercado Común (CMC). 3.4.2) Grupo Mercado Común (GMC). 3.4.3) Comisión de Comercio del Mercosur (CCM). 3.4.4) Parlamento del Mercosur (Parlasur). 3.4.4.1) Principios, objetivos y competencias. 3.4.4.1.2) Principios. 3.4.4.1.3) Objetivo. 3.4.4.1.4) Competencias. 3.4.4.2) Implementación. 3.4.4.3) Mercodiputados. 3.4.5) Foro Consultivo Económico-Social (FCES). 3.4.6) Secretaría Administrativa del Mercosur (SAM). 3.5) Derecho de Integración. 3.5.1) Fuentes de Derecho de Integración. 3.5.1.1) Falta de previsión de aplicabilidad inmediata y de efecto directo. 3.5.1.2) Fuentes originarias, complementarias y derivadas. 3.6) Sistema de Solución de Controversias. 3.6.1) Sistema del Protocolo de Olivos. 3.6.1.2) Controversias entre Estados miembros. 3.6.1.3) Primer nivel: negociaciones directas. 3.6.1.4) Segundo nivel: arbitraje. 3.6.1.5) Tercer nivel: Tribunal Permanente de Revisión (TPR). 3.6.1.6) La obligatoriedad de los informes y de la jurisdicción de los Tribunales. 3.6.1.7) Controversias entre particular y Estado miembro. 3.7) Forma de toma de decisiones. 4) Bloque Unión Europea. 4.1) Informe sobre la Unión

Europea. 4.2) Tratado de Lisboa de 2007. 4.3) La efectiva integración: solidaridad entre los Estados. 4.4) La Supranacionalidad. 4.5) Instituciones de la Unión Europea. 4.5.1) Parlamento Europeo. 4.5.2) Consejo Europeo. 4.5.3) Consejo. 4.5.4) Comisión Europea. 4.5.5) Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE). 4.5.6) Tribunal General y tribunales especializados. 4.6) Fuentes del Derecho Comunitario. 4.7) Principios rectores, 4.7.1) Principio de la aplicabilidad inmediata. 4.7.2) Principio de la Primacía. 4.7.3) Principio de la autonomía frente a los órdenes jurídicos. 4.7.4) Principio de la subsidiariedad. 4.8) Fuentes: convenciones, actos unilaterales y principios. 4.8.1) Fuentes originarias, complementarias y derivadas. 4.8.2) Fuentes derivadas específicas. 4.8.3) Directivas. 4.8.4) Decisiones. 4.8.5) Recomendaciones y opiniones. 4.9) Sistema de Solución de Controversias. 4.9.1) La Judicialización Comunitaria. 4.9.2) Legitimados. 4.9.3) Las acciones judiciales comunitarias. 4.9.4) Acción por incumplimiento. 4.9.5) Acción de Nulidad. 4.9.6) Recurso de abstención. 4.9.7) Acción por daños y perjuicios. 4.9.8) Acciones laborales. 4.9.9) Reenvío prejudicial. 4.10) Forma de toma de decisiones. 5) La Incorporación de los Tratados Internacionales del Derecho Interno. 5.1) Las tesis monista y dualista. 5.1.1) Monismo. 5.1.2) Dualista. 5.2) El criterio de la doctrina nacional. 5.3) El criterio del Supremo Tribunal Federal –STF– y los Tratados Internacionales. 5.3.1) Postura del STF anterior al año 1977. 5.3.2) Postura actual del STF: después del RE 80.004-SE (1977). **CAPÍTULO – II** Federalismo Tributario y la armonización de la legislación tributaria. 6) Federalismo. 6.1) Tipos de Estado. 6.1.1) Estado Unitario. 6.1.2) Estado constitucionalmente descentralizado. 6.1.3) Estado Federal. 6.2) Historia del Federalismo. 6.3) Procesos de formación del Estado Federal. 6.4) Principios que caracterizan al federalismo. 6.5) Especies de federalismo. 6.5.1) Federalismo dual o dualista. 6.5.2) Federalismo cooperativo. 6.5.3) Federalismo de integración. 6.5.4) Federalismo de equilibrio. Federalismo simétrico y asimétrico. 6.6) El Federalismo Tributario. 6.6.1) Naturaleza Jurídica del Estado Federal. 6.7) Distribución de competencias. 6.8) El sistema federativo en la Constitución Federal de 1988. 6.9) Federalismo Fiscal. 6.10) Principales ventajas y desventajas del federalismo fiscal. 6.11) El federalismo fiscal en la Constitución Federal de 1988. 6.12) Federalismo Fiscal Brasileño. 7) Armonización de la Legislación Tributaria. 7.1) Breve esbozo sobre la forma de tributación en los países integrantes del Mercosur. 7.1.1) Sistema tributario de

Argentina. 7.1.2) Sistema tributario de Paraguay. 7.1.3) Sistema Tributario de Uruguay. 7.1.4) Sistema Tributario de Brasil. 7.2) El Proceso de Armonización de las legislaciones tributarias. 7.2.1) La importancia de la armonización tributaria. 7.3) Las técnicas de aproximación legislativa: coordinación, armonización y normalización. 7.3.1) Coordinación. 7.3.2) Armonización. 7.3.3) Normalización. 7.4) Métodos de armonización legislativa aplicable en el Mercado Común Del Sur. 7.5) La preocupación por las legislaciones tributarias. 7.6) Informe sobre la armonización de los impuestos generales al consumo en el MERCOSUR. 7.7) Descripción de los impuestos sobre el consumo aplicados en los Estados miembros del MERCOSUR. 7.8) Las principales diferencias detectadas. 7.9) La armonización de los impuestos generales sobre el consumo. 7.10) Tratado de Asunción y la armonización de los impuestos generales sobre el consumo. 7.11) Alternativas para una armonización restringida. 7.12) Consideraciones finales. 7.13) La Experiencia de la Armonización Tributaria en la Comunidad Europea. 7.14) Órganos de la Unión Europea que tienen relación directa con la tributación. CAPÍTULO – III: ICMS – Aspectos generales y controvertidos. 8) Contextualización. 9) Historia del ICMS. 10) Estructura Legal del ICMS (Constitución Federal, la Ley nacional del ICMS y los principios. 10.1) Constitución Federal de 1988 (art. 155). 10.2) Ley Complementaria n.º 87/96. 10.3) Concepto de ICMS. 10.3.1) Operaciones. 10.3.2) Circulación. 10.3.3) Mercancías. 10.3.4) El Vocablo Prestación de servicios. 10.4) Selectividad. 10.5) Inmunidad y No Incidencia del ICMS. 10.5.1) El ICMS no incide sobre operaciones. 10.6) Las alícuotas del ICMS. 10.6.1) Alícuotas mínimas y máximas. 10.6.2) Alícuotas internas – Piso. 10.6.3) Alícuotas – Consumidor. 10.6.4) Diferencial de Alícuotas. 10.7) El Lugar de la Operación y de la Prestación. 10.8) Base Imponible. 10.9) Sujeción pasiva. 10.9.1) Contribuyentes. 10.9.2) Responsabilidad. 10.9.3) Principales contribuyentes del ICMS. 10.9.3.1) Comerciante. 10.9.3.2) Industrial. 10.9.3.3) Productor. 10.9.3.4) Establecimiento. 10.10) La cobranza del ICMS debitado en las Importaciones. 10.11) Principio de la No Acumulación Fiscal. 11) IVA en el Mercado Común Europeo. 12) El ICMS y la concesión de beneficios fiscales (aspectos polémicos). 12.1) La Guerra Fiscal en el Ámbito del ICMS. 12.2) Síntesis histórica sobre la Guerra Fiscal. 12.3) Tipos de incentivos fiscales estatales utilizados en la guerra fiscal. 12.4) La operatividad, en la práctica, de los beneficios fiscales concedidos por los Estados y la forma como estos perjudican el proceso de armonización de la legislación tributaria y el pacto federativo. 12.4.1) Espíritu Santo y el caso FUNDAP.



12.5) Consecuencias de la Guerra Fiscal: perdedores y ganadores. 12.6) Efecto de la guerra fiscal en la vida de los contribuyentes y de los Estados. 12.6.1) Los actos administrativos tendientes a la desestimación de los créditos. 12.7) Efectos de la Guerra Fiscal y el Escenario Jurisprudencial. 12.8) La Guerra Fiscal perjudica al Pacto Federativo. 12.9) Evolución del federalismo fiscal en Brasil y su relación con la guerra fiscal. CONCLUSIÓN. REFERENCIAS.

## INTRODUCCIÓN

El creciente proceso de globalización<sup>457</sup> ha despertado el interés de los países por formar bloques económicos con el fin de fortalecer sus economías y, así, cumplir los deseos de la población interna en un proceso económicamente sustentable, que maximice las riquezas y reduzca las desigualdades sociales de los pueblos que forman las comunidades de cada nación.

De acuerdo a este contexto, la Unión Europea (EU), comunidad que obtiene resultados satisfactorios en el proceso de integración, es un ejemplo a ser seguido por los Estados que tienen el objetivo de formar bloques económicos.

En este sentido, y recorriendo este mismo camino, el Mercado Común del Sur (MERCOSUR) fue concebido con el objetivo de que los países integrantes unan esfuerzos para un mercado común que implique la libre circulación de bienes, servicios y factores productivos, el establecimiento de un arancel externo y la adopción de una política comercial de terceros Estados o bloques económicos.

Para ello, se aspira a la coordinación de políticas macroeconómicas y sectoriales, mediante la adopción de mecanismos que permitan asegurar condiciones adecuadas de competencia entre los Estados miembros.

---

<sup>457</sup> La globalización es un *fenómeno* moderno que surgió con la evolución de nuevos medios de comunicación cada vez más rápidos y más eficaces. Es uno de los procesos de profundización de la integración *económica*, social, cultural, política, con el abaratamiento de los medios de transporte y comunicación de los países del mundo al final del siglo XX y comienzos del siglo XXI. Se genera por la necesidad de la dinámica del capitalismo de formar una aldea global que permita mayores mercados para los países centrales cuyos mercados internos ya están saturados.

Es relevante destacar la importancia de cómo se origina la formación del mercado común, porque en este proceso se incluyen las discusiones acerca de la organización tributaria institucional del bloque.

Arroja a la luz otro aspecto, es que la formación de bloques económicos no se logra repentinamente. Este proceso es de tal complejidad que una de las consecuencias podría ser la modificación de la estructura del ordenamiento interno de cada Estado involucrado en la apertura de las concesiones mutuas y procedimientos de adaptación de la norma frente a la nueva realidad que se pretende construir y aplicar.

Dentro de este contexto de integración, merece especial atención la cuestión de la *armonización legislativa del MERCOSUR*, prevista en el Tratado de Asunción. Es por ello que se trata de encontrar fundamentos teóricos en el Derecho Tributario Comunitario, objetivo principal de este proyecto de tesis.

El término armonización corresponde a la aproximación entre diversas legislaciones eliminando gradualmente las diferencias sustanciales para la consecución del mercado común. Es decir, no se deberán armonizar todos los temas sino solamente aquel que impide el desarrollo del proceso integracionista.

Cabe remarcar que en el Tratado de Asunción se encuentran dispositivos, tales como algunos principios y reglas que están intrínsecamente vinculados a la temática de esta investigación, a saber: art. 1.º; consta el requerimiento de que los Estados miembros asuman el compromiso de *armonizar sus legislaciones* en las áreas pertinentes para lograr el fortalecimiento del proceso de integración. Este enfoque está consagrado en el art. 2.º, donde se resalta que el MERCOSUR estará fundado en la reciprocidad de derechos y

obligaciones entre los Estados Parte. Por su parte, en el art. 7.º el Tratado de Asunción determina la igualdad en el tratamiento de los Estados miembros con respecto a los impuestos, tasas y otros tributos. Veamos:

“Artículo 1º - Los Estados Parte deciden constituir un Mercado Común que se deberá formar el 31 de diciembre de 1994 y se denominará "Mercado Común del Sur" (MERCOSUR).

Este Mercado Común implica:

*La libre circulación de bienes, servicios y factores productivos* entre los países mediante, entre otros, la eliminación de los derechos aduaneros y *restricciones no arancelarias* a la circulación de mercancías y de cualquier otra medida equivalente;

El establecimiento de un *arancel externo común* y la adopción de una política comercial común con relación a terceros Estados o agrupaciones de Estados y la coordinación de posiciones en foros económico-comerciales regionales e internacionales;

La coordinación de políticas macroeconómicas y sectoriales entre los Estados Parte, de comercio exterior, agrícola, industrial, fiscal, monetaria, cambiaria y de capital, de servicios, aduanera, de transportes y comunicaciones y otras que se acuerden, a fin de asegurar condiciones adecuadas de competencia entre los Estados Parte y el compromiso de armonizar sus legislaciones en las áreas pertinentes para lograr el fortalecimiento del proceso de integración.

“Art. 2º. El Mercado Común estará fundado en la reciprocidad de derechos y obligaciones entre los Estados Parte.

Art. 7º. En materia de **impuestos, tasas y otros gravámenes internos**, los productos originarios del territorio de un Estado Parte gozarán, en los otros Estados Partes, del mismo tratamiento que se aplique al producto nacional.” (la negrita nos pertenece)

Explicándolo de una manera objetiva, se puede decir que la integración de los mercados intrabloque trata de dar un tratamiento de igualdad a los productos extranjeros, provenientes del Bloque Regional, respecto de los productos nacionales. El ideal de integración está llegando al punto en que la comercialización entre cualquier Estado de la Federación Brasileña sea similar a la comercialización de un Estado brasileño con Argentina, por ejemplo. Lo que determinaría la elección serían los factores que implican el libre mercado y no las restricciones arancelarias (impuestos de importación) y restricciones no arancelarias.

En este sentido, la inquietud de este estudioso al elegir el tema a investigar fue la cuestión de la *armonización legislativa*, en lo que se refiere al *aspecto tributario*.

Después de varios estudios se comprobó que el logro de los principales objetivos del Mercosur (integración política y económica) pasa necesariamente por una minuciosa *armonización del sistema tributario* entre los Estados Parte. Es inconcebible cualquier paso adelante en el proceso de integración sin haberse alcanzado este camino.

Por lo tanto, entiendo que entre las *armonizaciones legislativas* necesarias, la que más carece de cuidados es la que se refiere a la tributaria y esto impacta directamente en la estructura del Estado brasileño por afectar frontalmente la cuestión de las competencias constitucionales.

Teniendo en cuenta lo que ha sido expuesto, se entiende que la *problemática* a enfrentar es la forma en cómo el proceso de armonización tributaria se reflejará en el sistema tributario brasileño ya que el ICMS (IVA brasileño), a diferencia de los otros Países miembros, es de competencia de los Estados y no de la Unión Europea. Por lo tanto el

gran obstáculo es el hecho de que Brasil fue el único de los integrantes del bloque que no posee un IVA federal (ICMS). Este hecho ocasiona una distorsión en el cobro del impuesto tanto a nivel regional como en la importación de bienes y mercancías, puesto que cada Estado, de acuerdo con el aspecto cuantitativo del impuesto (base Imponible, alícuotas), aplica una carga tributaria<sup>458</sup> diferente para cada producto.

Asimismo, es necesario destacar que la diferencia fundamental entre el *ICMS* (Impuesto sobre operaciones relativas de la circulación de mercancías y prestaciones de servicios de transporte interestatal e intermunicipal y de comunicación), adoptado por Brasil, y el *IVA* –Impuesto al Valor Agregado–, perteneciente a Argentina, Paraguay y Uruguay, es la característica de *neutralidad*<sup>459</sup>, esencial para la integración económica (armonización tributaria), que se encuentra en el IVA y que falta en el ICMS. Esta *neutralidad* pretende alcanzar la igualdad entre los agentes reduciendo con ello la utilización extra fiscal del ICMS como incentivo al desarrollo de determinados sectores de la economía.

El problema es que el ICMS tiene características no sólo fiscales, de recaudación, sino también extrafiscales cuando se lo utiliza para las políticas de inversión. Sin embargo, estas políticas han generado conflictos entre los Estados componentes de la Federación Brasileña entre sí, con los Estados Participantes del MERCOSUR.

---

458 El concepto de carga tributaria aquí empleado es en el sentido del valor total del impuesto (ICMS) a pagar en cada operación. Por ejemplo, en la importación de determinado producto, la carga tributaria es el valor en Reales (R\$) del impuesto a pagar.

459 Neutralidad quiere decir que el sistema tributario no debe influir en la evolución natural de la economía. Es decir, no debe influir en la competitividad ni en las decisiones de las empresas ni tampoco en el comportamiento del consumidor/contribuyente.

Ante todas estas dificultades, derivadas de la asimetría tributaria entre Brasil y los demás Estados del MERCOSUR, y considerando la necesidad urgente en la búsqueda de la armonización tributaria, las preguntas que surgen y carecen de respuestas son las siguientes:

- 1) Si la respuesta al gran problema es la federalización del ICMS, ¿cómo compatibilizar esta opción con el pacto Federativo?
- 2) ¿Es posible lograr la armonización tributaria unificando solamente el cobro del impuesto a la importación, es decir, proponiendo la institución de una Enmienda Constitucional que modifique el capítulo del Sistema Tributario de la Constitución Federal, donde se fijen normas para el establecimiento del aspecto cuantitativo del impuesto (alícuotas y la base Imponible) que abarquen a todos los productos; prohibiendo, sin embargo, la posibilidad de que los Estados promuevan de forma diferente?

Como se ve, son grandes los desafíos para concretar la armonización de la legislación tributaria en el ámbito del MERCOSUR.

Basándonos en estas consideraciones iniciales dividimos el presente trabajo en tres capítulos.

En el primer capítulo, analizamos el fenómeno de la globalización y su influencia ejercida en la formación de los bloques económicos. A continuación, estudiamos las etapas del proceso de integración. Posteriormente, verificamos la estructura de los bloques que hemos investigados, el MERCOSUR y la Unión.

Más adelante, hacemos un análisis sobre el tema de la incorporación de los Tratados Internacionales en el Derecho Interno, haciendo énfasis en las cuestiones de las tesis monista y dualista, para luego verificar la postura de la doctrina y la jurisprudencia.

En el segundo capítulo desarrollamos un preciso estudio sobre el Federalismo Tributario y la cuestión del punto nodal de nuestra investigación, vale decir, la Armonización de la Legislación Tributaria. En el Federalismo, perquirimos en la doctrina acerca de los diferentes tipos de Estados (Estado Unitario y Descentralizados). Profundizamos el estudio en el sentido de apoyar nuestra investigación recopilando datos sobre la historia del Federalismo, su proceso de formación, sus principios y sus especies.

En otra ocasión, dedicamos el estudio al aspecto tributario del federalismo, desde el punto de vista de federalismo tributario. De esta manera, analizamos dos de sus principales aspectos, vale decir: a) el de la naturaleza jurídica del Estado Federal y, b) la aplicación de las teorías que explican esa naturaleza jurídica sobre la relación jurídica tributaria. El primer aspecto citado, pretende caracterizar el ejercicio de la forma de poder, por el hecho de que, principalmente, en la mayoría de las constituciones, el Federalismo es un principio constitucional. El segundo, nos refiere a la certeza que la Constitución Federal es el fundamento de todas las discusiones sobre la definición de las facultades de la Federación (poder central) y de los Estados Miembros, no habiendo Derecho alguno fuera de la Constitución Federal. Finalizando este primer tópico, abordamos las principales ventajas y desventajas del federalismo fiscal.

Después de concluir el análisis sobre el federalismo, desarrollaremos un estudio percuciente sobre el fenómeno de la Armonización de la Legislación Tributaria. Para eso,



dedicamos un análisis de suma importancia para que esta pesquisa, o sea, la cuestión de forma de tributación en los países integrantes del MERCOSUR. Así, analizamos el sistema tributario de Argentina, de Paraguay, de Uruguay y principalmente de Brasil. En la secuencia enfocamos la cuestión del proceso de armonización de las legislaciones tributarias, dando énfasis a su importancia, bien como a las técnicas de aproximación legislativa, es decir, la coordinación, armonización y uniformización. Posteriormente, se estudió la cuestión de armonización en lo referente a los impuestos generales sobre el consumo, para posteriormente cotejarlos con el Tratado de Asunción y el tema de la armonización de los impuestos generales sobre consumo.

Finalmente, para que tengamos un estudio comparativo, verificamos la experiencia de la armonización tributaria realizada en la Comunidad Económica Europea.

En el tercer y último capítulo, son presentados los elementos y la estructura del ICMS. Comenzamos contextualizando el tema en discusión para luego tratar sobre sus antecedentes. Se analiza su estructura legal, haciendo un vínculo entre la Constitución Federal, la Ley nacional del ICMS y sus principios.

Más adelante, en la segunda parte de este capítulo, se presentan la dicotomía, el ICMS y la concesión de los beneficios fiscales, que está ocasionando la famosa “guerra fiscal” involucrando a los Estados de la Federación. Abordamos inicialmente la guerra fiscal en el ámbito del ICMS haciendo comentarios sobre sus antecedentes y sobre los incentivos (estatales) utilizados en esta guerra, buscamos demostrar la operatividad en la práctica de los beneficios fiscales concedidos por los Estados, comprobando las

consecuencias de la Guerra (perdedores y ganadores), así como el efecto en la vida de los contribuyentes, de los Estados y, también, el Escenario Jurisprudencial.

Por último, tratamos acerca de su efecto sobre el Pacto Federativo, comentando la evolución del federalismo fiscal en Brasil y su relación con esta guerra.

Como se ve, la simplicidad no es una característica del actual sistema tributario brasileño, perjudicando inmensamente el proceso de integración regional, siendo la mejor solución para la economía brasileña y para la integración del MERCOSUR es buscar una manera de adecuar el ICMS a los procesos de armonización tributaria.

Es en este pensar que en la conclusión de nuestra pesquisa serán presentadas las propuestas las cuales entendemos son factibles y compatibles a nuestro ordenamiento jurídico nacional.

Cabe destacar además, que en el presente trabajo fueron utilizados todos los métodos de investigación pertinente al estudio de examen, en particular el estudio de tipo dogmático jurídico (bibliográfica), en que fueron analizadas las obras de los más destacados especialistas en la materia, tales como: doctrinarios, profesores, juristas, etc. Analizamos también los ordenamientos jurídicos de los Países parte del MERCOSUR, del propio MERCOSUR, de la Unión Europea, bien como artículos, textos extraídos de periódicos jurídicos y *sítios de internet*.

Por último, conviene señalar, además, que la relevancia de este estudio tiene gran importancia teórica y práctica a la vista de la imperiosa necesidad para el fortalecimiento del MERCOSUR. Destacaremos la importancia del tema bajo tres enfoques:

Enfoque científico: la relevancia científica de este trabajo académico consiste en producir nuevos conocimientos científicos que busque la posibilidad de materializar la concepción de la armonización tributaria en el ámbito mercosurino. Sin duda, acreditamos que alcanzado el objetivo pretendido sería un gran avance en la búsqueda de la consolidación de las relaciones tributarias que involucra a los países participantes del MERCOSUR, Sin olvidar, sin embargo, que dentro del ámbito interno de reflexión sería el fin de la guerra fiscal trabada entre los Estados de la Federación brasileña.

Enfoque profesional: se cree que con la consolidación, es decir, con la implementación definitiva de la armonización tributaria, se resuelve por completo los conflictos existentes entre las relaciones tributarias que involucran sobre todo a los empresarios, consumidores, como los profesionales que actúan en el comercio exterior. Por lo tanto, como se puede observar ganan todos en el desarrollo de sus actividades, puesto que les darán una mayor seguridad jurídica, teniendo en cuenta que las normas además de ser claras, también, serán amónicas, dando lugar a un tratamiento igualitario en los cuatro Países parte.

Enfoque social: es imperioso destacar que la contribución social de la presente investigación se hace presente en el hecho de brindar a la sociedad del Mercosur una mejora de las condiciones, transparencia e igualdad en el tratamiento tributario dispensado a la población de los Países parte. De esta manera, con la armonización fiscal implementada en el bloque saldrían ganando todos los profesionales (despachantes aduaneros), operadores de Derecho, y sobre todo la sociedad con el Principio de la No Discriminación, dando más transparencia en la excepción de los impuestos.

## CAPÍTULO I: La Globalización y los Bloques Económicos: MERCOSUR y Unión Europea.

### 1. El Proceso de globalización y su influencia en la formación de los bloques económicos.

#### 1.1) Comentarios sobre el proceso de globalización.

El presente capítulo ira analizando el fenómeno de la globalización, para justificar el surgimiento de los bloques económicos regionales, con el enfoque en el MERCOSUR y la Unión Europea.

La globalización corresponde a un proceso dinámico de interacción entre las naciones, caracterizado por la intensificación de las relaciones económicas, comerciales y culturales. Además las constantes innovaciones tecnológicas en las áreas de transporte y comunicaciones son capaces de disminuir las distancias y trascender las fronteras nacionales. El concepto de *Aldea Global* se encuadra en este contexto, porque está relacionada con la creación de una red de conexiones que deja las distancias cada vez más cortas, facilitando las relaciones culturales y económicas de forma rápida y eficiente.

Por cierto, veamos la valiosa lección de Raúl Granillo Ocampo<sup>460</sup>:

“Podríamos decir que la globalización es un proceso político que tiende a la integración de los Estados, que nace a partir de un hecho cultural (las innovaciones tecnológicas y la revolución de las comunicaciones) y que tiene consecuencias económicas, sociales, culturales y políticas y su corolario en el universo jurídico, al haberse introducido modificaciones en el universo fáctico.

En síntesis, podemos sostener que 1) *se trata de un proceso político que tiende a la integración de las sociedades en una comunidad mundial*; 2) *se alimenta de hechos socio-culturales (el avance tecnológico y la revolución comunicacional)*, pero tiene sus consecuencias radicales 3) *en el orden económico, social, cultural, y 4) jurídico de todo el globo.*

---

460 **Derecho público de la integración.** Buenos Aires: Ábaco de Rodolfo Depalma, 2007, p. 34 y 35.

Conforme lo destaca Demétrio Magnoli<sup>461</sup>, Globalización es el proceso por el cual la economía mundo se identifica con la economía mundial. O dicho de otro modo, es el proceso por el cual el espacio mundial adquiere unidad. Muchos historiadores afirman que este proceso tiene inicio en los siglos XV y XVI con las *grandes navegaciones y los descubrimientos marítimos*, cuando ocurrió un incremento del comercio entre las más diversas partes del mundo<sup>462</sup>. Este marco histórico fue seguido por una necesidad de aumentar la escala de producción lo que culminó con la Revolución Industrial durante los siglos XVIII y XIX. En ese periodo las modificaciones en la estructura de producción sustituirían gradualmente el trabajo artesanal y la manufactura, principalmente con la introducción de la maquina a vapor y posteriormente la utilización de la energía eléctrica.<sup>463</sup>

Sin embargo, parte de la doctrina afirma que la globalización se logró de forma más sólida a final del Siglo XX, poco después de la caída del socialismo en el este europeo y

---

461 MAGNOLI, Demétrio. **Globalização Estado nacional e espaço mundial**. 2ª ed. São Paulo. Ed. Moderna, 2008, p. 11.

462 Hay quien afirme, como Raúl Granillo Ocampo, que es de la época del Imperio Romano, veamos: "(...) la realidad es que este fenómeno es realmente antiguo y se ha hecho presente en varias oportunidades en el tránsito cultural del ser humano. Basta recordar al Imperio Romano, que conquistó gran parte del mundo conocido en aquella época (para los romanos el mundo era Europa más los países del Mediterráneo), estableciendo un nuevo orden jurídico-político, fomentando el intercambio comercial y la creación de un nuevo paradigma económico de tipo colonial, mediante un sistema impositivo y monetario unificado." (Op. cit., p. 36)

463 DANTAS, Ivo. *Direito Constitucional Econômico: globalização e constitucionalismo*. Curitiba: Juruá, 1999, p. 32.

en la Unión Soviética.<sup>464</sup> El neoliberalismo, que ganó fuerza en la década del 1970, impulsó el proceso de globalización económica.

Además, en este siglo no se debe descuidar que la expansión de los mercados financieros y de las empresas transaccionales se correspondía con el evento más relevante en cuanto a la ampliación de los flujos de capitales y mercancías en un mundo globalizado. A partir de la década de 1950 las empresas transaccionales comenzaron a direccionar sus filiales para los países sub desarrollados y en poco tiempo, pasaron a dominar el comercio internacional.

Cuanto más de esas empresas fueron creciendo, expandiendo sus mercados, necesitaron más inversiones tecnológicas y de aplicación de nuevos métodos de producción. Estos métodos establecieron una mayor flexibilidad en los sistemas de innovación y fabricación de los productos, a fin de atender *mercados* consumidores de localidades distintas y aprovechar de la mejor manera posible la utilización del espacio, de las materias primas y de su mano de obra.

Por lo tanto, las empresas buscaban alcanzar el abaratamiento del proceso productivo en las industrias. Muchas de ellas producen sus mercancías en varios países con el objetivo de reducir los costos. Optan por los países donde la mano de obra<sup>465</sup>, la

---

464 "El fin de la Guerra Fría inaugura el comienzo de un nuevo ciclo histórico que conocemos con el nombre de globalización o mundialización, el cual, relacionado en principio con lo económico-financiero, fue paulatinamente envolviendo las esferas de lo político y lo cultural. (DOMINGUEZ, Maria Teresa Moya. **Derecho De La Integración: Mercosur: Instituciones Y Fuentes Unión Europea Y Comunidad Andina: Estudio Comparado**. Ed. Ediar, 2006, P. 43).

465 Cf. Demétrio Magnoli. Los bajos costos de la fuerza del trabajo funcionaron como factores de industrialización de países pobres cuyos gobiernos garantizaban la estabilidad política e la apertura comercial. Op. cit., p. 11.)

materia prima y la energía eléctrica son consideradas más económicas. Como por ejemplo, un calzado puede ser diseñado en *Estados Unidos*, producido en *China*, con materia prima de *Brasil*, y comercializado en diversos países del mundo.

En este mismo sentido, es la línea doctrinaria de Robert Gilpin<sup>466</sup>:

“En tal sentido, de las lecturas realizadas nos parece que la mejor síntesis de su valor ha sido expuesta por Kenichi Ohmae. El autor, para responder al interrogante de si el Estado es el principal actor de la economía global, apela a la existencia de una serie de flujos que llama de las cuatro “I”. Contabiliza entonces que la *inversión* ya no está restringida y aparece en manos en cualquier actividad del mundo donde la oportunidad es atractiva; la *industria* es de orientación mucho más global que hace una década; la *información tecnológica* hace posible que las compañías operen en varias partes del mundo sin tener que construir un sistema completo de negocios en cada país, y los *consumidores individuales* están menos condicionados por las inducciones gubernamentales.”

El conjunto de modificaciones tecnológicas que se produjeron a partir de la década de 1970 fue conocido como la *Revolución Técnico-Científica*. Además de cambiar la estructura de producción y comercialización, estas transformaciones introdujeron descubrimientos que llevaron al actual modelo de telecomunicaciones. Entre esos descubrimientos podemos identificar la robótica, la microelectrónica y los satélites.

María Teresa M. Domínguez,<sup>467</sup> afirma que estos fenómenos son las causas de la globalización:

“(…) Existen causas tecnológicas y económicas que influyen en el plano político y facilitan la globalización. Se trata de la aceleración que los adelantos científicos y tecnológicos han dado a la

---

466 GILPIN, Robert *apud* MIDÓN, Mario A. R.. **Aspectos institucionales del Mercosur**. Buenos Aires: RUBINZAL . CULZONI, 1998, p. 26.

467 DOMINGUEZ, Maria Teresa Moya. **Derecho De La Integración: Mercosur: Instituciones Y Fuentes Unión Europea Y Comunidad Andina: Estudio Comparado**. Ed. Ediar, 2006, pp. 43 y 44.

producción agraria, industrial, de servicios y de información, entre otras, lo que permitió relativizar las nociones de tiempo y espacio y transformar al mundo en una *aldea global*.”

La *Revolución Técnico-Científica* contribuyó para el desarrollo de productos que utilizamos en nuestro cotidiano como los microcomputadores, *smartphones* y *tablets*, responsables por el acceso a las redes sociales y por la transmisión de gran cantidad de información en tiempo real. Esas herramientas también determinaron la integración de las bolsas de valores alrededor del mundo y permitieron un flujo dinámico y constante de información, capitales y mercancías.

Actualmente la globalización está en una etapa de interacciones avanzadas entre los países, lo que es evidente en las crisis cíclicas del sistema capitalista, que están alcanzando cada vez más rápidamente las naciones más industrializadas. Otro hecho destacado es que los países considerados emergentes están comenzando a participar más activamente del sistema económico financiero mundial, desde que la inserción de estos países, desde hace dos décadas atrás, estaba limitada a la periferia del capitalismo mundial y al suministro de materias primas.

### 1.2) *Las fuerzas económicas de la globalización*

La globalización se realiza por la intensificación y por la profundización de los flujos económicos, intensificado también, por la revolución industrial y los sucesivos ciclos de innovación tecnológicas que la misma desencadenó.



El comercio internacional, las inversiones de capital en el exterior y los flujos de información integran las economías y los mercados nacionales en una economía mundo que abarca a todo el planeta.<sup>468</sup>

La tercera Revolución Industrial o la revolución tecno científica, comenzó a cambiar el panorama productivo mundial en la década de 1980. Los fundamentos de esa nueva era industrial reposan sobre la emergencia de las tecnologías<sup>469</sup> de la microelectrónica y de la transmisión digital de información de un lado, y sobre la automatización y la robotización de los procesos productivos, de otro. Un conjunto de nuevas ramas industriales – computadoras y *software*, telecomunicaciones, química fina, robótica, biotecnología – y de mercancías revolucionarias dislocó el núcleo de acumulación de riquezas, marginando las industrias tradicionales. El salto de productividad proporcionado por los nuevos métodos de producción repercutió sobre la utilización de la energía y de la demanda de fuerza de trabajo.<sup>470</sup>

### 1.2.1) *Flujos de mercancías*

---

468 Cf. Demétrio Magnoli, Op. cit., p. 23.

469 "Como bien lo expresa Sotelo de Andreau, para entender estos cambios hay dos elementos claves que aparecen afectados por el espacio y el tiempo. ¿Por qué el espacio? Porque hay una nueva dimensión territorial que tiene que ver con la integración y la tecnología. Esta última aumentó la velocidad de las comunicaciones permitiendo el acceso inmediato a las informaciones procedentes de todo el mundo en el mismo momento en que se producen. Ni qué hablar si reflexionamos sobre la llamada realidad virtual, ese mundo sensorial electrónico creado por las computadoras. ¿Por qué el tiempo? Porque el mundo contemporáneo transita en medio de una evolución acelerada. Lo que era válido ayer, no es válido hoy. Vivimos en medio de una sensación de transitoriedad y de provisionalidad." (SOTELO DE ANDREAU, Mirta apud MIDÓN, Mario A. R. **Derecho De La Integración – Aspectos institucionales del Mercosur**. Buenos Aires: Ed. Rubinzal – Culzoni, 1998, p. 26)

470 Cf. Demétrio Magnoli, Op. Cit., p. 16, 17.

Históricamente, el camino en el rumbo de la constitución de una economía internacional fue abierto por la expansión del comercio oceánico, en la época de las Grandes Navegaciones. Actualmente el comercio vuelve a desempeñar un papel de vanguardia en la estructura de la economía globalizada.

Desde la década de 1960, la expansión de los intercambios de mercancías supera el crecimiento del producto mundial. En este sentido, el crecimiento vertiginoso del comercio de mercancías representa un salto en la *integración de los mercados*.<sup>471</sup>

La explosión del comercio mundial fue resultado, en parte, de las políticas liberales puestas en práctica en la posguerra, con la creación del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT). La construcción multilateral de las normas comerciales, concebidas para prevenir el retorno de los proteccionismos que devastaron los intercambios comerciales después de la crisis de 1929, garantizó la reducción constante de los aranceles aduaneros promedio vigentes en los países desarrollados. Los aranceles se reducirían del 40% al 3% en el periodo comprendido en el inicio de la Segunda Guerra Mundial hasta los años 2000. Vale resaltar que el GATT fue sustituido por la Organización Mundial de Comercio (OMC), cuyas normas son consideradas más rígidas, con visión a impedir acciones unilaterales contrarias a la liberalización de intercambio de mercancías.

En otra dirección, hay que verificar que la tendencia a la reducción arancelaria fue impulsada por el retroceso de las políticas de protección del mercado interno conducidas durante décadas en América Latina. Desde los años 80, presionados por las crisis de la deuda externa, que señalaban el agotamiento del ciclo de sustitución de importaciones,

---

471 Cf. Demétrio Magnóli, Op. cit., p. 28.

los países del subcontinente accionaron políticas de apertura que implicaban la participación en zonas de libre comercio. Así, México se integró al Acuerdo de Libre Comercio de América del Norte (NAFTA) mientras que Brasil y Argentina, como veremos adelante, constituirían el Mercado Común del Sur (MERCOSUR).

Sin embargo, debe destacarse que los flujos comerciales representan, cada vez más, un factor dependiente de los flujos de inversiones directos. El crecimiento explosivo de intercambio de mercancías no puede ser comprendido fuera del marco de las inversiones internacionales que entrelazan con más fuerza las economías nacionales.

### 1.2.2) *Flujos de inversiones.*

Los flujos internacionales de inversiones deben ser clasificados en dos grupos.<sup>472</sup> Uno de ellos comprende los *préstamos de capital* concedidos por instituciones intergubernamentales o bancos para gobiernos y empresas privadas y también los capitales financieros aplicados en mercados de acciones, monedas o títulos públicos.

El otro comprende las *inversiones directas*, materializadas en la implementación de unidades productivas en países extranjeros.

Tras la posguerra, la creación del FMI y del BID fue calculada para suplir las necesidades financieras de los países que se integraban a la economía mundial del mercado. De esta manera, su forma de funcionar se producía de la siguiente forma. Los países miembros constituían fondos destinados a los préstamos votados por los comités

---

472 Cf. Demétrio Magnoli, Op. cit., p. 28.

directivos que representaban los gobiernos o bancos centrales. En esa época, pocos sospechaban que algunas décadas más tarde las disponibilidades financieras de esas instituciones se tornarían despreciables frente a la demanda mundial de capital.

Sin embargo, la historia reprodujo un hecho inusitado. La oferta del capital a bajo costo funcionó como una doble trampa. Las instituciones financieras aminoraban las evaluaciones de riesgos, prestando mucho a muchos países. Los tomadores de los préstamos, perturbados por los bajos intereses, se endeudaban pesadamente. Sucede que en el final de la década de 1970 e inicios de los años 80, bajo la afluencia de la elevación de los intereses en Estados Unidos, los intereses internacionales subieron de manera alarmante, generando montañas impagables de deuda que desorganizaban decenas de economías y marcaban el agotamiento de los modelos de industrialización protegida de *Brasil, de Argentina y de México*.

La crisis de la deuda externa resultó en el agotamiento del ciclo de financiamiento internacional por medio de préstamos bancarios. En los años 80, un movimiento de desregulación de los mercados financieros deflagrados por las políticas liberales de *Ronald Reagan* en Estados Unidos y *Margaret Thatcher* (conocida como la Dama de Hierro) en Gran Bretaña generó un nuevo circuito *globalizado de flujo de capitales*, mucho más amplio que aquel comandado por los bancos.

El nuevo circuito global se basaba, en gran parte, en los capitales de los países ricos, se originaban de la captación de ahorros domésticos por los fondos de pensión y los mecanismos previsionales privados. Las pilas colosales de dinero canalizadas por estas instituciones son reaplicadas en los mercados de acciones, de títulos gubernamentales y monedas de alrededor del mundo.

Sin embargo, la sucesión de crisis financieras evidenció los riesgos asociados a los flujos de capital especulativos. En los países subdesarrollados, los modelos basados en ingresos constantes de capitales financieros externos que fueron promovidos por el FMI en la primera mitad de la década del 1990, se derrumbaban como castillos de naipes. Estas crisis dramáticas deflagradas en la esfera de las finanzas arrastraron a las economías hacia la recesión, desmantelaron empresas y generaron desempleo. En el final, enseñaron una importante lección de política económica, atrayendo el interés de los gobiernos hacia otro tipo de inversiones: *los capitales productivos*.

Los *capitales productivos* son, por definición, inversiones de largo plazo. Los mismos no circulan por las pantallas de las computadoras y no se corresponden a papeles ficticios: se materializan en edificios, maquinas, equipamientos, medios de transporte e infraestructuras. Son filiales de corporaciones transnacionales que apuestan en beneficios de largo arriesgando un patrimonio.

En este sentido, en las décadas de posguerra, significativos stock de capitales productivos fluyeron para países de América Latina- Brasil, Argentina, México, Chile – y de otras regiones – Sudáfrica, Irán, Egipto. Estos capitales participaron en proyectos de industrialización protegida guiados por la noción de sustitución de importaciones. La modernización industrial de regiones del Tercer Mundo fue palanqueada por este tipo de financiamiento.

Hemos comprobado que en los años 70 y 80 los capitales productivos se dirigían a los países que orientaban su crecimiento hacia la *integración de la economía global*.

### 1.2.3) *Flujos de información.*

Finalmente, llegamos al último flujo a ser comentado. La revolución de la información se asienta en la emergencia de un conjunto de industrias que participan de la onda contemporánea de innovación tecnológica. La misma mueve una gama creciente de mercancías que implican *computadoras personales, software, satélites espaciales, aparatos de telefonía celular y videotexto, centrales y cables telefónicos de fibras ópticas*, y muchas otras que están por venir. Sus ramificaciones abarcan diversos rubros, como por ejemplo la industria de armamentos, la de telecomunicaciones y la de electrodomésticos.

Sin embargo, probablemente sus mayores repercusiones sean las indirectas. La revolución de la información posibilita un salto en la unificación del mercado mundial. La globalización de los mercados financieros, deflagrada en los años 80, podría no haber sido el fruto exclusivamente de las ideas económicas liberales. Para convertirse en realidad, el supermercado mundial de las finanzas necesita de una base tecnológica, proporcionada por la revolución de la información. Los satélites de comunicaciones y las redes de informática han permitido las operaciones, en tiempo real, 24 horas al día, entre los mercados de monedas, títulos y acciones alrededor del planeta.

La información en tiempo real no es sólo una mercancía, sino el vehículo de todas las mercancías del futuro.

La etapa crucial de esta revolución fue superada a partir de la configuración de una autopista global de información: *internet*. La red nació en Estados Unidos, en el lejano año de 1969, bajo la denominación de *Arpanet*, a partir de la interconexión de pequeñas redes locales operadas por centros de investigaciones y universidades. Sin embargo, su expansión explosiva ocurrió solamente en los principios de la década de 1990 con la

difusión de ordenadores personales, dos cables telefónicos de fibra óptica y de las empresas de servicios *on-line*<sup>473</sup>.

Estas observaciones arriba expuestas encontraron eco en la obra de Raúl Granillo Ocampo<sup>474</sup>:

“En 1980 comienza la última etapa del proceso de globalización, etapa que se extiende hasta nuestro días. La tecnología, en las comunicaciones y en el transporte, avanzó a pasos de gigante, el comercio creció a niveles nunca antes hasta ese momento, convirtiéndose en el motor de la globalización. En este último sentido, se señala que “la tierra parece haberse encogido: Internet nos permite comunicarnos al instante desde nuestro escritorio con individuos situados en cualquier punto de la geografía mundial, e intercambiar con ellos toda la información que la red sea capaz de soportar.”

### *1.3) Aspectos positivos y negativos de la globalización*

Como cualquier proceso en creación, existen aspectos positivos y negativos. Por consiguiente, analizaremos los aspectos positivos y negativos relacionados con el sistema en análisis.

#### *1.3.1) Principales aspectos negativos de la globalización.*

Uno de los principales aspectos negativos de la globalización es la fuerte contaminación de diversos países en caso de crisis económica en un *país* o *bloque económico* de gran importancia. El ejemplo más claro de esta situación es la crisis

---

473 Según Canotilho, estos factores son perjudiciales para la hegemonía del Estado: “(...) Otro punto de partida planteado por Canotilho es la **globalización de las comunicaciones e informaciones**. El constitucionalista portugués afirma que las tecnologías de información acaban retirando del ente estatal su tradicional hegemonía, pasando a otros órganos un importante papel para tornar “las fronteras cada vez más irrelevantes y la interdependencia política y económica cada vez más estructuradora. (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 1369.)

474 Op. cit., p. 38.

económica de 2008 que se produjo en Estados Unidos. Rápidamente la misma se extendió por las cuatro esquinas del mundo generando desempleo, falta de crédito en los mercados, caída abrupta en la bolsa de valores, quiebra de empresas, disminución de inversiones y generando mucha desconfianza. Lo mismo sucedió en 2011 con la crisis económica en Europa.

La globalización favorece la transferencia de empresas y empleos. Países que ofrecen buenas condiciones (mano de obra barata y calificada, baja carga tributaria, materia prima barata, etc.) tienden a atraer a empresas que salen de países donde el costo de producción es alto. Este hecho acaba ocasionando desempleo, principalmente en los países desarrollados. Un buen ejemplo es lo que está ocurriendo en Europa desde principios del siglo XX. Muchas empresas han transferido sus bases de producción hacia países como China, India, Singapur, Taiwán, Malasia, etc.

La globalización puede provocar distorsiones cambiarias, principalmente alta valorización de monedas locales de países en desarrollo. Cuando Estados Unidos colocó en el mercado una gran cantidad de dólares, por ejemplo, una gran parte de este volumen acabó en países emergentes, valorizando la moneda local. Este hecho termina favoreciendo las importaciones y desfavoreciendo las exportaciones de las empresas de estos países emergentes. Un ejemplo que debe ser señalado es Brasil, que ha sufrido la alta apreciación del Real en los últimos años, desde que los bancos centrales de Estados Unidos y de Europa colocaran en el mercado elevadísimos volúmenes de monedas.

Facilidad de especulaciones financieras que causa problemas en la economía, principalmente la de los países en desarrollo. Con la globalización de los mercados los



países se encuentran interconectados, millones de dólares puedan entrar o salir de un país en cuestión de segundos. Este capital especulativo termina perjudicando bastante la economía de los países que no logran controlar el flujo de capital.

### *1.3.2) Principales aspectos positivos de la globalización*

#### *1.3.2.1) Aspectos económicos*

En una economía globalizada las empresas pueden disminuir los costos de producción de sus productos, pues buscan en varias partes del mundo las mejores condiciones de producción. Algunas empresas llegan a fabricar un producto en varias etapas y en varios países. Una empresa de computadoras puede, por ejemplo, fabricar componentes electrónicos en Japón, teclados y mouse en China, las partes plásticas en la India y ofrecer asistencia técnica a través de Brasil. Con este sistema de producción globalizado, el precio final del producto es más económico para el consumidor final, pues los costos de producción pueden ser reducidos en cada etapa.

Generación de empleos en países en desarrollo. En busca de mano de obra barata y calificada, muchas empresas abren filiales en países emergentes (China, India, Brasil, Sudáfrica, entre otros), generando empleos en estos países.

#### *1.3.2.2) Aspectos científicos*

La globalización hace circular en forma más rápida y eficiente conocimientos científicos e intercambio de experiencias. Este aspecto hace que se avance más rápido y eficientemente en las áreas de Medicina, Genética, Biomedicina, Física, Química, etc.

### *1.3.2.3) Aspectos culturais*

Con la globalización se produjo un aumento de intercambio cultural entre personas de diversos países del mundo. Impulsado por internet, este intercambio es importante para ampliar la visión del mundo de las personas, que pasan a conocer y respetar otras realidades culturales y sociales.

Con la globalización aumentó el interés por la cultura, economía y política de otros países. Además de sentirse integrantes de un país, muchas personas sienten que son ciudadanos del mundo, desarrollando un gran interés por los diversos aspectos de la vida de otras naciones. Con los sistemas de información actuales, principalmente internet, este aspecto avanzó enormemente en los últimos años.

En lo que concierne a los brasileños, vale señalar que pueden tener acceso a lo que ocurre en el mundo de las artes, cine, música, etc. A través de la televisión, internet, radio, cine e intercambios culturales, pueden estar conectados con el mundo cultural internacional. Conocimientos científicos, artísticos y tecnológicos llegan a Brasil y vuelven nuestra cultura más dinámica y completa. Por otro lado, la cultura brasileña sufre una influencia musical y masiva, principalmente originaria de Estados Unidos. Las músicas, las series y las películas de la industria cultural norteamericana están difundiendo comportamientos y gustos que terminan disminuyendo, especialmente entre los jóvenes, el interés por la cultura brasileña.

### *1.4) Economía global y la creación de los bloques regionales*

El crecimiento del proceso de globalización ha llamado la atención de los países en formación de bloques económicos para fortalecer sus económicas y, así, ver las

aspiraciones de la población interna en un proceso económicamente sustentable que maximice las riquezas y reduzca las desigualdades sociales de los pueblos que forman las comunidades de cada nación. Para eso, el objetivo principal es aumentar las relaciones comerciales entre los socios. En este sentido, adoptan una reducción o exención de impuestos o de aranceles aduaneros y buscan soluciones en común para los problemas comerciales.

En teoría, el comercio entre los países constitutivos de un bloque económico aumenta y genera crecimiento económico para los países, Generalmente estos bloques son formados por países vecinos o que poseen afinidades culturales o comerciales. Esta es la nueva tendencia mundial, pues cada vez mas o menos el comercio entre bloques económicos crece. Los economistas afirman que quedarse afuera de un bloque económico es vivir aislado del mundo comercial.

Desde la concepción de Demétrio Magnoli, la multiplicación de los acuerdos de los bloques económicos regionales constituye uno de los fenómenos más sugerentes de la Posguerra Fría. El antiguo paisaje plano, donde se destacaba la cumbre prácticamente solitaria de la Comunidad Europea, fue ocupado por cordilleras, montañas y colinas de bloques poderosos, intermedios o insignificantes o sólo de proyectos ambiciosos de mega bloques transcontinentales.<sup>475</sup>

Dentro de este proceso económico, muchos países se unieron y formaron bloques económicos, cuyo objetivo principal era aumentar las relaciones comerciales entre los

---

475 Op. cit., p. 39.

miembros. En este contexto, surgieron la Unión Europea, el MERCOSUR, EL NAFTA, EL Pacto Andino y la Apec, etc.

#### *1.5) Breves comentarios sobre los principales bloques económicos de la actualidad.*

En este sentido, haremos una síntesis histórica acerca de los principales bloques económicos formados en el mundo, los cuales se crearon impulsados por el fenómeno de la globalización.

##### *1.5.1) Unión Europea*

La Unión Europea, el más antiguo de los bloques regionales, nació en el ambiente bipolar de la Guerra Fría, que la estructuró internamente. Se oficializó en el año 1992, a través del *Tratado de Maastricht*. Este bloque está formado por los siguientes países: Alemania, Francia, Reino Unido, Irlanda, Holanda, Bélgica, Dinamarca, Italia, España, Portugal, Luxemburgo, Grecia, Austria, Finlandia y Suecia.

Este bloque posee una moneda única que es el EURO, un sistema financiero y bancario común. Los ciudadanos de los países miembros son también ciudadanos de la Unión Europea y, por lo tanto, pueden circular y establecer su residencia libremente en los países de la Unión Europea.

La Unión Europea también posee políticas laborales, de defensa, lucha contra el crimen y de inmigración en común. La UE cuenta con los siguientes órganos: Comisión Europea, Parlamento Europeo y Consejo de Ministros.

##### *1.5.2) Nafta*

El Nafta surgió como fruto de las políticas comerciales de Estados Unidos para la Posguerra Fría. El mismo fue constituido en dos etapas: en la primera, Estados Unidos firmó un acuerdo bilateral de libre comercio con Canadá; en la segunda, en 1994, México fue incorporado al bloque.

Forman parte del NAFTA (Tratado Norteamericano de Libre Comercio) los siguientes países: Estados Unidos, México y Canadá. Comenzó a funcionar a principios de 1994 y brindó a los países miembros ventajas en el acceso a los mercados de los países. Estableció el fin de las barreras aduaneras, normas comerciales en común, protección comercial, estándares y leyes financieras. No es una zona de libre comercio, pero redujo tasas en aproximadamente 20 mil productos.

### 1.5.3) MERCOSUR

El MERCOSUR, instituido por el Tratado de Asunción de 1991, surgió también a partir de motivaciones políticas, es decir, se trataba de quebrar el nivel de rivalidad histórica entre Brasil y Argentina. Además, representaba una estrategia de los gobiernos de Brasilia y Buenos Aires para promover la apertura de las economías de ambos países, exponiéndolos a la competencia externa y atrayendo inversiones internacionales.

El MERCOSUR (Mercado Común del Sur) está formado por los siguientes países de América del Sur: *Brasil, Paraguay, Uruguay, Argentina y Venezuela*<sup>476</sup>. Se está analizando para el futuro el ingreso de nuevos miembros, como Chile y Bolivia. El objetivo

---

476 Este País recién ingresado. Más adelante comentaremos sobre su inclusión

principal del MERCOSUR es eliminar las barreras comerciales entre los países, aumentando el comercio entre los mismos. Otro objetivo es establecer tasa cero entre los países y en un futuro próximo, una moneda única.

#### *1.5.4) Pacto Andino- Comunidad Andina de Naciones*

Otro bloque económico de América del Sur está formado por: *Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú*. Fue creado en el año 1969 para integrar económicamente los países miembros. Las relaciones comerciales entre los países miembros llegan a valores importantes, aunque Estados Unidos sea el principal socio económico del bloque.

#### *1.5.5) Apec*

La APEC (Foro de Cooperación Económica Asia-Pacífico) fue creada en 1993 en la Conferencia de Seattle (Estados Unidos de América). Integran este bloque económico los siguientes 21 países: Estados Unidos de América, Japón, China, Formosa (también conocida como Taiwán), Corea del Sur, Hong Kong (región administrativa especial de China), Singapur, Malasia, Tailandia, Indonesia, Brunei, Filipinas, Australia, Nueva Zelandia, Papúa Nueva Guinea, Canadá, México, Rusia, Perú, Vietnam y Chile. Sumadas las producciones industriales de todos los países se llega a la mitad de toda la producción mundial. Cuando se encuentre en pleno funcionamiento (previsto para el año 2020), será el mayor bloque económico del mundo.

#### *1.5.6) Asean*

La ASEAN (Asociación de Naciones del Sudeste Asiático) fue creada el 8 de agosto de 1967. Está integrada por diez países del sudeste asiático (Tailandia, Filipinas, Malasia, Singapur, Indonesia, Brunéi, Vietnam, Myanmar (Birmania), Laos, Camboya.

#### 1.5.7) Sadc

La SADC (Comunidad para el Desarrollo de África Austral) fue creada el 17 de octubre de 1992 y está integrada por 15 países de la región sur del continente africano.

#### 1.5.8) Benelux

Considerado el embrión de la Unión Europea, este bloque económico abarca a Bélgica, Holanda y Luxemburgo. El BENELUX fue creado en 1958 y empezó a funcionar el 1º de noviembre de 1960.

## 2) Etapas del proceso de integración<sup>477</sup>

La integración entre los Estados conlleva un proceso gradual y evolutivo puesto que hay diferentes etapas del proceso de integración que están relacionadas con el nivel de autonomía existente entre los Estados partes de un bloque regional. Cuanto mayor sea la integración, menor la autonomía, y viceversa.

En este tema estudiaremos los niveles de integración de los bloques, cuestión imprescindible tanto para el Derecho de la Integración como para el Derecho Comunitario.

---

<sup>477</sup> Acerca del significado de integración, María Teresa M. Domínguez dice lo siguiente: “[...] Según el *Diccionario de la Real Academia Española*, el término “integración” señala “la acción y efecto de integrar”, de “constituir las partes un todo”. (Op. cit., p. 46)

Primero trataremos las etapas del proceso de integración para luego continuar definiendo los bloques regionales, haciendo viables entonces las investigaciones del MERCOSUR y de la Unión Europea.

Es importante aclarar que los bloques regionales son creados mediante tratados internacionales que, a partir de su firma, estipulan qué nivel de integración se debe alcanzado, así como también las etapas que se deben seguir. La Unión Europea, como veremos más adelante, pasó antes por el modelo de unión aduanera para lograr el mercado común europeo y después consolidar la actual unión económica y monetaria.

Antes, sin embargo, debemos exhortar que las etapas del proceso de integración comentada tienen fines únicamente didácticos, con carácter abstracto, no mostrándose una regla que vincule u obligue a los bloques y así evolucionan.

Cabe señalar que entre las investigaciones analizadas encontramos la teoría de Viner<sup>478</sup>, que fue adoptada por muchos, como es el caso de Bela Balassa.

Esta teoría es difundida por Lopes Porto<sup>479</sup> de la siguiente manera:

[...] La teoría sobre las uniones aduaneras y las zonas de libre comercio recibe sus primeros estímulos a partir de 1950, con los estudios del economista Jacob Viner, centrados en las condiciones bajo las cuales la asignación de los recursos mundiales es mejorada por la creación de acuerdos regionales. Desde que Viner usó, en primer lugar, las expresiones “creación de comercio” y “desvío de comercio”, la teoría recorrió un largo camino. De acuerdo con lo explicado por el Prof. Viner, en la medida en que una unión aduanera discrimina a los proveedores mundiales de bajo costo y causa importaciones con pérdidas, existe “desvío de comercio”, en que los flujos de comercio, que son interrumpidos entre la unión aduanera y los países mundiales, son asumidos por productores menos eficientes del área integrada, los cuales no eran capaces de competir con los productores mundiales en situación de no discriminación, como la que existía antes de la formación de la unión aduanera. Por el contrario, en la medida en que la unión aduanera libera el comercio dentro del grupo y causa una reducción de la producción ineficiente dentro del área, tenemos aquí una “creación de comercio.

478 VINER, Jacob *apud* OLIVEIRA, Odete Maria. **Velhos e novo regionalismos**: uma explosão de acordos regionais e bilaterais no mundo: Juruá, 2004, p. 49.

479 LOPES PORTO, M. C. **Teoria da integração e políticas comunitárias**: face aos desafios da globalização. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2009. P. 215-232



Viner considera que, para que la unión aduanera pueda beneficiar a los participantes, la “creación de comercio” debe superar el “desvío de comercio”, de modo que, en el balance, la formación de la unión transfiera las fuentes de suministro a las de más bajos costos y no a las de más altos.”

Por consiguiente, Balassa, elaboro cinco modalidades para diferenciar la intensidad y los grados de la integración económica. Estas cinco categorías serian: Zona de Libre Comercio, Unión Aduanera, Mercado Común, Unión Económica y Unión Económica Total. Y normalmente cada una de las etapas comprende la realización del estado anterior.<sup>480</sup> Veamos a continuación cada una de ellas.

### 2.1) *Zona de Libre Comercio o Área de Libre Comercio*<sup>481</sup>.

Se caracteriza por la formación de un área entre dos o más países<sup>482</sup>. En esto, están extinguidos los *derechos aduaneros*, así como otras formas de restricción comercial, con el objetivo de aumentar la circulación de los productos derivados de los Estados partes, generando por último la intensificación del comercio interbloque<sup>483</sup>.

---

480 OLIVEIRA, Odete Maria. Op. cit., p. 52.

481 Cf. BALSADÚA. Ricardo Xavier. Op. cit., p. 29. Denomina a esta etapa como de “libre cambio”.

482 Cf. Raúl Granillo Ocampo. Op. cit., p. 57.

483 DOMINGUEZ. Maria Teresa Moya. Op. cit., p. 50, afirma lo siguiente: “[...]En su art. XXIV párr. 8º inc. B, el Acuerdo General de Aranceles y Tarifas determina que para que exista una unión aduanera debe haber “un grupo o más de territorios aduaneros entre los cuales se eliminen los derechos de aduana y las demás reglamentaciones comerciales restrictivas excepto, en la medida en que sea necesario, las restricciones autorizadas en virtud de los arts. XI, XII, XIII, XIV, XV y XX con respecto a lo esencial de los intercambios comerciales de los productos originarios de los territorios constitutivos de dicha zona de libre comercio”.

Por consiguiente, los Estados fijan por cuenta propia la política comercial con terceros países que imponen sus tasas comerciales, afectando la entrada de mercancías de otros países<sup>484</sup>.

Finalmente, debemos resaltar que para realizar de forma progresiva esta etapa algunos productos son excluidos de las normas sobre la libre circulación. La mayoría de los bloques en la actualidad se limita a esta etapa, habiendo sido la Zona de Libre Comercio el primer mecanismo de aproximación comercial a ser utilizado por los países.

## 2.2) *Unión Aduanera*

Además de una Zona de Libre Comercio, la Unión Aduanera prevé la adopción de las mismas tasas y la misma política comercial para el comercio de productos procedentes de fuera de la región que conforma el bloque económico entre los Estados partes. Aquí se habla de una tasa externa común.

Con relación a lo expuesto anteriormente, Raúl Granillo Ocampo<sup>485</sup>, va más allá y afirma lo siguiente:

“[...] **UNIÓN ADUANERA**. Una unión aduanera se caracteriza por la formación de un área, dentro de la cual se suprimen paulatinamente las trabas aduaneras y de otra índole (pero de efecto equivalente) al comercio recíproco y se establece un arancel aduanero externo común con relación a terceros países, fijándose un mecanismo para su distribución entre los países de la unión. Dicho en otras palabras, es el equivalente a una zona de libre comercio, a la que se agrega una política aduanera y arancelaria compartida entre los países del proceso de integración.” (la cursiva es del autor)

No se debe olvidar que el MERCOSUR es actualmente una Unión Aduanera, considerada como incompleta, viendo que la etapa de unión aduanera del MERCOSUR

---

484 Cf. BASALDÚA. Ricardo Xavier. Op. cit., p. 29.

485 Op. cit., p. 59.

no fue completamente implementada, por esa razón el bloque puede ser clasificado como una Unión Aduanera incompleta o imperfecta;

### 2.3) *Mercado común.*

Abarca las dos etapas anteriores y se caracteriza por la libre circulación de todos los factores de producción: de bienes, de trabajadores (mano de obra), de servicios, de capital y de competencia, por lo que es llamada *cuatro libertades básicas*, a saber: libre circulación de personas, servicios, capitales y mercancías. El Tratado de Asunción de 1991 que creó el MERCOSUR tiene por finalidad realizar esta tercera etapa del proceso de integración pero hasta el momento solamente se ha llegado a la segunda.

Entrelazando comentarios acerca del objetivo del Tratado de Asunción, Mario Midón afirma:

“[...] El Tratado de Asunción tiene como objetivo final, precisamente, la creación del Mercado Común del Sur (Mercosur), propósito que a la luz de su articulado implicará:

- a) Libre circulación de bienes, servicios y factores productivos entre los países, a través, entre otros, de la eliminación de los derechos aduaneros y restricciones no arancelarias a la circulación de mercancías y de cualquier otra medida equivalente;
- b) establecimiento de un arancel externo común y la adopción de una política comercial común con relación a terceros Estados o agrupaciones de Estados y la coordinación de posiciones en foros económicos-comerciales regionales e internacionales;
- c) la coordinación de políticas macroeconómicas y sectoriales entre los Estados Partes; de comercio exterior, agrícola, industrial, fiscal, monetaria, cambiaria y de capitales, de servicios, aduanera, de transportes y comunicaciones y otras que se acuerden, a fin de asegurar condiciones adecuadas de competencia entre los Estados Partes;
- d) el compromiso de los Estados Partes de armonizar sus legislaciones en las áreas pertinentes, para lograr el fortalecimiento del proceso de integración.”

### 2.4) *Unión Económica y Monetaria.*

La unión económica, se consolida cuando los Estados miembros de un mercado común unifican sus políticas internas. Es decir, pasan a coordinar sus áreas monetarias, fiscal, industrial, agrícola, etc. Según Bella Balassa, en la unión económica se coordina la supresión de restricciones a los movimientos de mercancías y factores de producción con cierto grado de armonización de políticas económicas nacionales. La unión monetaria, a su vez, implica establecer, como mínimo, cambios fijos y convertibilidad obligatoria de las monedas nacionales, con el propósito de impedir que los Estados modifiquen unilateralmente las condiciones de cambio, alterando el valor de sus monedas. En el caso de la Unión Europea, la unión económica y monetaria entró en vigor en 1993 con el Tratado de Maastricht<sup>486</sup>.

Maria Odete Oliveira, concluye finalmente con la siguiente afirmación:

“[...] La Unión Económica total: representa la forma de integración más completa y altamente sofisticada. Además de la coordinación y unificación de las economías nacionales de los Estados miembros, el bloque económico contará con un Parlamento común, una política exterior de defensa, de interior y de justicia también comunes. Un ejemplo de este tipo de unión total son las federaciones como Estados Unidos<sup>487</sup>.”

Se destaca finalmente que la Unión Europea representa el bloque económico en estado de integración más avanzado, demostrando ya algunos elementos de esta última etapa descripta anteriormente.

### 2.5) *Unión Política.*

---

486 OLIVEIRA, Odete Maria. Op. cit., p. 56.

487 *Ibidem*.

Existe un único gobierno supranacional y la institución de una Constitución única, pudiendo conducir la formación de una Confederación de Estados. En esta etapa todavía hay un bloque económico.

Raúl Granillo Ocampo<sup>488</sup>, señala que esta etapa es la integración total, en que los países miembros del sistema adoptan una sola política para prácticamente todos los temas importantes de la vida política, social y económica del espacio integrado. Además, no puede funcionar sin una autoridad supranacional, cuyas decisiones obliguen no sólo a los Estados miembros sino también a los habitantes de cada uno de ellos.

Algunos autores consideran que un ejemplo exitoso de esta integración está constituido por Estados Unidos de América, en el cual los cincuenta Estados cedieron una autoridad central, la posibilidad de definición de una política común: externa, monetaria, y fuerzas armadas. Otro ejemplo sería la Unión de las Repúblicas Soviéticas antes de su fragmentación<sup>489</sup>.

Superada la etapa propedéutica, es momento de entrar en el estudio específico de los bloques regionales más importantes para el presente trabajo, es decir: a) Mercosur; y b) Unión Europea.

Inicialmente debemos aclarar que la no inclusión de Venezuela en nuestro objeto de estudio, es debido al hecho de que, cuando decidimos por la elección de este tema, este

---

488 Op. cit., p. 62.

489 ARNAUD, Vicente *apud* Raúl Granillo Ocampo. Op. cit., p. 63

país no era membro efetivo del MERCOSUR, era solamente un país asociado, así como Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú.

Otro factor que debe ser objeto de esclarecimiento, es que en estos dos temas a abordarse, iremos analizando y razonando sobre las materias que se relacionan con el punto focal de nuestra investigación, es decir, la armonización de la legislación tributaria.

### **3) Bloque MERCOSUR**

#### *3.1) Formación y Desarrollo del MERCOSUR.*

Los territorios que hoy conforman los países integrantes del Mercado Común del Sur o Mercado Común del Cono Sur (MERCOSUR), incluyendo parte del territorio brasileño, en virtud del Tratado de Tordesillas (1494) pertenecieron a la corona española hasta principios del siglo XIX.

Sin embargo, a partir de las primeras décadas del siglo XVIII, se asentaron particularmente en los territorios vinculados con la Cuenca del Plata. Las manifestaciones en contra de la corona española dieron lugar a la independencia y a la formación de nuevos Estados. Principalmente Simón Bolívar (1783-1830) y José de San Martín (1775 – 1850) fueron los que se empeñaron en lo que se transformaría en el primer tratado de unión latinoamericana, el denominado *Tratado de Unión, Liga y Confederación Perpetua entre las Repúblicas de Colombia, Centroamérica, Perú y Estados Unidos Mexicanos, y en la organización de la Gran Colombia*, uniendo Colombia (de la cual formaba parte la actual Panamá), Venezuela, Bolivia, Ecuador y Perú.<sup>490</sup>

---

490 Cf. MACHADO, Diego Pereira; DEL'OLMO, Florisbal de Souza. **Direito da Integração, Direito Comunitário, MERCOSUL e União Europeia**: ed Jus PODIVM. Bahia: 2011, p. 64.

Nacen Argentina, Paraguay y Uruguay y después de una gran lucha se consolidan las fronteras de estos países con Brasil.

Se observa, a partir de entonces, que el río Uruguay no es la única barrera que separa a Brasil de Argentina. La historia registra varias disputas, muchas de ellas veladas, que siempre separaron a ambos países.

El advenimiento de la República en Brasil amenizó pero no extinguió, en ambos lados de la frontera, la obstinada paranoia. Brasil llegó al punto de construir sus ferrovías con vías estrechas para que, en caso de guerra, los trenes argentinos construidos para vías amplias, no pudieran utilizarlas. Ambas diplomacias se empeñaron en establecer una hegemonía regional.<sup>491</sup>

Estos desacuerdos solamente ocasionaban perjuicios y por eso comienza a existir un espíritu de integración. Los países latinoamericanos se concientizan de que la aproximación económica y la concesión de privilegios mutuos es un fenómeno inevitable, indispensable para la sobrevivencia y, tal vez, también para el desarrollo.

Un factor que no debe pasar desapercibido y que influyó bastante en la formación del bloque del Mercosur, es la evolución de la relación bilateral entre Brasil y Argentina que se inició en los años 80 (ochenta), conforme nos cuenta Raúl Granillo Ocampo<sup>492</sup>:

**“Evolución de la relación bilateral entre Argentina y Brasil.** - Como continuación de los esfuerzos integradores presentes en América del Sur, y con una consecuencia del estancamiento experimentado por la ALADI a mediados de los años ochenta, Argentina y Brasil iniciaron movimientos

---

491 Ídem, *Ibidem*, p. 65.

492 OCAMPO, Raúl Granillo. **Derecho público de la integración**. Buenos Aires: Ábaco de Rodolfo Depalma, 2007, P.545.

bilaterales destinados a acelerar los tiempos necesarios para poner en funcionamiento un proceso de integración subregional.”

Los procesos integracionistas de Europa se expandieron considerablemente después de la Segunda Guerra Mundial, en razón de las atrocidades bélicas de Hitler y otros, se precisaba construir y fortalecer lo que un día fue fuerte y estaba consumido. La Alemania es uno de los países que más lidero las iniciativas de aproximación entre los Estados. Demoro la evolución integracionista para influir en América Latina como ocurrió en el continente Europeo.<sup>493</sup>

A continuación se encuentran las fechas con los respectivos eventos que influyeron en la formación del MERCOSUR:

a) 1960: fue creada por el Tratado de Montevideo la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio (ALALC). Fue la primera tentativa de crear una zona de libre comercio en América Latina pero no generó los frutos deseados. La ALALC tiene por objetivo una integración, un área de libre comercio, un mercado común para toda América Latina y el Caribe. Pero aquello se trataba de un sueño que necesitaba ser corregido de alguna forma;<sup>494</sup>

b) 1980: fue creada también mediante la celebración de otro Tratado de Montevideo, la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI), reemplazando a la ALALC. Hasta la actualidad, la misma se encuentra en una etapa de transición, no habiendo aún alcanzado sus objetivos. La ALADI pretendió reestructurar a la ALALC, trazando

---

493 Cf. MACHADO, Diego Pereira; DEL'OLMO, Florisbal de Souza. op. cit., pp. 64, 65.

494 AMORIM, Celso. **Integração Latino-Americana: 50 anos de ALALC/ALADI**. Palácio Itamaraty. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2010, p. 9.



conceptos más flexibles de integración. Con miras al desarrollo económico social y al comercio intrarregional armónico y equilibrado de América Latina, con énfasis eminentemente comercial deseando crear un mercado común sudamericano. Aún con sede en Montevideo, cuenta con funcionarios propios. Son miembros: Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Cuba, Ecuador, México, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela. Cabe destacar que esas dos asociaciones de Estados no generaron los resultados esperados, lo que condujo a otras alternativas en las décadas de los 80 y 90. Sin embargo, es importante no descuidar la importancia de la ALADI porque, como se verá más adelante, la misma se relaciona con el proceso de ingreso de nuevos países miembros al MERCOSUR;

c) 1985: (30 de noviembre de 1985) inaugurado el Puente Internacional Presidente Tancredo Neves, que une Argentina con Brasil, en Foz de Iguazú, se firmó la Declaración de Iguazú, incluyendo a los presidentes de aquella época, José Sarney y Raúl Alfonsín. Indicaron los primeros pasos para una integración efectiva y futura formación de un bloque económico para la región. La Declaración es la base para la integración económica del llamado Cono Sur. En realidad, según Raúl Granillo Ocampo, ésta fue la primera acción concreta en el campo de la integración física<sup>495</sup>;

d) 1986: En este período los mandatarios de Brasil y Argentina firmaron en Brasilia, el 10 de diciembre de 1986, el Acta de Amistad Argentino-Brasileño, denominada “Democracia, Paz y Desarrollo”<sup>496</sup>, razón por la cual reforzaron el compromiso con la

---

495 Op. cit., p. 547.

496 Cf. Textos de los documentos de la revista “Integración Latinoamericana”, n° 122, Intal, Buenos Aires, abril de 1987, p. 70 a 72.

integración bilateral, al momento de expandir las áreas de cooperación a través de nuevos protocolos<sup>497</sup>. Otro evento producido en este año, fue la firma del Acta para la Integración Argentino-Brasileña, instrumento que creó el PICAB (Programa de Integración y Cooperación entre Argentina y Brasil) basado en los Principios de Gradualidad, Flexibilidad, Simetría, Equilibrio, tratamiento preferencial frente a otros mercados, armonización progresiva de políticas y participación del sector empresarial;

e) 1988: Este año fue el inicio de la incorporación de Uruguay al proceso de integración, cuando fue invitado a participar del proyecto Alborada e integrarse a través de varios protocolos, hecho que se haría de forma muy lenta en virtud de su preferencia frente a los acuerdos bilaterales existentes. Asimismo, se celebra el Tratado de Integración, Cooperación y Desarrollo entre Argentina y Brasil, por el cual se fijó un plazo de 10 años para la eliminación gradual de las asimetrías;

f) 1990: se celebra el Acta de Buenos Aires, firmada entre Carlos Menem (Argentina) y Fernando Collor (Brasil), para la futura creación de un mercado común. A partir de esta acta, el proceso de integración tomó una nueva dinámica al disponer ambos gobiernos que el proceso debía culminar en un mercado común que debería estar definitivamente conformado el 31 de diciembre de 1994, constituyéndose el “Grupo del Mercado Común”, con el mandato expreso de trabajar para el cumplimiento de este objetivo<sup>498</sup>;

g) 1991: el 26 de marzo fue firmado el *Tratado de Asunción*, que creó el MERCOSUR, considerado por los críticos como el más ambicioso proyecto de integración

---

497 Cf. Raúl Granillo Ocampo, op. cit., p. 549.

498 Cf. Texto del documento de la revista “Integración Latinoamericana”, n° 159, Intal, Buenos Aires, agosto de 1990, pp. 66 y 79.

regional conocido en América Latina. Este documento, conforme su preámbulo, tuvo en cuenta la evolución de los acontecimientos internacionales, en especial la consolidación de grandes espacios económicos, y anhelaba conseguir que este proceso de integración resultara una solución para tales acontecimientos. Se crea una zona de libre comercio y una estructura institucional básica es dada al bloque. Países que firmaron el Tratado de Asunción y que todavía son los miembros plenos: Brasil, Argentina, Paraguay, Uruguay y recientemente ingresada Venezuela. Se acrecienta el hecho de que en esta época Brasil y Argentina cambiaron de gobierno, antes eran gobiernos militares y después pasaron a civiles electos democráticamente<sup>499</sup>;

h) 1994: firmado el Protocolo de Ouro Preto, documento adicional al Tratado de Asunción que dio personalidad jurídica al Derecho Internacional del MERCOSUR y consagró la estructura institucional del bloque.<sup>500</sup>

Cabe destacar que después de 1994 el MERCOSUR pasó por varias etapas, algunas buenas y otras no tanto. Actualmente se encuentra estacionado en la Unión Aduanera. Sin embargo, hay algunas pulsaciones que demuestran que el bloque esta ambicionando su expansión. Ejemplo de eso fue la reciente creación del parlamento, cuyo órgano sustituyó a la Comisión Parlamentaria Conjunta, así como la celebración de acuerdos con otros bloques, tales como la Comunidad Andina y la Unión Europea.

---

499 Cf. Raúl Granillo Ocampo, op. cit., p. 546.

500 CIENFUEGOS MATEO, O. **La recepción y aplicación de los acuerdos internacionales del Mercosur.** Revista Electrónica de Estudios Internacionales. ISSN 1697-5197, N° 3, 2001. Disponible en: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=826744>. Ingreso el: 05/02/2011.

Es en este sentido que percibimos que sus aspiraciones no se circunscriben a los límites latinoamericanos, es decir, el bloque también viene haciendo alianzas con otros países fuera del continente americano, como recientemente ocurrió con Egipto. Fue firmado el Tratado de Libre Comercio con Egipto el 2 de agosto de 2010, durante la XXXIX reunión de la cúpula del Mercado Común del Sur y Estados asociados, realizada en la Ciudad de San José, en Argentina.<sup>501</sup>

### *3.2) Tratado de Asunción: aplicabilidad, características, principios y objetivos*

#### *3.2.1) Aplicabilidad y características*

El Tratado de Asunción de 1991, documento esencialmente económico es marco para la formación del MERCOSUR, habiendo entrado en vigor en Brasil por medio del Decreto N° 350, del 21 de noviembre de 1991. Este tratado fija objetivos comunes a ser alcanzados de forma gradual y por medio de programas conjuntos. En su contenido se percibe que existen pocas normas básicas obligatorias y su texto contiene, sobre todo, enunciaciones programáticas y principios genéricos no desarrollados.<sup>502</sup> El Tratado permitió la vinculación contractual a la luz del Derecho Internacional Público<sup>503</sup> entre países para la fundación de un mercado común y es la piedra fundamental para los procesos de integración.

Como el mismo lo expresa, es un tratado para la constitución del mercado común, es decir, un evento futuro que no comenzaría con la entrada en vigor del mismo. El tratado es apenas el punto de partida. Tal como se ha informado, en el Tratado de Asunción se

---

501 Cf. Diego P. Machado y Florisbal de Souza Del'Olmo, op. cit., p. 67

502 DARTAYETE, María Cristina. **Armonización de normas en el Mercosur**. Revista de Derecho del Mercosur. Buenos Aires, año 3, n. 1, 1999, p. 64.

503 El bloque como fenómeno del derecho internacional público clásico es presentado en: VENTURA, D. op cit, pp. 127 et seq.

preveía la implementación del mercado común hasta el 31 de diciembre de 1994,<sup>504</sup> fecha que, fijada de manera provisoria, como se puede percibir, no ha sido cumplida.

De este análisis del contenido del Tratado de Asunción es de suma importancia enfatizar que el mismo es de aplicabilidad inmediata, es decir, posee dispositivos que pueden ser aplicados a partir de su recepción, sin requerir de normas posteriores como ocurre regularmente. A título de ejemplo, podemos citar el art. 7º del Tratado que dispone: “En materia de impuestos, tasas y otros gravámenes internos, los productos originarios del territorio de un Estado Parte gozarán, en los otros Estados Partes, del mismo tratamiento que se aplique al producto nacional”<sup>505</sup>. No obstante, disintimos de estos autores, como más adelante será explicado. Recordando, desde ya, que la aplicación de este dispositivo, armonización de la legislación tributaria, es el tema central de nuestro estudio.

Concluida esta observación sobre la aplicabilidad del Tratado de Asunción, es imperioso retornar al análisis de sus principales características, sus principios y objetivos.

### 3.2.2) Principios básicos

---

504 (En su art. 5º, el Tratado de Asunción estableció instrumentos para la constitución de un mercado común, los cuales no generaron el efecto deseado: “Durante el período de transición, los principales instrumentos para la constitución del Mercado Común son: a) Un Programa de Liberación Comercial que consistirá en reducciones arancelarias progresivas, lineales y automáticas, acompañadas de la eliminación de restricciones no arancelarias o medidas de efecto equivalente, así como también de otras restricciones al comercio entre los Estados, para llegar al 31 de diciembre de 1994 con arancel cero, sin barreras no arancelarias sobre el total del universo arancelario (Anexo I); La coordinación de políticas macroeconómicas que se realizará gradualmente y de forma convergente con los programas de desgravación arancelaria y eliminación de restricciones no arancelarias, indicados en la letra anterior; c) Un arancel externo común que incentiva la competitividad externa de los Estados Parte; d) La adopción de acuerdos sectoriales, con el fin de optimizar el uso y la movilidad de los factores de producción y alcanzar escalas operativas eficientes”)

505 Cf. Diego P. Machado y Florisbal de Souza Del’Omo, op. cit., p. 69.

El documento internacional de Asunción se caracteriza por la generalidad y no especificidad de sus normas. Es más, el mismo no fija la personalidad internacional del bloque MERCOSUR y mucho menos delimita de forma definitiva su estructura orgánica, esas diferencias fueron suplidas por el Protocolo de Ouro Preto de 1994 conforme será analizado a posteriori.

Con respecto a sus principios fundamentales el tratado está basado en cinco principios rectores, que son: *flexibilidad, gradualidad, equilibrio, reciprocidad y la no discriminación.*

### 3.2.3) *Principio de Flexibilidad*

Con relación al Principio de Flexibilidad: “(...) da idea de maleabilidad y versatilidad. Funciona como una directiva de procedimiento para la toma de deliberaciones. Constituye uno de los elementos primarios para la interpretación del Tratado. Posibilita el ajuste de los elementos que hacen parte del Tratado, que son el alcance, el ritmo y los objetivos de la integración. El Tratado es genérico (...), aunque rígido en algunos puntos expresos y los Protocolos que son específicos, menos flexibles. Se mantiene la rigidez de las normas jurídicas en el Tratado, este estaría contra la nueva orden mundial.<sup>506</sup> Como se ve, entendemos que este principio posibilita la idea de ajustar el tratado de acuerdo a la conveniencia y oportunidad de los Estados Partes.

### 3.2.4) *Principio de Gradualidad*

“[...] es el deseo de que la integración se realice en etapas definitivas, en las cuales mercaderes y sectores productivos puedan hacer las adecuaciones necesarias gradualmente.”<sup>507</sup>. Así, una etapa

---

506 DEL'OLMO, Florisbal de Souza. **Direito Internacional Privado**. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 196.

507 Ídem, *Ibidem.*, p. 197.

de la formación del bloque solamente se inicia después del cierre de la anterior. Para ser más claro, primero se inicia con la Zona de Libre Comercio y después de concluida esa etapa recién se comenzaría la Unión Aduanera y así sucesivamente, es decir, de forma sucesiva y cronológica.

### 3.2.5) *Principio de Equilibrio*

“[...] possibilita equitativamente el acceso de todos a un mercado común, con igualdad absoluta de condiciones. Impide el desequilibrio de las acciones integradoras. Evita, consecuentemente, el sacrificio de un determinado Estado en beneficio de los otros sin la correspondiente compensación. Asimismo, inviabiliza la especialización de las economías en grandes sectores económicos. Posibilita la compensación para los segmentos de productos más duramente alcanzados por la marcha de la integración, gracias a las llamadas Cláusulas de Salvaguardia – anexo IV do Tratado de Asunción, como ocurrió con aquellas que fueron vigentes hasta el 31.12.1994.<sup>508</sup>

### 3.2.6) *Principio de Reciprocidad*

El Principio de Reciprocidad o Igualdad de Tratamiento dice que “cada Estado parte asume derechos y obligaciones equitativas, el que se desvíe de las mismas pone en riesgo la realización de los objetivos comunes. Se trata de un sistema de control mutuo (...)”<sup>509</sup>

### 3.2.7) *Principio de la No Discriminación.*

Por último, el Principio de la No Discriminación<sup>510</sup> entre los miembros del MERCOSUR que imponía la supresión de cualquier diferencia basada en la nacionalidad, principio que en la Comunidad Europea tuvo como resultado la libre circulación de trabajadores.

Cabe recordar que además de los cinco principios básicos rectores, los cuales demandan respeto absoluto por parte de los países del MERCOSUR, se ha de incluir

---

508 DEL'OLMO, Florisbal de Souza. op. cit., p. 197.

509 DEL'OLMO, Florisbal de Souza. op. cit., p. 197.

510 Este principio será comentado en un capítulo específico.

también el Principio Democrático que no está previsto de forma expresa pero que indiscutiblemente debe ser cumplido por los Estados integrantes – se trata de estabilidad democrática – y por los que pretenden ingresar en el futuro – esta es una condición *sine qua non*–.

Este principio se encuentra introducido en el Protocolo de Ushuaia bajo el compromiso democrático del MERCOSUR, Bolivia y Chile, conforme su art. 8º, del Protocolo que es parte integrante del Tratado de Asunción.

En la línea de lo dispuesto en el art 1º del Protocolo, “La plena vigencia de las instituciones democráticas es condición esencial para el desarrollo de los procesos de integración entre los Estados Partes del presente Protocolo”. Así toda ruptura del orden democrático de uno de los Estados implicará la aplicación de los procedimientos previstos en el propio Protocolo (art. 3º). Se resalta que en caso de “ruptura del orden democrático en un Estado Parte del presente Protocolo, los demás Estados Partes promoverán las consultas pertinentes entre sí y con el Estado afectado”.<sup>511</sup>

Por lo expuesto, los Estados asumen en definitiva un compromiso regional, concreto y expreso por la democracia, corroborando los regímenes democráticos que resurgieron después del final de las dictaduras militares en los países miembros del bloque. En los últimos años, según Bobbio<sup>512</sup>, se constató que existe la necesidad de una democracia más amplia que se perfeccionaría por medio del fortalecimiento de la democracia directa, dando más fuerza y poder de actuación a los ciudadanos. De ahí surge la necesidad de

---

511 Art. 4º

512 BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**. São Paulo: Paz y Terra, 2000, p. 53.



que el MERCOSUR amplíe sus bases democráticas, es por eso que éste ya cuenta con una Parlamento, tema que se estudiará más adelante.

### 3.3) *Protocolo de Ouro Preto*

El Protocolo de Ouro Preto, consiste en un documento adicional al Tratado de Asunción de 1991. Sobre su origen, así lo pontifica Ricardo Xavier Basaldúa<sup>513</sup>: “*El Protocolo Adicional al Tratado de Asunción sobre la estructura institucional del Mercosur, denominado oficialmente “Protocolo de Ouro Preto” (conf. Art. 52), fue aprobado en la ciudad de Ouro Preto (Brasil) el 17 de diciembre de 1994, habiendo entrado en vigencia para los cuatro países el 15 de diciembre de 1995 (conf. Art. 48).*”

Con ese documento el Mercosur gana personalidad *jurídica de Derecho Internacional* y capacidad para actuar en el ámbito internacional. Cabe señalar que el bloque ya ostentaba personalidad jurídica interna (antes de 1994), pero con el mencionado Protocolo gana personalidad jurídica internacional, transformándose en una organización internacional y encuadrándose en el concepto de sujeto de *Derecho de Gentes*.

Veamos lo que dice el art. 34: “El Mercosur tendrá personalidad jurídica de Derecho Internacional”. Ya los art. 35 y 36, afirmaban lo siguiente: “podrá, en el uso de sus atribuciones practicar todos los actos necesarios para la realización de sus objetivos, en especial contratar, adquirir o enajenar bienes muebles e inmuebles comparecer en juicio, conservar fondos y hacer transferencias”, pudiendo inclusive “celebrar acuerdos de sede”.

---

513 BALSADÚA. Ricardo Xavier. **Mercosur Y Derecho De La Integración**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1999, P. 563.

Además, la estructura institucional del bloque *de Mercosur* sólo se consolidó con la celebración del Protocolo de Ouro Preto de 1994. Una estructura administrativa no existió durante el período provisorio, es decir, en el espacio de tiempo entre el Tratado de Asunción de 1991 y el Protocolo de 1994. Por intermedio de este Protocolo, la Secretaria Administrativa, con sede en Montevideo, fue elevada al *status* de órgano permanente del bloque, corporificando un cuadro de funcionarios propios. A partir de 1994 el MERCOSUR ganó una estructura institucional definitiva, superando, por finalmente la fase transitoria.

### 3.3.1) *Etapas de transición*

El MERCOSUR atravesó por una etapa de transición hasta alcanzar la estructura que hoy ostenta. Con la celebración del Tratado de Asunción en 1991 comienza un periodo de adaptación del bloque, un periodo de transición así definido por el propio Tratado en su art. 5º:

“Durante el período de transición, los principales instrumentos para la constitución del Mercado Común serán: a) Un programa de Liberación Comercial, que consistirá en rebajas arancelarias progresivas, lineales y automáticas, acompañadas de la eliminación de restricciones no arancelarias o medidas de efectos equivalentes, así como de otras restricciones al comercio entre los Estados Partes, para llegar al 31 de diciembre de 1994 con arancel cero, sin restricciones no arancelarias sobre la totalidad del universo arancelario (Anexo I); b) La coordinación de políticas macroeconómicas que se realizará gradualmente y en forma convergente con los programas de desgravación arancelaria y de eliminación de restricciones no arancelarias indicados en el literal anterior) Un arancel externo común, que incentive la competitividad externa de los Estados Partes) La adopción de acuerdos sectoriales, con el fin de optimizar la utilización y movilidad de los factores de producción y de alcanzar escalas operativas eficientes”

La etapa de transición tenía su umbral temporal establecido en Marzo de 1991 hasta el 31 de Diciembre de 1994. Durante esta transición (de 1991 a 1994) se anhelaba la implementación del programa de desgravación arancelaria y la negociación de instrumentos imprescindibles para la política comercial común de los Estados miembros.

La etapa de transición viabilizó la constitución de la *Unión Aduanera* que se inició el 1.º de enero de 1995.

El MERCOSUR, después de enero de 1995, traspasa de mero proyecto para formar un bloque regional con personalidad jurídica.

El período de transición (de 1991 a 1994) puede ser dividido en tres etapas<sup>514</sup>. Primera: período de marzo de 1991 a julio de 1992, que presenciamos una fase preparatoria, en la cual se realizan las primeras reuniones; segunda: de julio de 1992 a enero de 1994, se produjo la sistematización de las tareas seguido de una programación aprobada en la reunión de Colonia, en el Uruguay, denominada “Cronograma de las Las Leñas”; y tercera: asumió naturaleza más técnica, iniciándose en enero de 1994 y finalizando en diciembre de 1994, pues el 1º de enero de 1995 se adopta la Arancel Externo Común (TEC), poniendo fin a la fase transitoria.

Durante el período de transición el MERCOSUR no poseía todos los órganos que hoy hacen funcionar a la integración regional. Desde 1991 a 1994 había solamente dos órganos: el Consejo del Mercado Común y el Grupo Mercado Común. Con la fase que podemos llamar definitiva con la firma del Protocolo de Ouro Preto, se crean cuatro órganos, a saber: Comisión de Comercio del MERCOSUR, Comisión Parlamentaria Conjunta, Foro Consultivo Económico-Social y Secretaria Administrativa del MERCOSUR.

### 3.4) *Instituciones del MERCOSUR*

---

514 FLORENCIO, Sergio Abreu e Lima; ARAÚJO, Ernesto Henrique Fraga. **MERCOSUL hoje**. São Paulo: Alfa Omega, 1996, p. 41.

En principio se destaca que en el ámbito del bloque en análisis, los órganos constituidos son de naturaleza *intergubernamental*,<sup>515</sup> ausente, por obviedad, la *supranacionalidad*.<sup>516</sup> No existe ninguna institución que sea superior en relación a los Estados miembros, se puede inferir entonces que no existe un *Tribunal de Justicia*<sup>517</sup>, invalidando la interpretación y aplicación de la uniformidad de los tratados constitutivos del bloque, así como también de sus normas derivadas.

De acuerdo con el Protocolo de Ouro Preto, en su art. 1º, la estructura institucional del MERCOSUR contará con los siguientes órganos:

- a) El Consejo del Mercado Común (CMC);
- b) El Grupo del Mercado Común (GMC);
- c) La Comisión de Comercio del Mercosur (CCM);
- d) La Comisión Parlamentaria Conjunta (CPC);
- e) El Foro Consultivo Económico-Social (FCES); y
- f) La Secretaría Administrativa del Mercosur (SAM).

---

515 Las instituciones *intergubernamentales* son aquellas formadas por Estados cuyos gobiernos designan representantes, a los que les atribuyen los poderes de discutir y decidir sobre las cuestiones vinculadas a la finalidad institucional. Por consiguiente, la función deliberativa en tales organizaciones no es autónoma sino una simple expresión de la voluntad política de los Estados miembros. (HESPANHA, Benedito. Una visión crítica de problemas constitucionales en el derecho comparado, en el derecho comunitario y en el MERCOSUR. **Revista de Derecho Constitucional e Internacional**. V. 8, n. 30, ene-mar/2000, p. 31.)

516 la *supranacionalidad* implica la delegación de competencias administrativas, legislativas y jurisdiccionales a instituciones que actúan y deciden de forma independiente con relación a la voluntad de los Estados parte. NOTA: estudiaremos estos dos institutos en los capítulos correspondientes.

517 El Tribunal de Justicia será objeto de estudio cuando comentemos sobre las instituciones de la Unión Europea.

### 3.4.1) Consejo del Mercado Común (CMC)<sup>518</sup>

El Consejo del Mercado Común tiene una presidencia *pro tempore*, es decir, ejercida de forma rotativa por los Estados partes, respetándose el orden alfabético, por un período de seis meses.<sup>519</sup> El País que ocupa el referido puesto temporario en la presidencia del Consejo tiene el poder de determinar la agenda de reuniones de Grupo y de la Comisión del Mercado Común, así como organizar las reuniones de los demás órganos del bloque, además de su función de porta-voz en las reuniones o foros internacionales.

Independientemente, ser temporaria y rotativa, el ejercicio de la presidencia es de suma importancia, porque el Consejo es el órgano superior del MERCOSUR,<sup>520</sup> al cual le incumbe la condición política del proceso de integración y la toma de decisiones para asegurar el cumplimiento de los objetivos establecidos por el Tratado de Asunción con el fin de alcanzar la constitución final del *mercado común*<sup>521</sup>.

El CMC hará cuantas reuniones sean necesarias, siendo que, el mínimo deberá realizarse un encuentro por semestre con la participación de los Presidentes de los Estados partes. Aunque los Jefes de Estado ejerzan papel impar para la conducción del

---

518 Op. cit., p. 300. En la expresión utilizada por Mario Midón, es por excelencia el motor de la integración.

519 según el art. 12 del Tratado de Asunción y el art. 5º del Protocolo de Ouro Preto.

520 Cf. Maria Teresa Moya Dominguez. Op. cit., p. 222: "[...] Es el órgano superior del proceso integrador. Tiene a su cargo la conducción política y la toma de decisiones para asegurar el cumplimiento de los objetivos establecidos por el Tratado de Asunción."

521 art. 3º del Protocolo

proceso de integración, quien efectivamente integra el Consejo son los Ministros de Relaciones Exteriores y los Ministros de Economía.

Según lo establece el propio Protocolo de Ouro Preto, en su art. 8º, son *funciones y atribuciones del Consejo*: a) velar por el cumplimiento del Tratado de Asunción, de sus Protocolos y de los acuerdos firmados en su marco; b) formular políticas y promover las acciones necesarias para la conformación del mercado común; c) ejercer la titularidad de la personalidad jurídica del Mercosur; d) negociar y firmar acuerdos, en nombre del Mercosur, con terceros países, grupos de países y organismos internacionales. Dichas funciones podrán ser delegadas por mandato expreso al Grupo Mercado Común en las condiciones establecidas en el inciso VII del artículo 14; e) pronunciarse sobre las propuestas que le sean elevadas por el Grupo Mercado Común; f) crear reuniones de ministros y pronunciarse sobre los acuerdos que le sean remitidos por las mismas; g) proponer al Grupo del Mercado Común nuevas normas o modificaciones de las normas existentes en materia comercial y aduanera del Mercosur; h) proponer la revisión de las alícuotas arancelarias de ítem específicos del arancel externo común, inclusive para contemplar casos referentes a nuevas actividades productivas en el ámbito del Mercosur; i) establecer los comités técnicos necesarios para el adecuado cumplimiento de sus funciones así como dirigir y supervisar las actividades de los mismos; j) desempeñar las tareas vinculadas a la política comercial común que le solicite el Grupo Mercado Común; k) adoptar el Reglamento Interno, que someterá al Grupo Mercado Común para su homologación.

Se agrega que el Consejo es responsable de la preservación y respeto del Tratado de Asunción y de sus Protocolos, un verdadero *guardián* y *celador* de las principales

fuentes del Derecho de Integración. Además de ser un fomentador del proceso integracionista, aspirando siempre implementar el mercado común.<sup>522</sup>

Finalmente, es imprescindible no olvidar el art. 9º del Protocolo de Ouro Preto que determina: “El Consejo del Mercado Común se pronunciará mediante Resoluciones, las que serán obligatorias para los Estados Partes”, sin embargo, como ya se ha dicho, el Consejo tiene naturaleza intergubernamental y competencia decisoria.

Aunque sea un *órgano deliberativo*, el Consejo (junto con los dos siguientes, el Grupo y la Comisión de Comercio) carece del poder autónomo de aplicación de sus resoluciones debido a que, en última instancia, las resoluciones emanadas de tales órganos, en su mayoría, necesitarán la intermediación de los Estados nacionales para su incorporación en el orden jurídico interno (...)”<sup>523</sup>

### 3.4.2) Grupo Mercado Común (GMC)

Es el *órgano ejecutivo* del Mercosur<sup>524</sup> con amplios poderes de actuación, porque debe implementar las decisiones del Consejo encima estudiado. Conforme el art. 11 del Protocolo de Ouro Preto, y el Grupo Mercado Común será compuesto “por cuatro miembros titulares y cuatro miembros alternos por país, designados por los respectivos Gobiernos, entre los cuales deben constar obligatoriamente representantes de los

---

522 El mismo materializa la personalidad proporcionada por el Protocolo de Ouro Preto en 1994, tanto que es el propio Consejo el que celebra acuerdos con los demás sujetos del Derecho Internacional (actividad ésta que se puede delegar de forma expresa al Grupo Mercado Común).

523 El consejo del Mercado Común, el Grupo Mercado Común y la Comisión de Comercio del Mercosur son órganos intergubernamentales, que no gozan de autonomía respecto de los Estados del Mercosur y, por ende, no son supraestatales. (Cf. Ricardo Xavier Basaldúa. op. cit., p. 569)

524 Cf. Maria Teresa Moya Dominguez, op. cit., p. 225.

Ministerios de Relaciones Exteriores de los Ministerios de Economía (o equivalentes) y de los Bancos Centrales” siendo que la coordinación de todo este trabajo cabe a los Ministerios de Relaciones Exteriores. Las reuniones del GMC serán realizadas de forma ordinaria o extraordinaria tantas veces como fuere necesario, en las condiciones establecidas en su Reglamento Interno.

Son *funciones y atribuciones* del Grupo Mercado Común (art. 14 del Protocolo): velar; dentro de los límites de su competencia, por el cumplimiento del Tratado de Asunción, de sus Protocolos y de los acuerdos firmados en su marco; proponer proyectos de Decisión al Consejo del Mercado Común; tomar las medidas necesarias para el cumplimiento de las Decisiones adoptadas por el Consejo del Mercado Común; fijar programas de trabajo que aseguren avances para el establecimiento del mercado común; crear, modificar o suprimir órganos tales como subgrupos de trabajo y reuniones especializadas, para el cumplimiento de sus objetivos; manifestarse sobre las propuestas o recomendaciones que le fueren sometidas por los demás órganos del Mercosur en el ámbito de sus competencias; negociar, con la participación de representantes de todos los Estados Partes, por delegación expresa del Consejo del Mercado Común y dentro de los límites establecidos en mandatos específicos concedidos con esa finalidad, acuerdos en nombre del Mercosur con terceros países, grupos de países y organismos internacionales. El Grupo Mercado Común, cuando disponga de mandato para tal fin, procederá a la firma de los mencionados acuerdos. El Grupo Mercado Común, cuando esté autorizado por el Consejo del Mercado Común, podrá delegar los referidos poderes a la Comisión de Comercio del Mercosur; aprobar el presupuesto y la rendición de cuentas anual presentada por la Secretaría Administrativa del Mercosur; adoptar Resoluciones en materia financiera y presupuestaria, basado en las orientaciones emanadas del Consejo;



someter al Consejo del Mercado Común su Reglamento Interno; organizar las reuniones del Consejo del Mercado Común y preparar los informes y estudios que éste le solicite; elegir al Director de la Secretaría Administrativa del Mercosur; supervisar las actividades de la Secretaría Administrativa del Mercosur; homologar los Reglamentos Internos de 1.<sup>a</sup> Comisión de Comercio y del Foro Consultivo Económico-Social.

El Grupo está jerárquicamente abajo del Consejo del Mercado Común, tanto es así que debe tomar las medidas preventivas para implementar las decisiones, sin contar que puede celebrar acuerdos internacionales en nombre del MERCOSUR sólo cuando este expresamente autorizado por el Consejo. Además, su reglamento interno debe ser sometido al tamiz del órgano superior del MERCOSUR.

Por otra parte, debe reconocerse que el Grupo tiene ascendencia con relación a la Comisión de Comercio del Mercosur.

Insta destacar que también tiene la función de velar por el respeto de los dictámenes del Tratado de Asunción y sus Protocolos, asumiendo el cargo de *co-velador* junto al Consejo.

Finalmente, vale resaltar lo que el art. 15 del Protocolo asevera lo siguiente:

“El Grupo Mercado Común se pronunciará mediante Resoluciones, las cuales serán obligatorias para los Estados Partes”. Como se percibe se trata de más de un órgano de naturaleza intergubernamental con capacidad decisoria.<sup>525</sup>

### 3.4.3) *Comisión de Comercio del Mercosur (CCM)*

---

525 Cf. Diego Pereira Machado y Florisbal de Souza Del’Olmo, op. cit., p. 78-79.

La Comisión del Comercio del Mercosur es el órgano encargado de asistir al Grupo Mercado Común, asignándole velar por la aplicación de los instrumentos de política comercial común acordados por los Estados Partes para el funcionamiento de la unión aduanera, así como acompañar y revisar los temas y materias relacionadas con las políticas comerciales comunes.

La CCM estará integrada por cuatro miembros titulares y por cuatro miembros alternos por Estado Parte y, en esta misma línea el Grupo Mercado Común, será también coordinado por los Ministerios de Relaciones Exteriores. Como se deduce de la lectura del Protocolo de Ouro Preto, los Ministros de Relaciones Exteriores cumplen un papel imprescindible para la realización de un futuro mercado común.

Conforme prescribe el art. 18 del referido Protocolo, la Comisión se reunirá por lo menos una vez al mes o siempre que le fuera solicitado por el Grupo Mercado Común o por cualquiera de los Estados Partes.

Son *funciones y atribuciones de la Comisión* (art. 19 del Protocolo): velar por la aplicación de los instrumentos comunes de política comercial intra-Mercosur y con terceros países, organismos internacionales y acuerdos de comercio; considerar y pronunciarse sobre las solicitudes presentadas por los Estados Partes con respecto a la aplicación y al cumplimiento del arancel externo común y de los demás instrumentos de política comercial común; efectuar el seguimiento de la aplicación de los instrumentos de política comercial común en los Estados Partes; analizar la evolución de los instrumentos de política comercial común para el funcionamiento de la unión aduanera y formular Propuestas a este respecto al Grupo Mercado Común ; tomar las decisiones vinculadas a la administración y a la aplicación del arancel externo común y de los instrumentos de

política comercial común acordados por los Estados Partes; informar al Grupo Mercado Común sobre la evolución y la aplicación de los instrumentos de política comercial común, sobre la tramitación de las solicitudes recibidas y sobre las decisiones adoptadas respecto de las mismas; proponer al Grupo Mercado Común nuevas normas o modificaciones de las normas existentes en materia comercial y aduanera del Mercosur; proponer la revisión de las alícuotas arancelarias de ítem específicos del arancel externo común, inclusive para contemplar casos referentes a nuevas actividades productivas en el ámbito del Mercosur; establecer los comités técnicos necesarios para el adecuado cumplimiento de sus funciones así como dirigir y supervisar las actividades de los mismos; desempeñar las tareas vinculadas a la política comercial común que le solicite el Grupo Mercado Común; adoptar el Reglamento Interno, que someterá al Grupo Mercado Común para su homologación.

Además de las funciones y atribuciones establecidas anteriormente incumbirá a la Comisión de Comercio del Mercosur desempeñar el importante papel en el sistema de solución de conflictos del bloque<sup>526</sup>.

En cuanto al papel de la CCM cabe señalar que la misma es una importante *puerta de entrada* a los reclamos de los particulares, una rareza en un ambiente en que se prioriza el arbitraje y en que no hay tribunal de justicia.

Cabe a la Comisión considerar reclamos presentados por las Secciones Nacionales, originadas por los Estados Partes o en demanda de particulares (personas físicas o jurídicas), relacionadas con situaciones que estuviesen en su área de competencia. La

---

526 Cuestión que se retomará en el punto correspondiente.

CCM procesa los reclamos de los Estados miembros y de particulares. Esa actividad en relación a sus actos no aparta la aplicabilidad del actual Protocolo de Olivos, de 2002, el principal documento para la solución de las controversias en el Mercosur.<sup>527</sup>

Si el Consejo del Mercado Común se manifiesta mediante *decisiones* y el Grupo Mercado Común por medio de *resoluciones*, la Comisión actúa junto a los miembros del bloque por intermedio de las *directrices*, siendo que éstas, tal como las dos primeras, son obligatorias a los Estados Partes, teniendo en vista que esos tres órganos tienen naturaleza *intergubernamental* y capacidad decisoria.<sup>528</sup>

Con respecto a tener capacidad decisoria, es dable citar la opinión de Mario Midón<sup>529</sup>:

*“¿Qué significa capacidad decisoria?”*

*El sentido de tal calificación a dichos órganos aparece sustentado en tres razones que tienen que ver: primero, con el hecho de que esas instituciones están habilitadas, en el más llano sentido de la palabra, a decidir las cuestiones que son de su competencia. Es decir, ejercen el gobierno del Mercosur.*

*Segundo, que tal capacidad se verifica con la aptitud de dictar Derecho. Así, el CMC emite decisiones; el GMC se pronuncia a través de resoluciones y la Comisión de Comercio formula directivas.*

*Tercero, que tal Derecho es obligatorio para todos los asociados.”*

Es importante señalar que todos los órganos con capacidad decisoria y consultiva están sometidos a la regla del consenso, conforme lo establece el art. 37 del Protocolo de Ouro Preto. Es en este sentido el Dr. Mario Midón<sup>530</sup>:

*“Todos los órganos con capacidad decisoria y consultiva están sujetos a la regla del consenso. Cualquier medida que se adopte, para respetar la lógica de su antecedente y ser válida, debe*

---

527 Este tema también se analizará en el punto específico.

528 Cf. Diego P. Machado y Florisbal de S. Del’Olmo, op. cit., p. 81-82-83.

529 Op. cit., p. 299.

530 Op. cit., p. 323.

producirse con la presencia de todos los Estados Partes y por consenso (art. 37 del POP ratificando el art. 16 del TA).”

#### *3.4.4) Parlamento del Mercosur (Parlasur)<sup>531</sup>*

Órgano de naturaleza intergubernamental y unicameral creado el 9 de diciembre de 2005 por el Protocolo Constitutivo del Parlamento del MERCOSUR<sup>532</sup>, en consideración a la Decisión del Consejo del Mercado Común 49/2004. Aunque fue creado en el año 2005, el Parlasur fue instalado en Montevideo, Uruguay, el 7 de mayo de 2007, fecha esta que marca su primera sesión que contó con la presencia de parlamentarios de Brasil, Argentina, Uruguay, Paraguay.

##### *3.4.4.1) Principios, objetivos y competencias*

###### *3.4.4.1.2) Principios*

Es una institución democrática que representa la pluralidad ideológica y política de los pueblos de los países miembros. El Parlasur es compatible con democracia, ambos basados en los siguientes principios:<sup>533</sup>

a) el pluralismo y la tolerancia como garantías de la diversidad de las expresiones políticas, sociales y culturales de los pueblos de la región;

b) la transparencia de la información y de las decisiones para crear confianza y facilitar la participación de los ciudadanos;

---

531 “Es el órgano representativo de los parlamentos de los socios. Sus integrantes son designados por los respectivos congresos nacionales de acuerdo con sus procedimientos internos. Cf. Maria Teresa M. Dominguez. Op. cit., p. 230.

532 Brasil: Decreto nº 6.105, del 30/04/2007.

533 conforme art. 3º del Protocolo.

- c) la cooperación con los demás órganos del MERCOSUR y con los ámbitos regionales de representación ciudadana;
- d) el respeto a los derechos humanos en todas sus expresiones;
- e) el repudio a todas las formas de discriminación, especialmente las relativas a género, color, etnia, religión, nacionalidad, edad y condición socio económica;
- f) la promoción del patrimonio cultural, institucional y de cooperación Latinoamericana en el proceso de integración;
- g) la promoción del desarrollo sustentable en el Mercosur y o trato especial y diferenciado para los países de economías menores y para las regiones con menor grado de desarrollo;
- h) la equidad y la justicia en los asuntos regionales e internacionales, y la solución pacífica de las controversias.

#### 3.4.4.1.3) *Objetivo*

El Parlasur tiene como *objetivo* explícito el fortalecimiento del proceso de integración en el ámbito del bloque. El tendrá también el papel de observar los anhelos y preocupaciones de los diversos sectores de la sociedad civil de los Estados Partes. Entre sus competencias también están las recomendaciones de normas para el bloque, el envío de anteproyectos de normas nacionales que traten la *armonización de las legislaciones* de los países miembros y la solicitud de informes sobre cuestiones vinculadas al proceso de integración. Sin embargo, le compete al órgano realizar reuniones públicas sobre cuestiones relativas a la integración, con la participación de entidades de la sociedad civil

y de los sectores productivos. Todos los proyectos de normas del Mercosur que necesiten de la aprobación serán analizadas y tendrán el parecer del Parlamento.

Son *propósitos* del Parlamento:<sup>534</sup>

a) representar a los pueblos del MERCOSUR, respetando su pluralidad ideológica y política; b) asumir la promoción y defensa permanente de la democracia, la libertad y la paz; c) impulsar el desarrollo sustentable de la región con justicia social y respeto a la diversidad cultural de sus poblaciones; d) garantizar la participación de los actores de la sociedad civil en el proceso de integración; e) estimular la formación de una conciencia colectiva de valores ciudadanos y comunitarios para la integración; f) contribuir a consolidar la integración latinoamericana mediante la profundización y ampliación del MERCOSUR; g) promover la solidaridad y la cooperación regional e internacional.

#### 3.4.4.1.4) *Competencias*

En virtud de cumplir sus propósitos, el Protocolo constitutivo<sup>535</sup> establece las competencias del Parlasur. Algunas son: velar en el ámbito de su competencia por la observancia de las normas del Derecho de Integración; velar por la preservación del régimen democrático en los Estados Partes; elaborar y publicar anualmente un informe sobre la situación de los Derechos Humanos en los Estados Partes, teniendo en cuenta los principios y las normas del MERCOSUR; efectuar pedidos de informes u opiniones por escrito a los órganos decisorios y consultivos del MERCOSUR establecidos en el Protocolo de Ouro Preto sobre cuestiones vinculadas al desarrollo del proceso de

---

534 Conforme art. 2º del protocolo

535 art. 4º

integración; organizar reuniones públicas, sobre cuestiones vinculadas al desarrollo del proceso de integración, con entidades de la sociedad civil y los sectores productivos; recibir, examinar y en su caso canalizar hacia los órganos decisorios, peticiones de cualquier particular de los Estados Partes, sean personas físicas o jurídicas, relacionadas con actos u omisiones de los órganos del MERCOSUR; emitir declaraciones, recomendaciones e informes sobre cuestiones vinculadas al desarrollo del proceso de integración, por iniciativa propia o a solicitud de otros órganos del MERCOSUR; proponer proyectos de normas para su consideración por el Consejo del Mercado Común; mantener relaciones institucionales con los Parlamentos de terceros Estados y otras instituciones legislativas; fomentar el desarrollo de instrumentos de democracia representativa y participativa en el bloque.

En el ejercicio de sus competencias el Parlasur se puede manifestar por medio de pareceres, proyectos de normas, declaraciones, recomendaciones, informes y disposiciones.

Capacidad decisoria? Además de intergubernamental el Parlasur podría ser incluido en el rol de instituciones con poder de decisión del MERCOSUR, donde ya está el Consejo, el Grupo, la Comisión de Comercio – que son los principales – y el Tribunal Permanente de Revisión.

Su protocolo constitutivo establece su propio sistema de toma de decisiones:<sup>536</sup>

a) el Parlamento adoptará sus decisiones y actos por mayoría simple, absoluta, especial o calificada;

---

536 En el art. 15.



b) para la mayoría simple se requerirá el voto de más de la mitad de los Parlamentarios presentes;

c) para la mayoría absoluta se requerirá el voto de más de la mitad del total de los miembros del Parlamento;

d) para la mayoría especial se requerirá el voto de los dos tercios del total de los miembros del Parlamento, que incluya a su vez a Parlamentarios de todos los Estados Partes;

e) para la mayoría calificada se requerirá el voto afirmativo de la mayoría absoluta de integrantes de la representación parlamentaria de cada Estado Parte;

f) el Parlamento establecerá en su Reglamento Interno las mayorías requeridas para la aprobación de los distintos asuntos.<sup>537</sup>

Aunque denominado Parlamento, este órgano del MERCOSUR que ha sustituido a la Comisión Parlamentaria Conjunta *no tiene carácter legislativo*. Es una forma de preservar las competencias de los Parlamentos nacionales, velando por el buen relacionamiento del bloqueo con los países miembros.

#### 3.4.4.2) Implementación

La implementación del Parlamento tuvo una etapa de transición, entre 2007 y 2010, y tendrá una segunda etapa, entre 2011 y 2014. En la primera, el noble organismo estaba integrado por dieciocho parlamentarios de cada Estado Parte, indicados por los

---

<sup>537</sup> Cf. Diego P. Machado y Florisbal de S. Del'Olmo, op. cit., p. 85-86.

respectivos Parlamentos nacionales (elecciones indirectas). Antes de la finalización de esa etapa de transición, cada Estado miembro deberá realizar elecciones por sufragio directo, universal y secreto para indicar sus representantes.

A partir de la segunda etapa, todos los representantes deberán ser electos también por medio del sufragio directo, universal y secreto y no podrán acumular la función en el bloque con la de parlamentario nacional.

Al final de estas etapas de transición, por propuesta del Parlamento, el Consejo del Mercado Común establecerá el “*Día del MERCOSUR Ciudadano*” para la realización de elecciones de forma simultánea en todos los Estados miembros.

#### 3.4.4.3) *Mercodiputados*

El Parlamento regional posee 90 (noventa) bancas de *mercodiputados* (en analogía a los *eurodiputados* de la Unión Europea), 18 de cada país miembro, con mandato de 4 (cuatro) años, permitiendo la reelección. Los agentes políticos que integran la Representación Brasileña en el Parlamento del Mercosur – una especie de comisión mixta permanente – fueron designados por la Resolución Nº 1/2007 del Congreso Nacional. Esta Representación no ejerce solamente un papel importante junto al Parlasur, sino también en el ámbito interno, especialmente en cuanto al proceso de celebración de los acuerdos del bloque sujetos a la apreciación legislativa.

El establecimiento de un Parlamento del Mercosur, aunque se hable en *mercodiputados*, no da el carácter *supranacional* al bloque latinoamericano. El hecho de que la Unión Europea también posea un Parlamento y *eurodiputados* no autoriza, al

menos por ahora, escalar una posición más elevada que de un bloque meramente intergubernamental.

#### *3.4.5) Foro Consultivo Económico-Social (FCES)*

Es el órgano de representación de los sectores económicos y sociales y estará integrado por igual número de representantes de cada Estado Parte. El Foro, como el propio nombre lo indica, tiene una función consultiva y se manifiesta mediante recomendaciones al Grupo Mercado Común. Por último, no posee capacidad decisoria, sus manifestaciones no obligan.

El FCES mantiene un programa de cooperación con el Comité Económico y Social Europeo, organismo de igual atribución en el ámbito de la Unión Europea, además de mantener contactos con los Consejos Laboral y Empresarial andinos.<sup>538</sup>

#### *3.4.6) Secretaría Administrativa delo MERCOSUR (SAM)*

La Secretaria Administrativa es un órgano de apoyo operacional, siendo responsable de la prestación de servicios a los demás órganos del MERCOSUR. Su sede permanente está en Montevideo, República Oriental del Uruguay.

La Secretaria Administrativa desempeña las siguientes actividades:<sup>539</sup> servir como el archivo oficial de la documentación del MERCOSUR; realizar la publicación y la difusión de las decisiones adoptadas en el ámbito del bloque. En este contexto le corresponderá realizar, en coordinación con Estados Parte, las traducciones públicas a los idiomas

---

538 Cf. Diego P. Machado y Florisbal de S. Del'Olmo, op. cit., p. 88.

539 Conforme art. 32 del Protocolo de Ouro Preto.

español y portugués de todas las decisiones adoptadas por los órganos de la estructura institucional del MERCOSUR, conforme previsto en el artículo 39; publicar en el Boletín Oficial del MERCOSUR; organizar los aspectos logísticos de las reuniones del Consejo del Mercado Común, del Grupo Mercado Común y de la Comisión de Comercio del MERCOSUR y, dentro de sus posibilidades, de los demás órganos del MERCOSUR, cuando las mismas fueran realizadas en su sede permanente. En cuanto a las reuniones hechas fuera de su sede permanente, la Secretaría Administrativa del MERCOSUR proveerá apoyo al Estado que sea sede del evento; informar regularmente a los Estados Partes sobre las medidas implementadas por cada país para incorporar en su ordenamiento jurídico las normas emanadas de los órganos del MERCOSUR previstos en el art. 32º del Protocolo de Ouro Preto; desempeñar las tareas que le sean solicitadas por el Consejo del Mercado Común, por el Grupo Mercado Común y la Comisión de Comercio del MERCOSUR; elaborar su proyecto de presupuesto y, una vez que éste sea aprobado por el Grupo Mercado Común, practicar todos los actos necesarios para su correcta ejecución; y presentar anualmente su rendición de cuentas al Grupo Mercado Común, así como un informe sobre sus actividades.

En la jefatura de la Secretaría estará a cargo un Director, quien tendrá la nacionalidad de uno de los Estados Partes y será electo por el Grupo Mercado Común. El será designado por el Consejo del Mercado Común, en forma rotativa entre los países, mediante previa consulta a los miembros del MERCOSUR y tendrá mandato de dos años, estando prohibida la reelección.

En cuanto al cuadro funcional de la Secretaría Administrativa, es importante destacar que la misma cuenta con empleados propios y es uno de los pocos órganos de carácter permanente del MERCOSUR.

Además, fue creado, por medio de la Resolución 54/03 del GMC, el *Tribunal Administrativo-Laboral*, conocido como TAT, que actúa en la sede de la SAM. Esta instancia administrativa, y no judicial, formada por cuatro miembros permanente y cuatro suplentes, preferentemente elegidos entre juristas, y encargada de solucionar los reclamos administrativos laborales derivados emanados de los empleados de la propia Secretaría, así como de las personas contratadas para ejecutar otras tareas y servicios. El TAT también analizará los reclamos de quien ejerza las tareas o servicios ante órganos del MERCOSUR.<sup>540</sup>

### 3.5) *Derecho de la Integración*

El Derecho a la Integración<sup>541</sup> tiene como objeto fundamental la integración de la naturaleza comercial y económica, tendiendo al incentivo del comercio internacional de una región. Conforme Roberto Luiz Silva, Derecho de la Integración es un desdoblamiento del Derecho Internacional clásico, derivado de los tratados internacionales entre Estados soberanos, creando, por consiguiente, zonas Económicas privilegiadas en que el nivel de integración de cada uno varía<sup>542</sup>.

---

540 Cf. Diego P. Machado y Florisbal de S. Del'Olmo, op. cit., p. 88.

541 Hay quien afirme que el Derecho Comunitario es un Derecho de la Integración perfeccionado, evolucionado. MACHADO, Diego Pereira. **Direito Internacional e Comunitário para concurso de Juiz do Trabalho**. São Paulo: Edipro, 2011, p. 215.

542 SILVA, Roberto Luiz. **Direito Comunitário e da Integração**. 1. Ed. Porto Alegre: Síntese, 1999, p. 44.

En los bloques económicos en que la autonomía de sus integrantes es más acentuada, y que, en contrapartida, la integración es menor, como en las zonas de libre comercio y uniones aduaneras, se enfrenta al Derecho de Integración<sup>543</sup>. Son los bloques económicos fundamentados en la intergubernabilidad.

Diferentemente de las normas comunitarias, como veremos más adelante, las fuentes del Derecho de Integración no poseen efecto directo. Las normas comunitarias tienen autonomía y están jerárquicamente por encima de las normas nacionales, no tienen que ser recibidas por los Estados, estos deben acatarlas inmediatamente, es el Derecho Comunitario en su esencia. Ya el Derecho de la Integración así no se caracteriza, sus normas deben ser aceptadas por los Estados partes de un bloque, dependen de la ya citada “buena voluntad política”, las mismas no tienen efecto directo, el sistema de aceptación y el clásico sistema de recepción de los tratados internacionales, es aquí el caso del MERCOSUR<sup>544</sup>.

María Teresa M. Domínguez<sup>545</sup> lo corrobora:

“[...] Por lo expuesto, puede decirse que el orden jurídico que rige en el MERCOSUR ya no se corresponde propiamente con el derecho comunitario. Se encuentra en una situación intermedia,

---

543 “Muchos doctrinadores distinguen el Derecho de la Integración del Derecho de Coordinación. El primero, trata la consolidación de los espacios económicos de los países, con el objetivo de formar un mercado común pautado por una relación de subordinación entre el Derecho Comunitario y el Derecho de los Estados miembros, el segundo, es pautado por la simple coordinación de soberanías, donde no existe la intención de producir una integración más profunda. Tales bloques económicos se regirían por los principios del Derecho Internacional clásico, que es un derecho de coordinación de soberanías, mientras el Derecho Comunitario es un derecho de subordinación, con primacía de las normas comunitarias sobre las de los Estados miembros en las cuestiones delegadas.” (GOMES, Eduardo Biacchi *apud* DIEGO PEREIRA MACHADO y FLORISBAL DE SOUZA DEL’ÓMO **Direito da Integração, Direito Comunitário, MERCOSUL e União Europeia**: ed. Jus PODIVM. Bahia: 2011, p. 30)

544 Cf. DIEGO P. Machado y Florisbal de S. Del’Ómo, pp. 29-30 y 31.

545 Op. cit., p. 272.

propia del derecho de la integración tenue o primaria, en atención al objeto y fin del propósito de su creación.”

Conviene resaltar que existen posicionamientos en la doctrina que clasifica el Derecho Comunitario como una forma avanzada del Derecho de Integración, conforme enseñanzas de Mario Midón<sup>546</sup>: “[...] De suerte que la relación que existe entre Derecho de la Integración y Derecho Comunitario es la que media entre el género y la especie, toda vez que el Derecho Comunitario es una forma avanzada de Derecho de la Integración.”

### 3.5.1) Fuentes de Derecho de Integración

#### 3.5.1.1) Ausencia de aplicabilidad inmediata y efecto directo

Como ya se dijo anteriormente, el MERCOSUR no posee carácter *supranacional*, tal como existe en el formato de la Unión Europea. Es decir, todavía está enfocado en la *intergubernabilidad*, donde las decisiones son tomadas mediante consenso.<sup>547</sup> No hay órganos superiores, supranacionales, que obliguen al cumplimiento de las normas emanadas de los órganos del MERCOSUR. No hay Tribunal de Justicia que vele por el cumplimiento de los tratados constitutivos. En definitiva, lamentablemente impera el carácter político, que muchas veces va en contra de los anhelos del bloque.

Se trata, en realidad, de la inexistencia de la primacía de las fuentes del MERCOSUR con relación a las *fuentes* de Derecho interno brasileño. Asimismo, percibimos la existencia de Estados miembros, como Paraguay y Argentina, que poseen dispositivos

---

546 Op. cit., p. 50

547 Art. 37 del Protocolo de Ouro Preto: “Las decisiones de los órganos del Mercosur serán tomadas por consenso y con la presencia de todos los Estados Partes”

constitucionales que muestran la posibilidad de existencia de la supranacionalidad. (La supranacionalidad está presente en la Constitución paraguaya (art. 9º) y en la Constitución Argentina (art. 75, inc. 24).<sup>548</sup>

Además, la internalización de las normas de Derecho del Mercosur en Brasil obedece al proceso tradicional de recepción de normas de Derecho Internacional. Es un sistema que genera dudas, inseguro y propenso a las crisis diplomáticas entre los integrantes del bloque. Dicho esto, se tiene que entender nuevamente que la *supranacionalidad* sería capaz de ofrecer mayor seguridad y estabilidad a las decisiones y las relaciones entre los Estados.

De lo dicho surge la siguiente conclusión. Las decisiones del bloque sufren de un *déficit* de aplicabilidad, pues no ostentan ejecutoriedad directa, inmediata. Precisan pasar a través del filtro de los gobiernos locales dependiendo de su *bel placer* político.

Por consiguiente, cabe aclarar que los países integrantes del MERCOSUR poseen diferentes mecanismos para la internalización de las normas emanadas del bloque, lo que caracteriza una desarmonización legislativo-jurídica, traba que difícilmente será traspuesto en corto plazo de tiempo. Además de la desarmonía que impera la internalización de las fuentes del Derecho de la Integración, tiene que reconocer que los países también valoran las normas internacionales de diferentes formas. En Argentina y en Paraguay los tratados y protocolos ratificados tienen valor superior a las leyes nacionales y, por lo tanto, no pueden ser derogados ni suplidos por estas. En Brasil y en Uruguay los tratados y protocolos tienen el mismo valor que las leyes nacionales y, por lo

---

548 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 747.



tanto, son adoptados los criterios de especialidad y cronológico, bases del sistema de la paridad de las normas.<sup>549</sup>

Por todo lo expuesto, es pertinente entonces cuestionar el siguiente hecho: ¿Qué se entiende por fuente del Derecho de Integración del MERCOSUR? ¿Finalmente, cuales son las fuentes? Ya sabemos que precisan ser internalizadas, diferenciándose mayormente del sistema de la Unión Europea.

### 3.5.1.2) Fuentes originarias, complementarias y derivadas

No existe una Constitución escrita en el MERCOSUR en el sentido formal, es decir, no existe un documento formalmente reconocido como tal, documento único con esta nomenclatura, el bloque no posee un tratado que establezca (o que intente establecer) la Constitución del MERCOSUR. Existe en verdad una especie de Constitución sólo en sentido material representada por el conjunto de todas las fuentes.

Las fuentes pueden ser clasificadas en *originarias* (o primarias), *complementarias* y *derivadas* (o secundarias). A estas tres, Puñal llama de Derecho originario, Derecho complementario y Derecho derivado.<sup>550</sup>

---

549 La teoría de la paridad normativa todavía se adopta en Brasil para los tratados comunes, es decir, los que no tratan sobre derechos humanos. Sin embargo, en caso de norma internacional para la protección de la persona, las convenciones pueden ser equivalentes a las enmiendas constitucionales (& 3º del art. 5º de la CF) o pueden asumir el carácter suprallegal (informativos 418, del STJ, y 471, 477, 498 y 531, del STF).

550 PUÑAL, Antonio Martinez. Respecto a las normas del Mercosur: clasificación y jerarquía, incorporación, vigencia (simultanea) y dificultades constitucionales. *In.*..CLÉMENT, Zlata Drnas de (coord). **Mercosur y Unión Europea**. São Paulo: P Brasil. Segundas jornadas Científicas de EULATIN II, sept., 2007, p. 225.

Son fuentes originarias el Tratado de Asunción de 1991 (tratado constitutivo) y todos los protocolos que forman parte del documento de Asunción, tal como el Protocolo de Ouro Preto de 1994.

Las *fuentes complementarias* son los acuerdos celebrados en el ámbito del Tratado de Asunción y sus protocolos. Las fuentes complementarias, como el propio lo señala, complementan las originarias, su existencia depende de estas.

En cuanto a las *fuentes derivadas*, estas son compuestas por los actos unilaterales de las instituciones del bloque, en el ejercicio de sus funciones. Son las decisiones del Consejo del Mercado Común, las resoluciones del Grupo Mercado Común y las directrices de la Comisión de Comercio del MERCOSUR, adoptadas después de la entrada en vigencia del Tratado de Asunción.

El Art. 41 del Protocolo de Ouro Preto trae las tres fuentes de Derecho de Integración del MERCOSUR, en el orden exacto que explicamos:

“Artículo 41 – Las fuentes jurídicas del Mercosur son:

I. EL Tratado de Asunción, sus protocolos y los instrumentos adicionales o complementarios: (Fuentes Originarias).

II Los acuerdos celebrados en el marco del Tratado de Asunción y sus protocolos; (Fuentes Complementarias)

III Las Decisiones del Consejo del Mercado Común, las Resoluciones del Grupo Mercado Común y las Directivas de la Comisión de Comercio del Mercosur, adoptadas desde la entrada en vigor del Tratado de Asunción. (Fuentes Derivadas).

Discrepando un poco del criterio antes expuesto, existe quien afirma que las normas de Derecho del MERCOSUR, como Raúl Granillo Ocampo, se dividen: a) Derecho

Originario; y b) Derecho Derivado. Explicando mejor el tema, así él lo transmite con maestría<sup>551</sup>:

“[...] las normas del derecho del Mercosur se dividen en normas de derecho originario, que tienen su base en el derecho internacional, al ser instrumentadas en tratados o protocolos que contienen los compromisos, los principios y los objetivos del sistema, lo que convierte a sus normas en fuente del derecho (Tratado de Asunción, Tratado de Ouro Preto, Protocolo de Olivos, Protocolo de Brasilia, etc.) y normas de derecho derivado, que son las que, teniendo como objetivo la ejecución y evolución del sistema de integración, son dictadas básicamente por los órganos creados para llevar adelante el proceso (reglamentos, directivas, decisiones). El art. 41 del Protocolo de Ouro Preto ha determinado que son fuentes del derecho.

### *3.6) Sistema de Solución de Controversias*

El proceso de integración implica la armonización de los diversos intereses nacionales adecuándose en la búsqueda de un interés común, único, para el bloque. Resulta que esta búsqueda genera una serie de cambios en las reglas institucionales del funcionamiento en distintas áreas del Estado-Nación en cara de que los Estados ceden parte de su soberanía en favor del bloque.

Sin embargo, dada la multiplicidad de intereses en juego, principalmente en el afán de muchas veces privilegiar los intereses locales, actitudes o hechos de diversos matices pueden llevar a interpretaciones y aplicación en desacuerdo con las normas que rigen la materia. Estos hechos, generan conflictos de diferentes naturaleza involucrando a los Estados miembros del sistema, sus habitantes, los propios órganos que el proceso de integración instituyó.

---

551 Op. cit., p. 582.

Este criterio encuentra eco en la obra de Mario Midon<sup>552</sup>:

“[...] De esta manera, ya sea por la multiplicidad de intereses en juego, por la existencia de algunos resabios chauvinistas, por la corporización de cierto proteccionismo, por la negativa a pagar costos y hasta por desinteligencias surgidas en la interpretación de los instrumentos que rigen la relación, es posible que uno de los Estados, sus habitantes, y hasta los propios órganos creados, infrinjan los acuerdos que dieron vida al proyecto.

Por consiguiente, cabe aclarar que estos conflictos generados<sup>553</sup> deben ser solucionados de forma orgánica apuntando a dar continuidad al sistema y superar las consecuencias maléficas que el incumplimiento produce.

No se debe olvidar que el sistema de solución de conflictos es una herramienta que, en los casos de controversias, asegura que las mismas se diriman pacíficamente, mediante un acto de autoridad emitido en un juicio de valor imparcial, irrevocable y coercitivo.<sup>554</sup>

Vale recordar, además, que para medir la situación en que se encuentra el nivel de integración de un bloque y la credibilidad de sus órganos, es necesario revisar los mecanismos de solución de controversias.

El MERCOSUR se destaca como un sistema intergubernamental regional de solución de controversias, conviviendo con otros mecanismos, conforme subraya Nádia de Araujo:

---

552 Op. cit., p. 329.

553 Acerca de las consecuencias que generan estos conflictos, vale la pena citar a Raúl Granillo Ocampo: “El incumplimiento de esta normativa generalmente produce un doble efecto. Por un lado, lesiona la legalidad del proceso; por el otro, puede generar perjuicios de gravosas consecuencias para los afectados. Op. cit., p. 329.

554 Cf. Raúl Granillo Ocampo. Op. cit., p. 592.

“Los diversos sistemas pueden ser divididos en: (i) sistemas estatales nacionales de solución de controversias. Poder Judicial Nacional; (ii) sistemas privados de solución de controversias: Tribunales Arbitrales (nacionales e internacionales); (iii) sistemas supranacionales regionales de solución de controversias: órganos de solución de controversias de los procesos de integración Económica con características supranacionales (cuyo ejemplo mayor es la a propia Unión Europea); (iv) sistemas intergubernamentales de solución de controversias: (a) multilaterales, OMC y b) regionales, NAFTA y MERCOSUR, entre otros. Las características son diferentes y, dependiendo del caso, pueden ser utilizados indistintamente por Estados o particulares.<sup>555</sup>

Como ya se ha destacado ampliamente en este trabajo, el MERCOSUR es un bloque regional pautado en la intergubernabilidad, las decisiones son tomadas mediante consenso, no existe el carácter de *supranacionalidad*, mucho menos, obvio, delegación de poderes a cualquier órgano comunitario. Sin embargo, resta aclarar que ese aparente atraso no impidió al MERCOSUR desarrollar un sistema, de cierta manera, avanzado de solución de controversias.

Se reconoce que los instrumentos adoptados por un bloque económico demuestran el nivel de integración de los Estados miembros. Veremos más adelante que existe en el caso de la Unión Europea, en el ámbito comunitario, instituciones *supranacionales*, con imperatividad en sus actos, con fuerza vinculante en sus decisiones, no necesitan la aceptación del consenso de los Estados para que sus medidas sean instauradas. A diferencia de lo que ocurre en el MERCOSUR, en el cual no hay órganos superiores, las decisiones necesitan aceptabilidad, no ostentando como regla carácter directo. La integración del MERCOSUR, depende más de la negociación directa que de los recursos de carácter judicial.

---

555 ARAÚJO, Nádya de. **A criação do Tribunal Permanente de Revisão e seu papel na consolidação do sistema de revisão e interpretação das normas do MERCOSUR.** In: BRANT, Leonardo Nemer Caldeira. Anuário Brasileiro de Direito Internacional. VII. Belo Horizonte: CEDIN, 2006, p.205.

Marianna Izabel Medeiros Klaes, fue enfática sobre tal punto<sup>556</sup>:

“[...] El perfeccionamiento del actual Sistema de Solución de Controversias, con la creación de un órgano judicial, se torna obligatoriamente necesario para acompañar y promover el crecimiento del mercado interno y la mejora del orden jurídico del MERCOSUR. Es posible que la constitución de un Tribunal Supranacional no sea el próximo paso debido al alto grado de madurez política que una institución de semejante importancia requiere, pero ciertamente será el siguiente paso. La experiencia de la Comunidad Europea es, en ese aspecto, una oportunidad de aprendizaje de valor inestimable, pero corresponde a los Estados Parte la facultad de transformarla en una ventaja efectiva.”

Cabe destacar que la Comunidad Europea tiene como base de su sistema de solución de controversias la figura de un Tribunal, órgano de naturaleza jurisdiccional. Ya la región *de Mercosur*, no obstante, se pauta en el arbitraje internacional.

Se registra que de 1991 a 2002 la composición de conflictos en el ámbito del Cono Sur se daba en base al Protocolo de Brasilia para Solución de Controversias del MERCOSUR de 1991.<sup>557</sup> Sucede que la fuente de Derecho de Integración mencionada fue derogada por el Protocolo de Olivos para Solución de Controversias en el MERCOSUR de 2002.<sup>558</sup> Esta es la actual normativa sobre el tema, constituirse en el principal mecanismo para la solución de los litigios en el seno del bloque regional, conforme lo dispuesto en el art. 43 del Protocolo de Ouro Preto.

---

556 KLAES, Marianna Izabel Medeiros. **MERCOSUL e tribunal supranacional: um dos pressupostos essenciais à efetiva integração.** In: PIMENTEL, Luiz Otávio (org.) **MERCOSUL no cenário internacional: direito e sociedade.** V.I. Curitiba: Juruá, 1998, pp. 368-369 .

557 Brasil: Decreto nº 922, del 10/09/1993. Recordar el art. 50 del Protocolo de Olivos, norma intertemporal: “Las controversias en trámite iniciadas de acuerdo con o régimen del Protocolo de Brasilia continuarán siendo regidas exclusivamente por el mismo hasta su total conclusión”.

558 Brasil: Decreto nº 4.982, de 09/02/2004.

A propósito del sistema de solución de controversia, en el ámbito del MERCOSUR, Mario Midón<sup>559</sup> distingue las siguientes características:

- a) *Flexibilidad*: el sistema ha sido armado sobre la base de que las partes pueden recurrir a distintas vías para la solución de conflictos.
- b) *Celeridad*: el sistema ha sido armado a partir de procedimientos muy sencillos y términos muy breves. Se ha puntualizado que no obstante el pragmatismo que caracteriza a los estadounidenses y canadienses, el sistema instaurado por ellos puede significar entre tres y cinco años de litigios, mientras que el sistema del Mercosur no debería superar los 350 días<sup>560</sup>.
- c) *Obligatoriedad*: los Estados miembros del Mercosur están obligados a aceptar tanto el procedimiento como el tribunal previsto en el sistema de solución de conflictos, ya que los tratados actúan como un pacto arbitral con cláusula compromisoria.
- d) *Carácter no permanente de los tribunales*: tanto los tribunales ad hoc como el Tribunal de Revisión Permanente se constituyen y actúan para cada caso planteado, variando su composición y el número de sus miembros según la naturaleza y las partes de cada caso.

---

559 Op. cit., p. 333.

560 ALEGRIA, Héctor, *La solución de controversias en el Mercosur*, en "Revista de Derecho Privado y Comunitario", Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, n° 1, p. 411.

### 3.6.1) Sistema do Protocolo de Olivos

#### 3.6.1.2) Controversias entre Estados miembros

Señala el Protocolo de Olivos de 2002, que el sistema de solución de controversias debe ser analizado bajo la perspectiva de los involucrados, de los legitimados a recorrer el mecanismo adoptado. El referido protocolo desarrolla básicamente, los recursos para solución de las controversias surgidas entre los Estados miembros del MERCOSUR, tanto que su art. 1º es claro al especificar que las controversias que surjan entre los Estados Partes serán sometidas a los procedimientos establecidos en el documento de *Olivos*. Es más, , esas controversias tendrán como objeto la interpretación, aplicación o incumplimiento del Tratado de Asunción, del Protocolo de Ouro Preto, de los Protocolos y Acuerdos celebrados en el marco del Tratado de Asunción, pudiendo abordar también sobre la interpretación, aplicación o incumplimiento de las fuentes derivadas (o secundarias), que son las decisiones del Consejo del Mercado Común, las resoluciones del Grupo del Mercado Común y de las directivas de la Comisión de Comercio del MERCOSUR. Por esta razón, es que el Derecho aplicable al caso por los jueces *del Mercosur* es el propio Derecho de la Integración, son las propias fuentes primarias y secundarias del MERCOSUR que servirán de fundamentación para los dictámenes tendientes a solucionar las controversias.<sup>561</sup>.

---

561 Artículo 34 del Protocolo de Olivos de 2002: "Artículo 34 1. Los Tribunales Arbitrales Ad Hoc y el Tribunal Permanente de Revisión decidirán la controversia en base al Tratado de Asunción, al Protocolo de Ouro Preto, a los protocolos y acuerdos celebrados en el marco del Tratado de Asunción, a las Decisiones del Consejo del Mercado Común, a las Resoluciones del Grupo Mercado Común y a las Directivas de la Comisión de Comercio del Mercosur así como a los principios y disposiciones de Derecho Internacional aplicables a la materia.



Para la solución de las controversias arriba especificadas, que involucra a los Estados miembros del MERCOSUR, el Protocolo de Olivos desarrollo tres etapas: a) Negociaciones directas; b) Arbitraje; y c) Tribunal Permanente de Revisión (TPR).

Veamos cada una de estas etapas o niveles. Antes, no podemos dejar de citar un destacado artículo del Protocolo de Olivos, el ítem 2 del art. 1º, que así dispone:

“Art. 1º. ítem 1 (...) ítem 2. 2. “Las controversias comprendidas en el ámbito de aplicación del presente Protocolo que puedan también ser sometidas al sistema de solución de controversias de la Organización Mundial del Comercio o de otros esquemas preferenciales de comercio que sean parte individualmente los Estados Partes del Mercosur, podrán someterse a uno u otro foro a elección de la parte demandante. Sin perjuicio de ello, las partes en la controversia podrán, de común acuerdo, convenir el foro...”

Como se ve en la lectura anterior, se permite a las partes la elección del foro. El documento de Olivos ha incorporado esta norma en el ámbito del MERCOSUR, según el cual las partes pueden optar litigar conforme al sistema de la OMC, o según las tres etapas del Protocolo.

### *3.6.1.3) Primer nivel: negociaciones directas*

La primera etapa (o primer nivel) es el de las negociaciones directas, que son medios *no jurisdiccionales*, informales y rápidas, que priorizan el diálogo. Las negociaciones directas son implementadas por las relaciones diplomáticas y pueden ser conducidas por agentes diplomáticos y, depender de la gravedad de la controversia, por los Jefes de Estado o Ministros de Relaciones Exteriores. Destáquese, además, que esas negociaciones deben ser concluidas en el plazo máximo de 15 días, teniendo la posibilidad

de recurrir al Grupo del Mercado Común (GMC), que buscará la solución para el litigio mediante un procedimiento apropiado, no pudiendo extenderse por más de 30 días.<sup>562</sup>

Es imperioso enfatizar, que las negociaciones directas deben ser el primer recurso para solución de una controversia que involucra a los Estados miembros del MERCOSUR, que se someten al Protocolo de Olivos. No es una opción pero si un primer nivel obligatorio, conforme el art. 4º del Protocolo: “Los Estados partes en una controversia procurarán resolverla, ante todo, mediante negociaciones directas”

“In-casu” del fracaso de la primera etapa, cualquiera de los Estados involucrados en la desavenencia podrá iniciar el procedimiento arbitral (art. 6º del Protocolo de Olivos).

#### 3.6.1.4) Segundo nivel: arbitraje<sup>563</sup>

---

562 Protocolo de Olivos, en relación al procedimiento optativo ante Grupo Mercado Común: “CAPÍTULO V – INTERVENCION DEL GRUPO MERCADO COMUM. Artículo 6 – Procedimiento opcional ante el GMC 1. Si mediante las negociaciones directas no se alcanzare un acuerdo o si la controversia fuere solucionada solo parcialmente, cualquiera de los Estados partes en la controversia podrá iniciar directamente el procedimiento arbitral previsto en el Capítulo VI. 2. Sin perjuicio de lo establecido en el numeral anterior, los Estados partes en la controversia podrán, de común acuerdo, someterla a consideración del Grupo Mercado Común. i) En este caso, el Grupo Mercado Común evaluará la situación, dando oportunidad a las partes en la controversia para que expongan sus respectivas posiciones requiriendo, cuando considere necesario, el asesoramiento de expertos seleccionados de la lista a que hace referencia el artículo 43 del presente Protocolo. ii) Los gastos que irroque este asesoramiento serán sufragados en montos iguales por los Estado partes en la controversia o en la proporción que determine el Grupo Mercado Común. 3. La controversia también podrá ser llevada a la consideración del Grupo Mercado Común si otro Estado, que no sea parte en la controversia, requiriera justificadamente tal procedimiento al término de las negociaciones directas. En ese caso, el procedimiento arbitral iniciado por el Estado Parte demandante no será interrumpido, salvo acuerdo entre los Estados partes en la controversia. **Artículo 7 Atribuciones del GMC** 1. Si la controversia fuese sometida al Grupo Mercado Común por los Estados partes en la controversia, éste formulará recomendaciones que, de ser posible, serán expresas y detalladas tendientes a la solución del diferendo”.

563 Conforme María Teresa Moya Domínguez, “El arbitraje es el más antiguo de los modos de solución de controversias. Su creación se remonta a los tiempos de la antigua Grecia, es decir, existe antes de que surgieran los Estados modernos en su actual conformación a través del Tratado de Westfalia de 1648. (Op. cit., p. 37)

Esta etapa abarca tribunales *ad hoc*, son los tribunales arbitrales, medios semijudiciales para la solución de las controversias internacionales. Fracasadas las negociaciones directas y el procedimiento junto al GMC, ha llegado el momento de buscar los mecanismos más eficientes: hora de buscar ayuda en un tercero imparcial al conflicto, el árbitro.

El procedimiento arbitral, conforme art. 9º del Protocolo, tendrá lugar cuando “no hubiese sido posible solucionar la controversia mediante la aplicación” de las negociaciones directas y de procedimiento del GMC, siendo que, “cualquiera de los Estados Partes podrá comunicar a la Secretaría Administrativa del Mercosur su decisión de recurrir al procedimiento arbitral”.<sup>564</sup>

La procesualística arbitral tramitará ante un Tribunal *ad hoc* compuesto por tres árbitros. Este tribunal dictará un laudo arbitral, que debe ser fundamentado, dentro del plazo de sesenta días, prorrogables por decisión del Tribunal por un plazo máximo de treinta (30) días, contados a partir de la comunicación efectuada por la Secretaría Administrativa del MERCOSUR a las partes y a los demás árbitros.<sup>565</sup>

---

564 CAPÍTULO VI - PROCEDIMIENTO ARBITRAL *AD HOC* **Artículo 9 - Inicio de la etapa arbitral** 1. Cuando la controversia no hubiera podido solucionarse conforme a los procedimientos regulados en los Capítulos IV y V, cualquiera de los Estados partes en la controversia podrá comunicar a la Secretaría Administrativa del Mercosur su decisión de recurrir al procedimiento arbitral que se establece en el presente Capítulo. 2. La Secretaría Administrativa del Mercosur notificará de inmediato la comunicación al otro u otros Estados involucrados en la controversia y al Grupo Mercado Común. 3. La Secretaría Administrativa del Mercosur tendrá a su cargo las gestiones administrativas que le sean requeridas para el desarrollo de los procedimientos”.

565 Art. 16 del Protocolo.

Inserto en la normativa sobre el arbitraje entre los Estados miembros del Protocolo de Olivos está la posibilidad de medidas provisionales. Tales medidas tienen la naturaleza cautelar y podrán ser concedidas, a pedido de la parte interesada, por el Tribunal *ad hoc* en situaciones de urgencia.<sup>566</sup>

### 3.6.1.5) Tercer nivel: Tribunal Permanente de Revisión (TPR)

Esta etapa es la innovación del Protocolo de Olivos, se trata de la creación, en el 2004, de un Tribunal no *ad hoc*, más si permanente, jurisdiccional, que desarrolla una actividad revisional, compuesto por cinco árbitros<sup>567</sup>, con sede en Asunción, Paraguay.

De los laudos arbitrales podrán presentar recurso de revisión ante el TPR<sup>568</sup>. Cualquiera de las partes en la controversia podrá presentar un recurso de revisión contra el laudo del Tribunal arbitral *ad hoc* o del Tribunal Permanente, dentro de un plazo no superior a quince (15) días contado a partir de la fecha de notificación. El recurso de revisión se limitará a cuestiones de Derecho tratadas en la controversia y a las interpretaciones jurídicas desarrolladas en el laudo pericial.<sup>569</sup>

---

566 "Artículo 15 *Medidas provisionales* 1. "El Tribunal Arbitral Ad Hoc podrá a solicitud de la parte interesada y en la medida en que existan presunciones fundadas de que el mantenimiento de la situación pueda ocasionar daños graves e irreparables a una de las partes en la controversia, dictar las medidas provisionales que considere apropiadas para prevenir tales daños."

567 No hay que hablar de jueces, pues no hay órgano judicial en el ámbito del MERCOSUR. La controversia será analizada por tres de los cinco árbitros del Tribunal Permanente de Revisión, salvo cuando involucre tres o más Estados, ahí el litigio será analizado por todos los cinco.

568 Art. 17 del Protocolo de Olivos.

569 "1. "Cualquiera de las partes en la controversia podrá presentar un recurso de revisión al Tribunal Permanente de Revisión, contra el laudo del Tribunal Arbitral Ad Hoc en un plazo no superior a quince (15) días a partir de la notificación del mismo.

2. El recurso estará limitado a las cuestiones de derecho tratadas en la controversia y a las interpretaciones jurídicas desarrolladas en el laudo del Tribunal Arbitral Ad Hoc.

Además de la actividad recursal, revisional, la Corte Permanente del MERCOSUR podrá también funcionar como primera instancia: se habla en hipótesis del acceso al Tribunal, cuando las cuestiones no fueran decididas en la sede de negociaciones directas.

Conforme al art. 23 del Protocolo, las partes en la controversia podrán de forma expresa, someter sus controversias directamente al TPR, es decir, éste no actuará en grado recurso, pero sí como una primera instancia decisoria. Se trata del instituto de acceso directo. En esta situación el Tribunal Permanente tendrá las mismas competencias que un Tribunal arbitral *ad hoc*, y no podrá ser diferente, pues es suprimida la etapa del arbitraje, la misma no es accionada.

Es imperioso destacar que la importancia de esta tercera etapa no se cierra, pues es fundamental resaltar que el Tribunal Permanente de Revisión ejerce competencia contenciosa (como vía recursal y como primera instancia) y también consultiva.

El ejercicio de la competencia consultiva está previsto expresamente en el art 3º del Protocolo:

“El Consejo del Mercado Común podrá establecer mecanismos relativos a la solicitud de opiniones consultivas al Tribunal Permanente de Revisión definiendo su alcance y sus procedimientos”

El establecimiento de la competencia consultiva al TPR fue una tentativa del MERCOSUR de importar el reenvío existente a nivel europeo. Aunque sus diferencias son

---

3. Los laudos de los Tribunales Ad Hoc dictados en base a los principios *ex aequo et bono* no serán susceptibles del recurso de revisión.

4. La Secretaría Administrativa del Mercosur tendrá a su cargo las gestiones administrativas que le sean encomendadas para el desarrollo de los procedimientos y mantendrá informados a los Estados partes en la controversia y al Grupo Mercado Común”

muy claras, en especial con relación a la obligatoriedad, pues la consulta al Tribunal Permanente no vincula, cuando el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se manifiesta en título prejudicial acaba por obligar a los tribunales nacionales a obedecer su decisión.

### *3.6.1.6) Obligatoriedad de los laudos y de la jurisdicción de los Tribunales*

Tanto los Tribunales arbitrales como el Tribunal Permanente de Revisión emiten decisiones vinculantes y poseen jurisdicción obligatoria.

Los laudos arbitrales de los Tribunales *ad hoc* son obligatorios para los Estados Partes en la controversia a partir de su notificación y tendrán en relación a ello fuerza de cosa juzgada, caso transcurrido el plazo para interposición del recurso de revisión.<sup>570</sup>

En relación a los laudos del Tribunal Permanente de Revisión, el sistema sobre solución de controversias del MERCOSUR establece que son inapelables y también obligatorios para los Estados partes en la controversia, a partir de su notificación, manifestando, como no podría ser diferente, fuerza de cosa juzgada.

---

570 Conforme art. 31 del Protocolo de Olivos de 2002: "1. Si un Estado parte en la controversia no cumpliera total o parcialmente el laudo del Tribunal Arbitral, la otra parte en la controversia tendrá la facultad, durante el plazo de un (1) año, contado a partir del día siguiente al que venció el plazo referido en el artículo 29.1, e independientemente de recurrir a los procedimientos del artículo 30, de iniciar la aplicación de medidas compensatorias temporarias, tales como la suspensión de concesiones u otras obligaciones equivalentes, tendientes a obtener el cumplimiento del laudo.

2. El Estado Parte beneficiado por el laudo procurará, en primer lugar, suspender las concesiones u obligaciones equivalentes en el mismo sector o sectores afectados. En el caso que considere impracticable o ineficaz la suspensión en el mismo sector, podrá suspender concesiones u obligaciones en otro sector, debiendo indicar las razones que fundamentan esa decisión.

3. Las medidas compensatorias a ser tomadas deberán ser informadas formalmente, por el Estado Parte que las aplicará, con una anticipación mínima de quince (15) días, al Estado Parte que debe cumplir el laudo".

Aunque es obligatorio y en el caso del laudo del Tribunal Permanente, inapelable, esto no los insta de sufrir un eventual pedido de aclaración, de acuerdo el art. 28:

“1. Cualquiera de los Estados partes en la controversia podrá solicitar una aclaración del laudo del Tribunal Arbitral Ad Hoc o del Tribunal Permanente de Revisión y sobre la forma en que el laudo deberá cumplirse, dentro de los quince (15) días siguientes a su notificación.

2. El Tribunal respectivo se expedirá sobre el recurso dentro de los quince (15) días siguientes a la presentación de dicha solicitud y podrá otorgar un plazo adicional para el cumplimiento del laudo”.

Los laudos de ambos Tribunales deberán ser cumplidos en el plazo máximo de treinta días, plazo este que comenzará a correr a partir de la notificación. Existe la posibilidad de que los Tribunales establezcan plazos específicos para el cumplimiento de sus decisiones.

Finalmente, no puede ser olvidada la norma del art. 33, que establece como obligatoria la jurisdicción del Tribunal arbitral y del Tribunal Permanente, no habiendo necesidad de acuerdo especial o de declaración autónoma en este sentido.<sup>571</sup>

### *3.6.1.7) Controversias entre particulares y Estado miembro.*

Aunque el sistema de solución de controversias sea prioritariamente destinado a solucionar los litigios que involucran a los Estados miembros del MERCOSUR, existen también normas que reglamentan las controversias en que existe un particular en uno de los dos polos.

La accesibilidad de los particulares, tanto personas físicas como jurídicas, al sistema del Protocolo de Olivos es limitada, tan es así que los mismos pueden formular apenas

---

571 Cf. Diego P. Machado y Florisbal de S. Del’Olmo. Op. cit., p. 119-120.

reclamos particulares, no estando autorizados a transitar el Tribunal arbitral y mucho menos el Tribunal Permanente de Revisión.

Además, ese mecanismo de reclamos puede ser perpetrado solamente por un particular contra un Estado miembro del MERCOSUR. No puede ser accionado entre particulares y mucho menos contra otro Estado no integrante del bloque.

La disciplina del art. 39 merece citación *ipsis litteris*:

“El procedimiento establecido en el presente Capítulo se aplicará a los reclamos efectuados por particulares (personas físicas o jurídicas) con motivo de la sanción o aplicación, por cualquiera de los Estados Partes, de medidas legales o administrativas de efecto restrictivo, discriminatorias o de competencia desleal, en Violación del Tratado de Asunción, del Protocolo de Ouro Preto, de los protocolos y acuerdos celebrados en el marco del Tratado de Asunción, de las Decisiones del Consejo del Mercado Común de las Resoluciones del Grupo Mercado Común y de las Directivas de la Comisión de Comercio del Mercosur.”

Los reclamos de los particulares deben ser dirigidos a la Sección Nacional del Grupo Mercado Común donde tengan su residencia habitual o la sede de sus negocios, en el caso de personas jurídica. La fundamentación de los reclamos, como requisito básico, debe contener elementos que permitan determinar la veracidad de la violación y la existencia o amenaza de un perjuicio para los fines de ser admitidas por la Sección Nacional.

En caso de juicio de admisibilidad positivo por parte de la Sección Nacional competente, deberá ser abierta la etapa de consultas. En este momento será accionada la Sección Nacional del Grupo Mercado Común del Estado Parte, supuestamente violador de la norma de Derecho de Integración, a fin de buscar, mediante las consultas, una solución amigable inmediata a la cuestión levantada.



Finalizadas las consultas, sin que se haya alcanzado una solución, la Sección Nacional elevará el reclamo sin más demoras al Grupo Mercado Común.

Recibido el reclamo, el Grupo evaluará nuevamente su admisibilidad en la primera reunión siguiente a su recibimiento. Si concluyere que no están reunidos los requisitos necesarios para darle curso, lo rechazará debiendo pronunciarse por consenso.

En caso de no haber sido rechazado el reclamo será considerado admitido. En este caso, el Grupo Mercado Común procederá de inmediato a convocar a un grupo de especialistas, el cual deberá emitir un parecer sobre su procedencia, dentro de un plazo improrrogable de treinta días (30) contados a partir de su designación. El grupo de especialistas será constituido específicamente para emitir el parecer concluyente, estará compuesto por tres (3) miembros designados por el mismo Grupo Mercado Común.

Antes de emitir su parecer, el grupo de especialistas dará la oportunidad al particular reclamante y al Estado miembro reclamado que presenten sus argumentos en audiencia conjunta.

Finalizadas las manifestaciones, el grupo de especialistas entonces elevará el parecer al Grupo Mercado Común. De acuerdo al art. 44 del Protocolo de Olivos:

“1. El grupo de expertos elevará su dictamen al Grupo Mercado Común.

i) Si en dictamen unánime se verificare la procedencia del reclamo formulado en contra de un Estado Parte, cualquier otro Estado Parte podrá requerirle la adopción de medidas correctivas o la anulación de las medidas cuestionadas. Si su requerimiento no prosperare dentro de un plazo de quince (15) días, el Estado Parte que lo efectuó podrá recurrir directamente al procedimiento arbitral, en las condiciones establecidas en el Capítulo VI del presente Protocolo.

ii) Recibido el dictamen que considere improcedente el reclamo por unanimidad, el Grupo Mercado Común dará de inmediato por concluido el mismo en el ámbito del presente Capítulo.

iii) En caso que el grupo de expertos no alcance la unanimidad para emitir el dictamen, elevará sus distintas conclusiones al Grupo Mercado Común, que dará de inmediato por concluido el reclamo en el ámbito del presente Capítulo.”

Fuera de estos reclamos, los particulares pueden recurrir a otros documentos internacionales para solucionar sus controversias, tales como el Acuerdo sobre Arbitraje Comercial Internacional del MERCOSUR de 1998 y el Protocolo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en Materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa (Protocolo de Las Leñas) de 1992<sup>572</sup>. Aquí se está fuera del sistema de solución disciplinado por el Protocolo de Olivos.

Hay que destacar, también, la posibilidad de reclamo particular en el ámbito de la Comisión de Comercio del MERCOSUR, específicamente en cuanto a los actos por este practicado, conforme art. 21 del Protocolo de Ouro Preto. Este procedimiento ya fue citado en el ítem que trato específicamente la Comisión de Comercio.<sup>573</sup>

### *3.7) Forma de toma de decisiones*

En el MERCOSUR, como es sabido, no existe una autoridades suprema, es decir, los Estados miembros no adoptaron el instituto de la supranacionalidad, no delegando una parcela significativa de sus competencias para ser ejercidas por un órgano superior, conforme a la Unión Europea. No hay una autoridad central con poderes para imponer de forma unilateral y vertical el Derecho producido en al ámbito del bloque.

De esta manera, las decisiones son tomadas de forma horizontal, en el sentido de que los países negocian y deciden depender según sus conveniencias. Son todos

---

572 Brasil: Decreto nº 4.719, de 04/06/2003.

573 Cf. Diego P. Machado y Florisbal de S. Del’Olmo. Op. cit., pp, 120-121-122.

colocados en pie de igualdad. Existe una nítida coordinación de soberanías, en que el consenso impera en el resultado final de las decisiones del bloque.

Después de la adopción de las decisiones por consenso de todos los Estados parte se producirá la recepción por cada país de las normas *del Mercosur*, cada sistema constitucional tiene su *iter* procedimental de aceptabilidad. El Derecho Constitucional puede mostrarse a veces como un obstáculo la implementación del actual Derecho de Integración y, hasta incluso, de un futuro Derecho Comunitario.

En suma, la toma de decisiones en el MERCOSUR exige el consenso, la presencia de todos los Estados miembros y la unanimidad para la aprobación, marcando así su sistema intergubernamental. Ese *quórum*, todavía hoy sufre variantes, que hablan respecto a la creación del Parlamento del MERCOSUR y del Tribunal Permanente de Revisión. Cada uno de esos órganos puede emitir decisiones fundadas en el quórum de la mayoría, conforme lo estudiado en sus respectivos tópicos.

#### **4) Bloque Unión Europea**

##### *4.1) Antecedentes sobre la Unión Europea*

En el inicio de la década del 50 en el Siglo XX, después de las sangrentas guerras mundiales, de consecuencias relevantes y conocidas, los países de Europa acentuaron su proceso de integración, teniendo como objetivo, sobretudo, el mantenimiento de la paz entre sus pueblos.

En consonancia con lo arriba aludido, Carlos Molina<sup>574</sup> así lo expone:

“Tras la 1ª Guerra Mundial, una Europa en crisis comienza a vislumbrar que el objetivo hacia el que se deben encaminar los esfuerzos del continente es conseguir un **espacio sin tensiones** en el que dejen de sucederse los enfrentamientos bélicos. Prueba de ello serían, por una parte, la creación de la Sociedad de Naciones y por otra, los proyectos privados colectivos o individuales, como por ejemplo el de Kalergi, Stresseman, Aristide Brian, etc.” (la negrita nos pertenece)

Después de la Segunda Guerra, Churchill, y un discurso en la Universidad de Zúrich, el 19 de septiembre de 1946, se convirtió en unos de los mayores defensores de la idea de unión de los países del continente: ÉL decía: “Hoy quiero hablarles de Europa (...) Si Europa se uniera un día para dividir su herencia común, no habría límites para la felicidad, la prosperidad y la gloria de las cuales podría gozar su población (...).”<sup>575</sup>

Los acalorados discursos de los defensores de la integración en el continente fueron dando espacio a los primeros documentos que de forma concreta comenzaron a reconstruir la entonces desmoronada Europa. La integración debería ser compatibilizada con un plano de reestructuración de los países que más sufrieron con las Guerras Mundiales.

Es importante destacar, en este contexto, que para reconstruir el continente se instituyó el plan Marshall<sup>576</sup>, que consistió en un programa de ayuda desarrollado por el gobierno norteamericano con el fin de incentivar la reconstrucción de los Estados europeos en el período posguerra.

---

574 DEL POZO, Carlos Francisco Molina. **Derecho de la Unión Europea**. Madrid: Reus, 2011, p. 8

575 HUSEK, Carlos Roberto. **Curso de Direito Internacional Público**. São Paulo: Ltr, 2000, p. 135.

576 El plan Marshall deriva del nombre del Secretario General de Estados Unidos de la época: George Marshall

En razón del plan, el 16 de abril de 1948 se formó la OEEC (Organización Europea de Cooperación Económica), compuesta por dieciséis Estados Europeos. La Organización tenía como objetivo repartir entre sus miembros los valores acordados en el referido plan.

En el año 1949, los países de Europa Occidental, juntamente con Estados Unidos y Canadá, formaron, en el plano militar, la OTAN (Organización del Tratado del Atlántico Norte)<sup>577</sup>. Esta fue la primera forma de integración a nivel estratégico político y militar del occidente europeo. Después de tales acontecimientos y aspiraciones políticas, los primeros pasos concretos y formales para la creación del bloque comunitario comienzan a darse.

El marco de partida de la integración se produjo el 9 de mayo de 1950, cuando Francia y Alemania acuerdan el control común de los dominios del carbón y del acero. Surgió así, el origen de la *Declaración Schuman*<sup>578</sup>, la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (CECA)<sup>579</sup>, por medio del Tratado de París<sup>580</sup>, firmado en 18 de abril de 1951, con la adhesión de Francia, Alemania, Italia y los países del Benelux (Bélgica, Holanda y Luxemburgo). Se trata del primer proyecto formal de unión entre los países europeos con

---

577 También llamada Alianza Atlántica, se trata de una alianza militar intergubernamental fundamentada en el Tratado del Atlántico Norte, firmado el 04 de abril de 1949. El cuartel general de la OTAN tiene sede en Bruselas, Bélgica. La organización constituyó un sistema de defensa colectiva en el cual sus Estados miembros concuerdan con la defensa mutua en respuesta a un ataque externo.

578 Ministro de Relaciones Exteriores de Francia: Roberto Shuman.

579 A CECA fue extinguida en el 2002.

580 "El origen de este Tratado se encuentra en la declaración que hizo en nombre del Gobierno francés su Ministro de Asuntos Exteriores, Robert Schuman y cuya iniciativa se debe a Jean Monet. (MIDÓN, Mario A. R. **Derecho De La Integración – Aspectos institucionales del Mercosur**. Buenos Aires: Ed. Rubinzal – Culzoni, 1998, p. 31.)

órganos supranacionales, después de siglos de desencuentros políticos y guerras fratricidas.

En esta línea doctrinaria asevera Carlos Molina<sup>581</sup>:

“El verdadero proceso integrador tiene su arranque en la declaración Schuman (Ministro de Asuntos Exteriores francés) en 1950 proponiendo situar el conjunto de la producción franco-alemana del carbón y del acero bajo una autoridad común en una organización abierta a la participación de los demás países da Europa.”

En marzo de 1957, en Roma fueron firmados los reconocidos Tratados de Roma. El primero estableció la Comunidad Económica Europea (CEE) y el segundo la Comunidad Europea de Energía Atómica (CEEa), más conocida como *Euratom*. El Tratado de la CEE tendía a crear un mercado común, por su parte, el de *Euratom* aspiraba a promover la utilización de la energía nuclear. Estas Comunidades, con la misma estructura institucional, en el tiempo, acabaron por despertar el interés de otros países para ingresar en el bloque.

Sobre el tema, Carlos Molina Del Pozo<sup>582</sup>, así dice:

“[...] El tratado de Roma está marcado de un carácter revolucionario, pues si bien el TCECA era más audaz en cuanto a su técnica jurídica, sólo afectaba a un sector de la economía. EL TCEE, por el contrario, tiene por objeto sustituir a los mercados de los Estados miembros por uno sólo, con las mismas características que un mercado nacional, cuyo establecimiento se preveía progresivo en un período de años dividido en tres etapas, aunque respecto de algunas materias no fue necesario agotar los plazos previstos. Este es el caso de la Unión Aduanera.”

---

581 Ídem, ibidem 2011, p. 12.

582 DEL POZO, Carlos Francisco Molina. **Derecho de la Unión Europea**. Madrid: Reus, 2011, p. 34.

En razón a su éxito, la CEE termina recibiendo nuevos integrantes: Reino Unido, Irlanda y Dinamarca (los tres en 1972), Grecia (1982) y Portugal y España (ambos en 1986).

Cuando se crea la CECA y la CEE el bloque europeo se basaba todavía en una teoría clásica de la integración, es decir, con mayor preocupación por asuntos de orden técnico y científico.<sup>583</sup> Prueba de este momento es en el marco inicial de la integración en el continente en 1950, conforme lo expuesto anteriormente, era el control común en los dominios de carbón y del acero...

En 1986 se produce la primera Revisión del Tratado de la CEE, por medio del Acto Único Europeo, en un momento en que comienza a emerger los intereses por otras cuestiones no sólo económicas, científicas y técnicas. Fue allí la consolidación de un mercado común, comprendiendo la libre circulación de bienes, personas, capitales y servicios entre los países miembros.

Con el funcionamiento del *mercado común* se busca dar otro paso importante en el proceso integracionista, es la Unión Económica y monetaria. Para ello, entra en vigor el 1º de noviembre de 1993, el Tratado de la Unión Europea (EU) o *Tratado de Maastricht*, que, además de los objetivos de naturaleza económica, procuro establecer una mayor integración de naturaleza económica, mayor integración en el campo social y político, instituir a la ciudadanía de la Unión y una política común de defensa<sup>584</sup>. El Tratado de la

---

583 RAMOS Rui Manoel Moural; O MERCOSUR y a União Europeia. In: Almeida, Elizabeth Accioly Pindo de. **MERCOSUR e União Europeia**. Curitiba: Juruá, 1996, p. 62.

584 Una de las novedades del Tratado de la Unión Europea fue el dispositivo que previó expresamente la convocatoria de la Conferencia Intergubernamental, en vista de la revisión de algunas de sus disposiciones.

Unión Europea (de Maastricht) modifico el nombre del Tratado de la Comunidad Económica Europea (CEE), de 1957, que paso a ser denominado Tratado de la Comunidad Europea (CE). El avance más evidente fue la instauración de la Unión Monetaria, alcanzada con la creación de la moneda única, el euro, que entro en vigencia el 1º de enero de 1999, con circulación a partir de 1º de enero del 2002.

Destacando los objetivos del Tratado de Roma, vale la pena conferir las enseñanzas de Mario Midón:<sup>585</sup>

“- Promover un progreso económico y social equilibrado y sostenible, principalmente mediante la creación de un espacio sin fronteras interiores, el fortalecimiento de la cohesión económica y social y el establecimiento de una unión económica y monetaria que empieza a rendir frutos con la moneda única;

- Afirmar su identidad en el ámbito internacional, en particular mediante la realización de una política exterior y de seguridad común que incluya, en el futuro, la definición de una política de defensa común que podría conducir, en su momento, a una defensa común;

- Reforzar la protección de los derechos e intereses de los nacionales de sus Estados Miembros, mediante la creación de una ciudadanía de la Unión;

- desarrollar una cooperación estrecha en el ámbito de la justicia y de los asuntos de interior;

- mantener íntegramente el acervo comunitario y desarrollarlo con el fin de examinar la medida en que las políticas y formas de cooperación establecidas en el tratado deben ser revisadas, para asegurar la eficacia de los mecanismos e instituciones comunitarias.”

Después del Tratado de Maastricht de 1993 y antes de la instauración del euro, en 1999, se celebró además, el Tratado de Ámsterdam el 2 de octubre de 1997. El documento de Ámsterdam modificó el Tratado de Roma, creando y definiendo el perfil de las instituciones que hoy componen la Unión.

---

585 MIDÓN, Mario A. R. **Derecho De La Integración – Aspectos institucionales del Mercosur**. Buenos Aires: Ed. Rubinzal – Culzoni, 1998, p. 229.



El 26 de febrero del 2001 fue firmado por los quince países integrados en la Unión Europea o Tratado de Niza, que altero los tratados anteriores, en particular el Tratado de la CE y el de Maastricht, trayendo significativos cambios en la organización interna y en la repartición de poderes entre los órganos de la Comunidad y Estados miembros encaminando la ampliación del bloque.

En 2004, la Conferencia Intergubernamental elaboró un Tratado, llamado Tratado Constitucional, que preveía la reunión de los tratados europeos – la Unión Europea y la de la Comunidad Europea – en uno solo, con diversas modificaciones. Se trataba de un proyecto de Constitución en el sentido formal, lo que le haría ganar a la Unión Europea el título de una Unión Política, la última etapa del proceso de integración. Sin embargo, este intento fracasó con la negativa de ratificación de Francia y de los Países Bajos<sup>586</sup>, a finales de mayo y principios de junio de 2005, respectivamente.

Con la no aceptación al Tratado Constitucional y en la búsqueda de las reformas anheladas, el Consejo Europeo instituyó otra Conferencia Intergubernamental en junio de 2007, con la tarea de producir un proyecto de tratado que pudiese realizar las alteraciones en los Tratados de la Comunidad Europea y de la CEEA.

---

586 La propuesta del *Tratado que Establece una Constitución para Europa* fue publicada el 18 de julio de 2003. Después de innumerables negociaciones, fue objeto de acuerdo por el Consejo Europeo, el 18 de junio de 2004, en Bruselas. El proyecto de Constitución europea fue firmado el 29 de octubre de 2004, en Roma. El tratado terminó siendo aceptado por algunos Estados miembros, como Eslovenia, Grecia y España (mediante referendo). Sin embargo, en 2005, los electores de Francia, también por medio de referendo, apoyaron la no ratificación del texto de la Constitución. Más tarde, el día 1.º de junio de 2005 los Países Bajos también optaron por no ratificarla, provocando así una crisis. El fracaso del proyecto originó el actual Tratado de Lisboa.

El 13 de diciembre de 2007, los veintisiete Estados miembros suscribieron en la capital portuguesa el Tratado de Lisboa, que a diferencia del Tratado Constitucional, no reunió a los tratados europeos en uno solo. El mismo tiene por finalidad modificar los Tratados de la Unión Europea y de la Comunidades Europea, sin suprimirlos. El documento de Lisboa sustituyó en los anteriores, la expresión “Comunidad Europea” por “Unión Europea” y le atribuyó una personalidad jurídica única al bloque. El Tratado entra en la etapa de las ratificaciones en diciembre de 2007, siendo Hungría el primer país en ratificarlo.

En enero de 2009, solamente dos Estados, Irlanda y República Checa, aún no habían ratificado. En diciembre de 2009, después de todas las ratificaciones, el documento entro en vigor.

A modo de sinopsis veamos los más importantes documentos que representan la evolución del bloque en estudio:

- 1) 18 de abril de 1951 – Tratado de Paris (Comunidad Europea de Carbón y del Acero). Entrada en vigor el 24 de julio de 1952;
- 2) 25 de marzo de 1957 – Tratados de Roma (Comunidad Europea y Comunidad Europea de Energía Atómica). Entrada en vigor el 1º de enero de 1958;
- 3) 17 de febrero de 1986 – Acto Único Europeo. Entrada en vigor el 1º de julio de 1987;
- 4) 7 de febrero de 1992 – Tratado de Maastricht (Tratado de la Unión Europea). Entrada en vigor el 1.º de noviembre de 1993;

5) 2 de octubre de 1997 – Tratado de Ámsterdam. Entrada en vigor el 1º de mayo de 1999;

6) 26 de febrero de 2001 – Tratado de Niza. Entrada en vigor el 1º de febrero de 2003; y

7) 13 de diciembre de 2007 – Tratado de Lisboa. Entrada en vigor el 1.º de diciembre de 2009.

A pesar de la importancia de todos los documentos citados, cabe reconocer que el tratado que viene siendo objeto de profundos estudios es el Tratado de Lisboa, en razón de prever importantes modificaciones, las cuales nítidamente predicen y aguzan la etapa integracionista actualmente vivida por los europeos.

#### 4.2) *Tratado de Lisboa de 2007*

El documento de Lisboa es un tratado reformador, modificador de los tratados constitutivos de la Unión Europea, para ser más exacto, los documentos modificados son<sup>587</sup>:

1) Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (CE), de 1957<sup>588</sup>;

2) Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea de Energía Atómica (Euratom o CEEA), de 1957; y

---

587 En esta misma línea: "Tras un amplio y complejo proceso de ratificaciones, el nuevo texto entró en vigor en los veintisiete países el 1 de diciembre de 2009. (Carlos Molina Del Pozo, op. cit., p. 57)

588 El tratado que establece la Comunidad Europea pasa a denominarse de *Tratado sobre el Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE)*

### 3) Tratado de la Unión Europea o de Maastricht, de 1992.

En la misma línea de los Tratados de Niza y Ámsterdam, el de Lisboa, también, altera otros tratados, siendo que los documentos modificados se mantienen en vigencia. La peculiaridad es que los textos reformados pasan a tener una nueva redacción, al principio más en consonancia con las aspiraciones de los países miembros de la Unión Europea, la cual pasa a tener una estructura fortificada para enfrentar los desafíos contemporáneos.

El Tratado de Lisboa es de importancia impar porque ansia perfeccionar la integración entre los países europeos y tiene por finalidad dar más eficiencia a sus instituciones, adaptándose a los actuales miembros y aquellos por venir.

El da nuevos rumbos a la Unión Europea. Firmando el 13 de diciembre de 2007, en el Monasterio de los Jerónimos, durante la presidencia de Portugal, entro en vigor el 1.º de diciembre de 2009. Conforme a su art. 6º, el Tratado de Lisboa debería ser ratificado de acuerdo con las normas constitucionales de los Estados miembros con fecha estimada de entrada en vigencia el 1º de diciembre de 2009, en el caso de que los instrumentos de ratificación de los 27 Estados no fuesen depositados hasta esa fecha, el tratado entraría en vigencia el primer día del mes siguiente al de depósito del último instrumento. Como todos los 27 países ratificaron hasta diciembre de 2009, el primer día de este mes fue marcado por el comienzo de su vigencia.

El Tratado de Lisboa tiene como objetivos explícitos: dar más eficiencia a las instituciones de la Unión; aproximar los órganos supranacionales a los ciudadanos; dar más eficiencia y coherencia a la relación con la sociedad internacional; y ser capaz, la Unión Europea, de responder a los desafíos globales.

La Unión Europea pasa a ser una entidad única, dotada de personalidad jurídica, con capacidad para celebrar acuerdos o participar de organizaciones internacionales. No se habla más de Comunidades Europeas, sino más bien únicamente de Unión Europea, el término “comunidad”, aquí aplicado en el transcurso de esta obra, es en razón de su popularización en el medio académico, técnicamente, no puede ser más adoptado.

El Tratado de Lisboa viene a sustituir el tratado que pretendía establecer una Constitución para la Unión Europea, proyecto este que no tuvo éxito después de ser firmado el 29 de octubre de 2004 en Roma. Como se ve, no sería demasiado repetir: la Unión Europea no posee una Constitución única, formal, centralizada, se basa, en sí, en un conjunto de tratados que la regula.

Aunque no está en vigor una Constitución formal, se puede concluir que la Unión Europea, tiene una Constitución, solamente en el aspecto material, y que sería el conjunto de documentos que componen y regulan el bloque (Tratado de Roma, Maastricht, Lisboa, etc.). Este mismo razonamiento fue desarrollado en el capítulo anterior sobre la Constitución en sentido material.

Es importante reconocer que el texto del Tratado de Lisboa reproduce casi en su integralidad lo que estaba dispuesto en el Tratado para la Constitución Europea. Muchas de las innovaciones y modificaciones del documento lisbonense ya se constataban en los artículos del proyecto de la Constitución, pero ahora ingresando de forma definitiva como fuentes del Derecho de la Unión.

Cuando fue la elaboración del Tratado de Lisboa y su firma, los gobiernos estaban conscientes de que una nueva tentativa de implantar una Constitución no sería refrendada

por los ciudadanos europeos, siendo así se optó por la aprobación de un tratado que no pasase por el proceso del referéndum popular. El tratado en examen fue ratificado por todos los 27 Estados miembros dentro del plazo pre fijado, siendo que la última nación en ratificarlo fue la República Checa que la sometió a su Senado en mayo de 2009, con la posterior promulgación del Presidente de la República el 3 de noviembre de 2009, tras el veredicto de su Tribunal Constitucional.

Como alusión a lo tratado pretende dar agilidad, organización y unicidad a la Unión Europea, ocasionando modificaciones significativas al bloque, siguen algunos de sus puntos innovadores. Antes, es imprescindible resaltar que las instituciones actuales de la Unión se mantuvieron, lo que ocurrió fue la implementación de reformas que pretendían más eficacia en su funcionamiento:

- a) la Unión Europea ahora posee un presidente;
- b) la Unión también pasa a tener un encargado para la política externa del bloque: el alto representante para los negocios extranjeros y la política de seguridad. Es una especie de Ministro de Relaciones Exteriores, o Canciller;
- c) el Parlamento Europeo gana más fuerza juntamente con los parlamentarios nacionales. El Parlamento tendrá nuevos poderes en lo que se refiere a legislación y al presupuesto de la Unión así como con los acuerdos internacionales;
- d) el espíritu de democracia es reforzado en el ámbito europeo con la mayor aproximación de los órganos supranacionales del ciudadano;
- e) las competencias supranacionales y las nacionales son mejor establecidas, delimitadas, desde diciembre de 2009 hay una clasificación más precisa de las

competencias, primoreando y clarificando la relación entre los Estados miembros y la Unión;

f) un nuevo mecanismo permite a los parlamentarios nacionales más participación en el trabajo de la Unión, ya que esta ova a intervenir en los casos en que su actuación permita obtener mejores resultados que a nivel nacional, esto es la consagración del Principio de Subsidiariedad;

g) con la mayor participación o popular, además de continuar eligiendo directamente a los miembros del Parlamento Europeo, los ciudadanos pueden solicitar a la Comisión que presente nuevas propuestas políticas para la Unión Europea, siempre que esta solicitud este firmada por lo menos un millón de ciudadanos de un número significativo de los Estados miembros;

h) Derecho de retirada o salida de la Unión: el Tratado de Lisboa innova, pues reconoce expresamente la posibilidad de un Estado miembro a retirarse del bloque;

i) el marco institucional de la Unión Europea gana estabilidad y simplicidad; se crea la función de Presidente del Consejo Europeo, con mandato de dos años y medio;

j) el número de Comisarios de la Comisión Europea irá a disminuir a partir de 2014;

k) cuanto al proceso legislativo Europeo ordinario: el principal proceso de decisión de la Unión pasa a llamarse proceso legislativo ordinario, en el cual participan el Consejo y el o Parlamento Europeo (codecisión). Este sistema será aplicable en la mayoría de las materias, reduciéndose de esta forma los votos por unanimidad;

l) cuanto al proceso legislativo Europeo por mayoría calificada, a partir de 2014 es instituida una nueva forma de calcularla;

m) el tratado consagra los Derechos civiles, políticos y económicos, sociales y culturales; y

n) la Unión Europea gana una personalidad jurídica única. “Deja de existir por lo tanto, la dualidad entre la Comunidad y la Unión; tanto es verdad que el TFUE adopta el término de Unión para designar al bloque económico.”<sup>589</sup> El Derecho de la Unión comienza a hacer las veces de Derecho Comunitario, conforme lo resalta en el primer capítulo.

#### 4.3) *La efectiva integración: solidaridad entre los Estados*

Pocos bloques poseen una *cláusula de solidaridad* como la preceptuada en los tratados comunitarios. Conforme el art. 222 del Tratado sobre el funcionamiento del bloque en comentario, la Unión y sus Estados miembros actuaran en conjunto, con un espíritu de solidaridad en caso de que otro miembro sea blanco de un ataque terrorista o víctima de una catástrofe natural o de origen humana. La Unión, en estos casos, movilizará todos los instrumentos a su disposición, inclusive los recursos militares para prevenir amenazas terroristas, proteger las instituciones democráticas y la población civil y prestar asistencia a un Estado hermano, en caso de un ataque terrorista.

---

589 GOMES, Eduardo Biacchi, **Bloques económicos y solución de controversias**. 2. Ed. Curitiba, Juruá, 2005. p. 100.



Esa obligación de ser solidario, de efectivamente estar integrado, es el núcleo de todo el proceso de integración, concretarla es ayudar a que tenga éxito cualquier propuesta de bloque regional.

En la línea del Tratado sobre el funcionamiento, hay entre los Estados miembros la obligación de prestarse asistencia en caso de catástrofes<sup>590</sup>. Si un Estado es blanco de un ataque terrorista o víctima de una catástrofe natural o de origen humana, los otros le prestarán asistencia.

Además del Principio de Solidaridad, la Unión Europea se rige por los Principios de Igualdad, el Equilibrio Institucional, de la Uniformidad, de Subsidiariedad y de Proporcionalidad.<sup>591</sup>

Basado en este esquema inicial es posible inferir que la supranacionalidad adoptada, la Unión Monetaria con la *zona del euro*, la existencia de un Banco Central propio, la profunda Solidaridad entre los Estados para los enfrentamientos de los más diversificados desafíos de la sociedad internacional y los resultados ya logrados, como la ausencia de una tercera gran guerra, hacen a la Unión Europea un bloque regional sin precedentes.

---

590 Para responder a las catástrofes naturales, basado en la cláusula de solidaridad, fue creado el Fondo de Solidaridad de la UE: "El Fondo de Solidaridad de la Unión Europea (FSUE) fue creado para responder a situaciones de emergencia provocadas por catástrofes naturales y expresar la solidaridad europea para con los pueblos de las regiones afectadas. O FSUE fue creado después de las inundaciones desastrosas que asolaron a Europa Central en el Verano de 2002. En los seis años siguientes, los fondos del FSUE fueron utilizados en 26 ocasiones para hacer frente a las inundaciones, incendios forestales, terremoto, erupción volcánica, tempestades y sequía. Hasta ahora fueron ayudados 20 países europeos, habiendo puesto a disposición una suma superior a 1500 millones de euros". *FONDO DE SOLIDARIDAD DE LA UNIÓN EUROPEA*. Disponible en: [http://ec.europa.eu/regional\\_policy/funds/solidar/solid\\_pt.htm](http://ec.europa.eu/regional_policy/funds/solidar/solid_pt.htm). Acceso el: 16/02/2010.

591 Existen doctrinarios que incluyen otros principios, tales como: a) delegación de competencias; b) de preferencia comunitaria en los intercambios internacionales; c) de no discriminación en función de la nacionalidad. (Cf. Raúl Granillo Ocampo, op. cit., p. 228.)

#### 4.4) La Supranacionalidad

El concepto tradicional de soberanía, en que el Estado era todopoderoso, no admitiendo límites o intromisiones en sus acciones, viene siendo modificado por la globalización de la economía y sus consecuencias. La soberanía comporta hoy una interpretación relativizada en donde la injerencia de la sociedad internacional por medio de las organizaciones internacionales encuentra refugio en los propios tratados y de hecho de las naciones por si solas, mas no poseen medios y recursos para sanear problemas de alta gravedad y complejidad, tales como violación de los Derechos humanos, catástrofes ambientales y conflictos bélicos.

En realidad puede incluso parecer contradictorio, pero para relativizar o aceptar ceder parte de la soberanía, los Estados están pensando en el interés nacional, es decir, el bienestar del país.

En esta línea se consagra el pensamiento de Raúl Granillo Ocampo<sup>592</sup>:

"[...] La supranacionalidad es resistida, en muchas oportunidades, por considerar que el interés nacional y el comunitario se encuentran en conflictos, y que aceptar la noción de supranacionalidad y su consecuencia (preeminencia de orden jurídico comunitario) implica aceptar el cercenamiento del interés nacional, que debe ceder ante el interés comunitario. Se deja de lado que es el interés nacional el que, ante una realidad jurídica internacional compleja, busca potenciarse mediante un proyecto u objetivo común, que al utilizar la energía conjunta de distintos países."

El modelo gubernamental de la Unión Europea puede ser adjetivado como el más moderno a ser aplicado en toda la sociedad internacional. Ese modelo adoptado por la Unión puede ser resumido en una única palabra: *supranacionalidad*.

---

592 OCAMPO, Raúl Granillo. **Derecho público de la integración**. Buenos Aires: Ábaco de Rodolfo Depalma, 2007, p. 156.

Los tratados europeos no mencionan expresamente el término “supranacionalidad”. Sus efectos, sin embargo, son subentendidos y están bien presentes tanto en la jurisprudencia comunitaria como en el día a día de los europeos. El Tratado de la CECA, de París, de 1951, en su art. 9º, implícitamente ya había introducido esta noción.

Sobre las características de la Unión Europea y la supranacionalidad, Carlos Molina Del Pozo<sup>593</sup>, así pondera:

“[...] El Derecho de la Unión, compuesto por el conjunto de normas y principios que determinan la organización, funcionamiento y competencias de la Unión Europea, se conforma como un orden jurídico sui generis, dotado de autonomía con relación a los ordenamientos de los Estados miembros, distinto del orden jurídico internacional y caracterizado por unos rasgos peculiares. [...] Es así como se han formulado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en su jurisprudencia, las principales características del Derecho de la Unión:

- **Primacía**, según la cual la norma de la Unión prevalece sobre cualquier norma nacional;
- **Aplicabilidad directa**, que viene a significar que el Derecho de la Unión forma parte, automáticamente, del Derecho interno de los Estados miembros, sin que se produzca intervención alguna por parte de las autoridades nacionales;
- **Efecto directo**, o posibilidad de la norma de la Unión de ser invocada por los particulares ante sus Tribunales nacionales, creando para ellos derechos y obligaciones.” (la negrita pertenece al autor)

La Unión Europea consagra una especie de soberanía compartida, la supranacionalidad. Su sistema político presenta diferentes niveles de gobierno lo que ha sido denominado también como gobierno multinivel.

Hasta el presente, ese proceso permitió la construcción de un sistema político en el cual el gobierno se vuelve una actividad multinivel, intrínsecamente institucionalizada y

---

593 Op. cit., pp. 299-300.

marcada por procesos que se sobreponen y se entrecruzan entre los diferentes Estados y niveles por encima y por debajo del antiguo *locus* de la soberanía estatal<sup>594</sup>.

El bloque comunitario puede ser considerado una organización internacional supranacional, con personalidad jurídica propia. No puede clasificarse como una Federación de Estados. Sin embargo, en relación a su carácter subjetivo (*actorness*), en razón de si profundo desarrolla podría también ser elevada a una categoría encima de las organizaciones internacionales, con la peculiaridad que la transformaría en una institución *sui generis*.

Su diferencial sería exactamente la soberanía compartida, en que los Estados delegan parcelas de sus competencias estatales internas para que sean ejercidas por instituciones supranacionales, que son aptas para conducir los intereses del bloque.

Costa entiende que la supranacionalidad está:

“vinculada con la legitimidad regional y únicamente tiene sentido como instrumento de las demandas sociales, principalmente la de integración. La opción por órganos y Derechos supranacionales no es, por consiguiente, una cuestión de mera voluntad sino principalmente de finalidades y posibilidades sociales. Por lo tanto, debe estar marcado por un análisis profundo de la sociedad y de la economía, pero nunca puede lanzar sus bases sobre modelos formales, cuyo trasplante sólo puede dar como resultado el rechazo.<sup>595</sup>”

Siendo que:

“[...] el origen de la supranacionalidad se encuentra en la transferencia de partes soberanas por los Estados nacionales en beneficio de un organismo que, al fusionar las partes recibidas, se atribuye ese poder y funciona por encima de las unidades que lo compone, en calidad de titular absoluto.<sup>596</sup>”

---

594 RAMOS, L; MARQUES, S. F; JESUS, D. S. V. *op.*, cit, p. 94

595 COSTA, José Augusto Fontoura. Multiplicidade Jurídica e Integração Regional. In: PIMENTAL, L. O. (Org.). **MERCOSUL no Cenário Internacional – Direito y Sociedad**, 1 ed. Curitiba: Juruá, 1998, v. 1, p. 268.

596 STELZER, Joana. **Integração Europeia: dimensão supranacional**. Florianópolis: Dissertação em Mestrado em Direito UFSC, 1998, p. 65.

La supranacionalidad no puede ser relacionada solamente a las instituciones de la Unión Europea, pero también es un calificador del bloque Unión Europea como un todo y de las fuentes, que también están en un nivel supranacional, ostentan la primacía frente al Derecho interno de los países. El bloque, las instituciones y las fuentes comunitarias son supranacionales.

Por último conviene mencionar el entendimiento de Mario Midón<sup>597</sup> acerca del tema en discusión:

“Desde una perspectiva más actual la mayoría de la doctrina está conteste hoy en que los componentes centrales de la supranacionalidad están dados por la configuración adelantada en el numeral 6 de este mismo capítulo, a saber:

- 1) *Instituciones con potestad autónoma por encima de los Estados* para cumplir funciones ejecutivas, legislativas y judiciales conforme al plan integrativo trazado. La idea de autonomía está mentando a la independencia que esos órganos – llamados a atender exclusivamente el interés comunitario – tienen en relación a los Estados Miembros.
- 2) *Supremacía del orden jurídico comunitario frente al Derecho interno de los Estados integrados*. Ello significa que en el caso de existir colisión entre una norma emanada del órgano supranacional y el Derecho de uno de los signatarios prevalece la primera sobre este último.
- 3) *Aplicación inmediata<sup>598</sup> de la normativa comunitaria* en cada uno de los países que son parte de la comunidad. De modo que el Derecho producido por un órgano supranacional ingresa automáticamente a los Estados Partes, sin necesidad de pasar por el filtro interno de la aprobación parlamentaria y la ratificación ulterior.
- 4) *Aplicación directa de la normativa comunitaria*, extremo que posibilita que los residentes de los Estados puedan invocar los derechos emergentes conferidos por las regulaciones producidas por órganos supranacionales.”

#### 4.5) Instituciones de la Unión Europea

---

597 Cf. op. cit., p. 58.

598 “Aplicación inmediata” implica que dicha norma adquiere plena vigencia en los Estados miembros del proceso, con independencia de ningún trámite nacional. (Ídem, OCAMPO, Raúl Granillo, p. 158)

Analizaremos en este tema las instituciones de la Unión Europea, conforme lo dispuesto en los tratados comunitarios, debidamente actualizados por el reciente Tratado de Lisboa.

En su art. 13, el Tratado de la Unión preceptúa que la Unión:

[...] dispone de un cuadro institucional con miras a promover sus valores, continuar con sus objetivos, servir a sus intereses, a los de sus ciudadanos y a los de los Estados Miembros, así como también garantizar la coherencia, la eficacia y la continuidad de sus políticas y de sus acciones.

Las instituciones de la Unión son:

a) el Parlamento Europeo, b) el Consejo Europeo, c) el Consejo, d) la Comisión Europea (adelante designada “Comisión”), e) el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, f) el Banco Central Europeo, g) el Tribunal de Cuentas.

Cada institución deberá actuar dentro de los límites de las atribuciones que le son conferidas por los respectivos tratados, de acuerdo con los procedimientos, condiciones y finalidades que estos establecen. En esta tesitura, para el buen funcionamiento del bloque, con base en el Principio de Solidaridad, las instituciones deben mantener entre sí una cooperación imitada en la lealtad y en la eficiencia.

Esta cooperación entre las instituciones caracteriza la forma híbrida de gobierno en la Unión Europea, no teniendo una centralización absoluta de la conducción de las políticas de la Unión ni un único órgano, pero sí distribución de competencias. Cada institución contribuye para formar el todo (UNION), emitiendo actos unilaterales que direccionan los rumbos del bloque.

Pues bien! Seguiremos el orden y adoptaremos las nomenclaturas anteriores establecidas en el art. 13 arriba aludido. Todas las consideraciones abajo expuestas sobre las instituciones, sus actividades, su funcionamiento, su composición y sus atribuciones están básicamente consagrados en el Tratado de la Unión Europea y en el Tratado sobre el funcionamiento de la Unión Europea.

#### *4.5.1) Parlamento Europeo*

El Parlamento tiene su sede en Estrasburgo, Francia, pero su Secretaria General se encuentra en Luxemburgo y las comisiones se reúnen en Bruselas.

Se trata de una institución supranacional, de carácter esencialmente político, que ejerce juntamente con el Consejo la función legislativa y la función presupuestaria. Vea que la definición del presupuesto de la Unión y la legislativa no son ejercidas en su plenitud, pues el Parlamento solamente en determinados casos participa en el ejercicio del poder normativo y tiene una intervención limitada en la aprobación del presupuesto comunitario. Esta particularidad no se asemeja al perfil de muchos Parlamentos nacionales, teniendo en cuenta que las actividades legislativa y presupuestaria son normalmente atribuidas sin restricciones a los respectivos Legislativos.

El Parlamento ejerce funciones de control político o de supervisión y de consulta. Entre sus varias atribuciones señaladas en los tratados comunitarios, le incumbe elegir al presidente de la Comisión Europea.

La composición del Parlamento es lo más democrática posible, tratándose de la institución que mejor representa la voluntad popular en el nivel comunitario, está compuesto por representantes de los ciudadanos europeos, electos por sufragio universal,

directo, libre y secreto<sup>599</sup>, ejerciendo mandato de cinco años y gozando de inmunidad parlamentaria. Es la única institución que posee el sistema de elecciones directas.

El número total de bancas en la institución no puede exceder a setecientos cincuenta (750) más el Presidente (electo entre los miembros del Parlamento). La representación de los ciudadanos disminuye proporcionalmente, con un umbral de seis (6) miembros por Estado miembro. A ningún Estado le pueden ser atribuidos más de noventa y seis lugares.

Antes del Tratado de Lisboa de 2007, el Parlamento poseía 732 *eurodiputados*, con su entrada en vigor pasa a tener un máximo de 750. El Tratado de Lisboa lo hizo aún más importante al papel del Parlamento Europeo. El procedimiento legislativo de codecisión se convierte ahora en el procedimiento legislativo ordinario, donde el Parlamento Europeo y el Consejo son, conjuntamente, implicados en el proceso poseyendo iguales poderes. El Tratado de Lisboa amplió el número de materias que se deciden por el sistema de codecisión, aumentando en consecuencia, el número de áreas en que el Parlamento Europeo participa.

#### 4.5.2) Consejo Europeo

Es una institución considerada como el órgano supremo de la Unión Europea, está constituido por la reunión de Jefes de Gobierno o Jefes de Estado de los miembros de la Comunidad, asistidos por los Ministros de Relaciones Exteriores.

---

599 El sufragio universal, periódico y directo comenzó en la Unión Europea en 1979. Las elecciones para el Parlamento Europeo se realizan el mismo día para todos los 27 integrantes del bloque.



Reflexionando sobre las atribuciones de este Consejo, Carlos Molina Del Pozo<sup>600</sup> lo clasifica de esta forma:

- Aporta a la construcción europea un impulso político general.
- Define las orientaciones que favorecen la construcción europea y establece las líneas directrices de orden político general para la Unión Europea y la cooperación política europea.
- Abre la cooperación a nuevos sectores de actividad.
- Delibera sobre asuntos que dependen de la Unión Europea en sus diferentes aspectos velando por su coherencia.
- Expresa de forma solemne la postura común en asuntos de relaciones exteriores.”

El Consejo Europeo tiene por misión dar los impulsos necesarios al desarrollo de la Unión, definiendo sus orientaciones y prioridades políticas generales. El no ejerce la función legislativa y se reúne dos veces por semestre, convocada por su Presidente, pronunciándose en regla por consenso. Cuando la situación lo exija, el Presidente podrá convocar a una reunión extraordinaria.

El Consejo Europeo elige a su Presidente por mayoría cualificada, por un mandato de dos años y medio, renovable una vez. En caso de impedimento o de falta grave, el Consejo Europeo puede poner fin a su mandato siguiendo el mismo procedimiento (mayoría cualificada).

Compete al Presidente: a) dirigir los trabajos del Consejo Europeo y dinamizarlos; b) asegurar la preparación y continuidad de los trabajos del Consejo Europeo, en cooperación con el Presidente de la Comisión y con base en los tratados del Consejo de los Asuntos Generales; c) actuar en el sentido de facilitar la cohesión y el consenso en el

---

600 Cf. op. cit., pp. 85-86

ámbito del Consejo; y d) presentar un informe al Parlamento Europeo después de cada una de las reuniones realizadas.

El Presidente garantiza la representación externa de la Unión en las materias del ámbito de la política externa y de seguridad común, sin perjuicio de las atribuciones del Alto Representante de la Unión para los Negocios Extranjeros y la Política de Seguridad, este último, como ya fue citado, creado por el reciente Tratado de Lisboa. El Presidente del Consejo Europeo no puede ejercer cualquier mandato nacional.

Hasta el advenimiento del Tratado de Lisboa, ese Consejo no era considerado una institución de la Unión Europea. Otra importante innovación presentada por el Tratado de Lisboa en relación al Consejo Europeo fue la creación de una presidencia permanente con mandato de dos años y medio, renovable una vez. Deja de lado la presidencia rotativa y semestral hasta entonces vigente.

Según el Tratado de Lisboa, el Consejo Europeo está compuesto por los Jefes de Estado o de Gobierno de los Estados miembros, así como su Presidente y por el Presidente de la Comisión. El Alto Representante de la Unión para los Negocios Extranjeros y la Política de Seguridad también participa de los trabajos.

#### 4.5.3) Consejo

Este órgano también es conocido como Consejo de la Unión Europea, no pudiendo ser confundida con el Consejo Europeo, antes estudiado, y con el Consejo de Europa.<sup>601</sup>

---

601 (El Consejo de Europa es una organización internacional, con personalidad jurídica propia, que fue creada el 5 de marzo de 1949. Es la más antigua institución europea en funcionamiento. No es un órgano de la Unión Europea aunque sus actividades abarquen 47 Estados de Europa, inclusive 27 integrantes de la Unión. Sus principales objetivos son la defensa de los Derechos Humanos, el desarrollo democrático y la estabilidad político-social en el continente europeo. En el ámbito del Consejo de Europa se encuentra la Convención

Solamente el Consejo Europeo y el Consejo de la Unión Europea (o sólo el Consejo) son instituciones de la Unión Europea.

Haciendo comentarios sobre la naturaleza de este órgano, Carlos Molina<sup>602</sup> asevera que:

[...]El consejo es el órgano de la Unión que goza de un auténtico poder de decisión. En este sentido, puede afirmarse que ostenta la potestad necesaria para emanar normas jurídicas, cuya fuente originaria se encuentra en los Tratados fundacionales.”

El Consejo es el principal órgano legislativo y ejecutivo de la Unión. Ejerce, juntamente con el Parlamento Europeo la función legislativa y la función presupuestaria. Cabe a él definir las políticas de la Unión Europea y desarrollar la actividad de coordinación del bloque, deliberando en regla, por mayoría cualificada.

El mismo está compuesto por un representante de cada Estado miembro a nivel ministerial, con poderes para vincular al gobierno del respectivo Estado y ejercer el Derecho de voto.

Hasta el advenimiento del Tratado de Lisboa, la Presidencia siempre fue ejercida sucesivamente por cada Estado miembro del Consejo, durante un período de seis meses.

Con el Tratado de Lisboa, esa institución tuvo cambios en lo concerniente a la creación de nuevas carpetas, al sistema de cálculo de votación en su seno y a su

---

Europea de los Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos. La sede del Consejo está en Estrasburgo, en Francia.)

602 Cf. op. cit., 91.

presidencia. El Consejo obtuvo así dos carpetas: una encargada de los asuntos generales y la otra de los asuntos exteriores.

El voto por la mayoría cualificada se vuelve regla general en la adopción de los actos jurídicos en el seno del Consejo. La unanimidad permanece, pero es solamente aplicada en los casos bien definidos por el Tratado de Lisboa, que constituyen la excepción a la regla.

Sin embargo, por el Tratado de Lisboa, a partir de 2014, la mayoría calificada será calculada por un sistema de doble mayoría: por lo menos 555 de los miembros del Consejo (Estados miembros) representando, como mínimo, al 65% de la población de la Unión será necesario para adoptar un acto legislativo europeo.

Con el Tratado de Lisboa, la presidencia del Consejo, con excepción de la formación de Negocios Extranjeros, está asegurada por grupos predeterminados de tres Estados miembros durante un período de 18 meses. Estos grupos son formados en base a un sistema de rotación igualitaria de los Estados miembros, teniendo en cuenta su diversidad y los equilibrios geográficos de la Unión. Cada miembro del grupo preside sucesivamente durante seis meses todas las formaciones del Consejo con excepción de la formación de Negocios Extranjeros.

La preparación de los trabajos del Consejo es la responsabilidad de un comité de representantes permanentes de los os gobiernos de los Estados miembros. Los trabajos son desarrollados en reuniones públicas, cuando el Consejo este deliberando sobre un proyecto de acto legislativo. Con este fin, cada reunión será dividida en dos partes, consagradas respectivamente las deliberaciones sobre los actos legislativos de la Unión

y las actividades no legislativas. La sede del Consejo se encuentra en Bruselas, aunque realice algunas de sus reuniones en Luxemburgo.

#### 4.5.4) Comisión Europea

La Comisión tiene como función *promover el interés general de la Unión*, cabiéndole en esa línea, *velar por la aplicación de los tratados*, así como de las medidas adoptadas por las demás instituciones. Es una *especie de gobierno de la Unión Europea*<sup>603</sup>.

Tal Comisión ejecuta el presupuesto y administra los programas definidos por el bloque, ejerce funciones de coordinación, de ejecución y de gestión y toma la iniciativa de la programación anual y plurianual de la Unión con vistas a la obtención de acuerdos interinstitucionales.

Con excepción de la política externa y de seguridad común y de los demás casos previstos en los tratados la Comisión asegura la representación externa de la Unión.

Los actos legislativos de la Unión Europea sólo pueden ser adoptados bajo propuesta de la Comisión, salvo disposición en contrario de los tratados. De esta forma se infiere que esas fuentes de Derecho Comunitario, en regla, son propuestas apenas por la Comisión.

Cabe también a la Comisión controlar la aplicación del Derecho de la Unión, pero bajo la fiscalización del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, ya que este Tribunal es

---

<sup>603</sup> Carlos Molina, refuerza este entendimiento: [...] El art. 8 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero, atribuía a la Alta Autoridad la responsabilidad de los objetivos que se fijaban en el mencionado Tratado, poniendo en manos del referido órgano amplias competencias de carácter ejecutivo. (op. cit., p. 111)

la viga maestra del sistema judicial comunitario. Tanto el Tribunal como la Comisión pueden ser considerados los guardianes del Derecho de la Unión.

Semejante es el papel desempeñado por el Parlamento Europeo, la *Comisión ejerce actividad consultiva*, pues puede formular recomendaciones o pareceres sobre materia de objeto de los tratados.

Con poder de decisión propio y con sede en Bruselas, la Comisión está compuesta por veintisiete (27) miembros actualmente y así debe quedar hasta el 2014 según lo prescrito en el Tratado de Lisboa. Cada Estado miembro posee entonces un Comisario. Son escogidos para un mandato de cinco años, pudiendo ser renovados. *Es su Presidente quien representa a la Unión Europea internacionalmente.*

Los miembros de la Comisión son escogidos en función de su competencia general y de su compromiso entre las personalidades que ofrecen todas las garantías de independencia.

La Comisión nominada entre la fecha de entrada en vigor del Tratado de Lisboa (diciembre de 2009) y 31 de octubre de 2014 está constituida por un nacional de cada Estado miembro, incluyendo a su Presidente y al Alto Representante de la Unión para los Negocios Extranjeros y la Política de Seguridad, que es uno de los vicepresidentes. A partir de 1º de noviembre de 2014, la Comisión será compuesta por un número de miembros, incluyendo a su Presidente y al Alto Representante, correspondiente a dos tercios del número de los Estados miembros, a menos que el Consejo Europeo, deliberando por unanimidad, decida alterar ese número. Así, si la Unión continua formada hasta el 2014 por los mismos veintisiete (27) países, el número de comisarios será de dieciocho (18).

Como se ha destacado, los miembros de la Comisión son escogidos entre los nacionales de los Estados miembros, con base a un sistema de rotación rigurosamente igualitaria que permite reflejar la posición demográfica y geográfica relativa de los Estados integrantes del bloque en su conjunto. Este sistema es establecido por unanimidad por el Consejo Europeo, en los términos del artículo 244 del Tratado sobre el funcionamiento de la Unión Europea. Teniendo en cuenta las elecciones para el Parlamento Europeo y después de proceder a las consultas adecuadas, el Consejo Europeo, deliberando por mayoría cualificada, propondrá al Parlamento un candidato al cargo de Presidente de la Comisión. Ese candidato será electo por el Parlamento Europeo por mayoría de los miembros que lo componen. En el caso que el candidato no obtuviese la mayoría de los votos, el Consejo Europeo entonces, deliberando por mayoría cualificada propondrá dentro del plazo de un mes a un nuevo candidato, quien es elegido por el Parlamento.

El Presidente, el Alto Representante de la Unión para asuntos Exteriores y de Política de Seguridad y los demás miembros de la Comisión son colegialmente sujetos a un voto de aprobación del Parlamento Europeo. Después de la aprobación por este, la Comisión es nominada por el Consejo Europeo.

En relación específicamente a la presidencia de la Comisión, la elección del Presidente debe tomar en consideración el resultado de las elecciones parlamentarias y pasar por una elección del Parlamento que no existía hasta entonces.

Compete al Presidente de la Comisión: a) definir las orientaciones en el ámbito de las cuales la Comisión ejerce su misión; b) determinar la organización interna de la Comisión, a fin de asegurar la coherencia, la eficacia y la colegialidad de su acción; y c)

nominar vice-presidentes dentro de los miembros de la Comisión, con excepción del Alto Representante de la Unión para los Asuntos Exteriores y de la Política de Seguridad.

Por fin cabe resaltar que la Comisión ejerce sus responsabilidades con total independencia, siendo que sus miembros no pueden solicitar y mucho menos aceptar instrucciones de ningún gobierno, institución, órgano u organismo. Sus integrantes deben abstenerse de toda y cualquier acción que sea incompatible con sus deberes o con el ejercicio de sus funciones.

#### *4.5.5) Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE)*

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) tiene competencia jurisdiccional para las cuestiones de Derecho Comunitario. Es de su competencia garantizar el respeto del Derecho en la interpretación y aplicación de los tratados europeos, siendo el principal órgano jurisdiccional supranacional del sistema judicial de solución de controversias de la Unión Europea.

Tienen *legitimidad activa y pasiva* para interponer acciones directamente en el Tribunal de Justicia: los 27 Estados miembros, las instituciones de la Unión Europea, las personas físicas y las personas jurídicas. Cualquier persona singular o colectiva puede interponer ante el Tribunal recursos contra los actos de los cuales sea destinataria o que directa e individualmente se relacionen con la misma, así como también contra los actos que los afecten directamente.

Como se puede ver, se consolida en el tribunal comunitario una amplia accesibilidad jurisdiccional, otra característica del desarrollo integracionista del bloque.



La Corte de la Unión Europea puede funcionar como un tribunal internacional (cuanto decide sobre litigios que implican a los Estados miembros), como una corte constitucional (cuando fiscaliza la legalidad de los actos adoptados por las instituciones del bloque) o como un tribunal administrativo (cuando juzga recursos de cualquier persona física o jurídica).

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea está compuesto por un juez de cada Estado miembro, los cuales, así como los abogados generales<sup>604</sup> que dan asistencia al Tribunal, son elegidos de común acuerdo por los gobiernos de los Estados. Se trata de personalidades con garantía de independencia y que reúnen las condiciones exigidas para el ejercicio de las más altas funciones jurisdiccionales en sus países, siendo nominados para un período de seis años con posibilidad de renovación. Los jueces designan entre sí al Presidente del Tribunal con mandato de tres años y la posibilidad de reelección.<sup>605</sup>

La competencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea es amplia, le corresponde fiscalizar la legalidad de los actos adoptados en conjunto por el Parlamento Europeo y por el Consejo, los actos del Consejo, de la Comisión y del Banco Central Europeo que no sean recomendaciones o dictámenes, y de los actos del Parlamento Europeo destinados a producir efectos jurídicos con relación a terceros. Al mismo le compete conocer respecto de los recursos fundados en la incompetencia, la violación de

---

604 El Tribunal de Justicia es asistido por ocho abogados generales, número puede ser aumentado si el propio Tribunal lo solicita al Consejo, el cual decidirá sobre tal cuestión por unanimidad. Los abogados generales deben presentar públicamente, con imparcialidad e independencia, sus conclusiones fundamentadas sobre las causas que, de conformidad con el Estatuto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, requieran su intervención.

605 Cada tres años se procederá a la sustitución parcial de los jueces y de los abogados generales.

formalidades esenciales, la violación del Tratado de la Unión Europea o de cualquier norma jurídica relativa a su aplicación, o en el desvío del poder, interpuestos por un Estado miembro, por el Consejo o por la Comisión. Asimismo, el Tribunal tiene competencia en las mismas condiciones para conocer respecto de los recursos interpuestos por el Parlamento Europeo, por el Tribunal de Cuentas, por el Banco Central Europeo, con el objetivo de salvaguardar las respectivas prerrogativas.

La competencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea se puede ampliar, tanto es así que el Consejo, siempre que sea por unanimidad, de acuerdo con un proceso legislativo especial y después de consultarlo con el Parlamento Europeo, puede aprobar disposiciones destinadas a atribuir al Tribunal de Justicia competencia para decidir sobre litigios relacionados con la aplicación de los actos adoptados en base a los tratados que crean títulos europeos de propiedad intelectual.

Aunque con un amplio campo para decidir<sup>606</sup>, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea no tiene competencia para dictar resoluciones en algunas áreas. No dispone de competencia en lo que se refiere a las disposiciones relativas a la política externa y de seguridad común ni en lo que se refiere a los actos adoptados en base a dichas disposiciones. Tampoco tiene competencia para fiscalizar la validez o la proporcionalidad de operaciones realizadas por los servicios de policía u otros servicios responsables de la aplicación de una ley en un Estado miembro, ni para decidir sobre el ejercicio de las responsabilidades que incumben a los Estados parte en materia de mantenimiento del orden público y de garantía de la seguridad interna.

---

<sup>606</sup> Existen tres fuentes de autoridad en la jurisprudencia comunitaria: resoluciones (sentencias de 2ª instancia y despachos), dictámenes, y conclusiones del abogado general.

En línea con lo que se está mencionando en cuanto a su competencia, es necesario recalcar que al TJUE no se lo puede considerar una instancia recursal para los Tribunales de los Estados miembros, no correspondiéndoles, por consiguiente, modificar resoluciones de dichos Tribunales, ni siquiera en materia de Derecho Comunitario. Sin embargo, el mismo puede ser accionado por los órganos jurisdiccionales nacionales, preliminarmente, para manifestarse sobre la interpretación del Derecho de la Unión o sobre la validez de los actos adoptados por las instituciones. Además, le corresponde a los 27 Estados miembros del bloque asegurar las medidas procesales internas con el fin de que a los ciudadanos europeos se les garantice la tutela jurisdiccional efectiva en los ámbitos regulados por el Derecho de la Unión.

Las *sentencias* del Tribunal de Justicia de la Unión Europea son vinculantes y deben ser cumplidas por los Estados miembros. Si se comprueba que un Estado no cumplió ninguna de las obligaciones que le corresponden en virtud de los tratados, el mismo debe tomar las medidas necesarias para la ejecución de la sentencia. Si la Comisión considera que el Estado en cuestión no tomó las medidas tendientes a la ejecución de la resolución, puede nuevamente someter el caso al Tribunal, después de haber dado al Estado la posibilidad de presentar sus comentarios (una especie de defensa). Si el Tribunal declara comprobado que la entidad de que se está tratando no cumplió con la sentencia, puede condenarla al pago de una suma fija o progresiva correspondiente a una sanción pecuniaria.

El TJUE, en las causas sometidas a su consideración, puede ordenar las medidas provisionales de naturaleza cautelar que crea necesarias.

Sus resoluciones son inamovibles y de aplicabilidad inmediata en los territorios de los Estados miembros, siendo vinculantes desde el día en se dictaron. Sus sentencias son “autoaplicables, vinculando directamente a las partes y su jurisdicción es obligatoria para los Estados-miembros.”<sup>607</sup>

Todas las resoluciones del Tribunal se traducen a los idiomas oficiales de la Unión Europea y se publican en la recopilación de jurisprudencia del TJUE. Sus resoluciones son elaboradas y redactadas en forma de lema, sin contener referencias bibliográficas e incluyendo las conclusiones del abogado general.

Los procesos ante el TJUE se desarrollan en dos etapas: una escrita y otra oral. A los procesos se les aplica, entre otros, los Principios del Inquisitorio, del Contradictorio y de la Publicidad. Es importante recordar que los litigantes no están sujetos al pago de sus costas procesales, solamente al pago de sus gastos pudiendo ser beneficiados por el instituto de asistencia judicial.

#### *4.5.6) Tribunal General y Tribunales especializados*

En el ámbito del Tribunal de Justicia de la Unión Europea funcionan todavía el Tribunal General y los Tribunales especializados.

El Tribunal General<sup>608</sup>, también conocido como Tribunal de Primera Instancia (llamado solamente “Tribunal” con la entrada en vigencia del Tratado de Lisboa), es competente para conocer en primera instancia respecto de los recursos que especifica. A

---

607 GOMES, Eduardo. *Biacchi*. op. cit, p. 199.

608 El Tribunal General está compuesto por, como mínimo, un juez por cada Estado miembro. El Estatuto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea puede prever que el Tribunal General también sea asistido por abogados generales.

dicha Corte se le aplican, en caso de que corresponda, las disposiciones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Las resoluciones dictadas por el Tribunal General pueden ser objeto de recurso para el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, limitado las cuestiones de Derecho<sup>609</sup>. El Tribunal de 1ª instancia es competente para conocer los recursos interpuestos contra las resoluciones de los Tribunales especializados.

Cuando el Tribunal General considera que la causa exige una resolución susceptible de afectar la unidad o la coherencia del Derecho de la Unión puede enviarla al Tribunal de Justicia de la Unión Europea para que éste delibere sobre la misma. Como ya enfatizamos, el TJUE es el principal guardián del Derecho Comunitario, teniendo la función de velar por la unidad y la coherencia de las fuentes comunitarias.

En esa línea, las resoluciones dictadas por el Tribunal General sobre cuestiones prejudiciales pueden ser reevaluadas, a título excepcional, por el Tribunal de Justicia, en las condiciones y límites previstos en el Estatuto, si existe riesgo grave de lesión de la unidad o de la coherencia del Derecho de la Unión.

Tanto el Tribunal de Justicia de la Unión Europea como el Tribunal de Primera Instancia (o General) tienen sus sedes en Luxemburgo. Este último también es un órgano jurisdiccional autónomo, aunque no esté expresamente dispuesto en la lista de instituciones de la Unión.

---

<sup>609</sup> Es importante destacar que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea no es instancia recursal para los tribunales nacionales, puede así proceder con relación a las decisiones del Tribunal General.

Además del TJUE y del Tribunal General, hay Tribunales especializados. El Parlamento Europeo y el Consejo, deliberando en conjunto, pueden crear Tribunales especializados, unidos al Tribunal General. Dichos Tribunales se ocupan de conocer en primera instancia ciertas categorías de recursos en materias específicas, es por eso que se denominan “especializados”. Las resoluciones de los Tribunales especializados pueden ser objeto de recurso para el Tribunal General limitado a las cuestiones de Derecho o, cuando esté previsto en el reglamento que crea el tribunal especializado, que incida también sobre algunas cuestiones de hecho.

Los miembros de los Tribunales especializados serán elegidos entre personas que ofrezcan todas las garantías de independencia y posean la capacidad requerida para el ejercicio de funciones jurisdiccionales. La *imparcialidad* es un principio requerido en el ámbito judicial comunitario.

Con su vigencia en diciembre de 2009, el Tratado de Lisboa se refleja en todas las esferas y órganos del bloque comunitario. En el ámbito de los Tribunales de la Unión Europea el mismo reemplaza la expresión “Tribunal de Justicia”, contenida en los tratados europeos por “Tribunal de Justicia de la Unión Europea”; así como también “Estatuto del Tribunal de Justicia” por “Estatuto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea”;<sup>610</sup> y “Tribunal de Primera Instancia” por “Tribunal”. También las expresiones “cámara jurisdiccional” y “cámaras jurisdiccionales” son reemplazadas, respectivamente, por “tribunal especializado” y “tribunales especializados”.

---

610 El Tribunal de Justicia nombra a su secretario y establece el respectivo estatuto, elaborando la reglamentación del proceso.

Además, el Tratado de Lisboa creó un Comité con la función de opinar sobre la adecuación de los candidatos al ejercicio de las funciones de juez o de abogado general del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y del Tribunal General, antes de que los gobiernos de los Estados miembros procedan a sus nominaciones. Dicho comité está compuesto por siete personalidades, elegidas entre antiguos miembros del TJUE y del Tribunal General, miembros de los Tribunales supremos nacionales y juristas de reconocida trayectoria, uno de los cuales será indicado por el Parlamento Europeo.

#### **4.6) Fuentes del Derecho Comunitario**

Con respecto al Derecho Comunitario, la doctrina ha señalado como principales características del mismo la aplicabilidad inmediata, el efecto directo y la prevalencia de las normas comunitarias<sup>611</sup>.

Estas peculiaridades, por regla general, no se aplican al Derecho de la Integración que prevalece en el ámbito del MERCOSUR. Sin embargo, es importante reconocer que la aplicabilidad inmediata y el efecto directo, aun tratándose de características distintivas del Derecho de la Unión, no se aplican a todas las fuentes comunitarias.

Vinculada a estas tres características fundamentales en el Derecho Comunitario se encuentra el instituto de la supranacionalidad, como ya lo vimos, que ubica a las instituciones y a las fuentes comunitarias en un determinado nivel con relación a los gobiernos nacionales y con las fuentes normativas internas. Este modelo confiere al orden comunitario el efectivo poder de coerción, en el cual existen mecanismos regionales para

---

611 FERREIRA, María Carmem; OLIVEIRA, Julio. Ramos. **Las relaciones laborales en el Mercosur**. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 1997, p. 103.

hacer que las fuentes comunitarias sean cumplidas por los actuales 27 Estados miembros, sin que dependan del criticable ambiente de voluntad política de consenso, vigente en el MERCOSUR.

Para comprender mejor el tan exaltado nivel de integración del bloque comunitario, que actualmente se encuentra en la cuarta etapa del proceso de integración, es decir, Unión Económica y Monetaria, además de las características referidas precedentemente y de la supranacionalidad ya mencionada también, resulta oportuno estudiar los principios rectores del Derecho Comunitario.

Los principios que pasaremos a estudiar, en algunos momentos se confunden con las mismas características fundamentales y traen conceptos que recuerdan a lo estudiado en el instituto de la supranacionalidad.

Llegando a este punto se hace interesante mostrar una gran enseñanza del doctrinador y ex embajador de Argentina en Estados Unidos<sup>612</sup>:

**“Caracteres del derecho comunitario.** – Los elementos que caracterizan (o principios) del derecho comunitario surgen de la naturaleza del orden jurídico de la integración y si bien algunos de ellos pueden deducirse de los tratados fundacionales, otros han sido establecidos por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Funcionan como principios generales y permiten superar las lagunas del derecho. Su presencia conduce a señalar la existencia de un orden jurídico supranacional y a determinar las normas de convivencia que éste debe tener en el orden jurídico nacional de los países integrantes del esquema de integración. Claramente son una fuente del derecho comunitario. Estos elementos o principios son:” (la negrita me pertenece)

#### 4.7) *Principios rectores*

Los principios rectores del Derecho Comunitario son:

---

612 RAÚL GRANILLO OCAMPO, op. cit., p. 153



- a) de aplicabilidad inmediata;
- b) de primacía;
- c) de la autonomía ante los órdenes jurídicos; y
- d) de subsidiariedad.

#### 4.7.1) *Principio de la aplicabilidad inmediata*

El Derecho Comunitario tiene por finalidad regular las relaciones recíprocas de los ciudadanos de los Estados miembros y de las instituciones que pertenecen a un bloque comunitario o de comunidad.

La evolución y la conceptualización de los institutos de Derecho Comunitario se encuentran en los tratados creados y que actualmente reglamenta la Unión. Esto ocurre también con los principios rectores, tema del presente estudio. Su base se encuentra en los tratados que componen el bloque europeo y el *Principio de Aplicabilidad Inmediata* no escapa a la norma.

La Unión Europea, como Unión Económica y Monetaria, fue efectivamente implementada, como es sabido, con el *Tratado de Maastricht* de 1992.

Es imprescindible reconocer, con todos los documentos anteriores, que los Tratados de Roma de 1957 y el Acto Único Europeo de la década de 1980, habían creado las bases para el actual nivel de integración del bloque y, además, habían instituido el orden jurídico comunitario.

Como se estudiará más adelante, el Derecho Comunitario puede ser clasificado en originario o derivado. El Derecho Comunitario *originario* consiste en el conjunto de tratados

que hoy regulan la Unión Europea, y el *derivado* está compuesto por los actos normativos que emanan de las instituciones de la Unión.

El complejo jurídico comunitario, es decir, las normas comunitarias, están integradas por las *fuentes originarias* y las *fuentes derivadas*. Estas normas derivadas dependen de la especie y pueden o no ser vinculantes. Así, una de estas fuentes derivadas son los dictámenes que no vinculan.

La mayor parte de las normas comunitarias son fuentes autónomas, externas y superiores, supranacionales. Esa es la razón por la que los estudiosos defienden que la supranacionalidad caracteriza a las instituciones, a bloque en sí mismo y a las fuentes.

El Derecho Comunitario está por encima del “querer” o del “no querer” de los Estados miembros, no está calcado en la *intergubernabilidad*. El carácter imperativo y la posición de verticalidad jerárquica ante los ordenamientos nacionales permiten a la mayoría de las normas del Derecho Comunitario no necesitar un proceso de incorporación, es decir, de nacionalización, mejor aún, no deben pasar por el tradicional proceso de celebración de los tratados internacionales. ¿Y por qué? Simplemente porque son autónomas y tienen aplicabilidad inmediata, produciendo efectos directos. De esta manera los Tribunales nacionales pueden aplicarlas directamente al caso concreto.

Los Tribunales de los Estados miembros actúan en todos los casos en que la norma comunitaria resulte directamente para cualquier persona (física o jurídica) un Derecho o una obligación. De ahí surge la esencia del Principio de la Aplicabilidad Inmediata, considerado como esencial por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. El juez nacional no precisa esperar la recepción de la norma comunitaria teniendo en cuenta que

la norma comunitaria ya está incluida en el sistema jurídico de los Estados miembros, imponiéndose, por sí misma, a las respectivas jurisdicciones.<sup>613</sup>

Dicho principio tiene el objetivo de garantizar la plena eficacia y funcionalidad del Derecho Comunitario. Como el Tribunal de Justicia de la Unión es el principal guardián del orden comunitario, no causa sorpresa el hecho de que se derive también la construcción jurisprudencial.

João Mota de Campos<sup>614</sup> enumera algunas sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que produjeron efecto directo en el orden de los Estados miembros:

- a) Sentencia que determinó la anulación de un acto de la Autoridad Comunitaria, fundada en los arts. 33 del Tratado de CECA, 173 del Tratado de la Comunidad Europea y 146 del Tratado de Euratom. El efecto directo consiste en el hecho de que las autoridades locales no podrán aplicar el acto anulado;
- b) Sentencia por la cual se reconoce, de conformidad con los arts. 41 (CECA), 177 (CE) y 150 (Euratom) la invalidez de un acto de la autoridad comunitaria, vinculando al juez nacional, lo cual puede aplicar tal acto en el caso concreto; y
- c) Sentencia por la cual se interpreta una regla de Derecho Comunitario en el proceso de análisis de la cuestión prejudicial establecida en los arts. 177 (CE) y 150 (Euratom). Se vincula al Tribunal nacional, que está obligado a respetar la interpretación brindada, aplicándola al juzgamiento de la cuestión *sub judice*;

El Principio de la Aplicabilidad Inmediata consiste en la inutilidad de “traspasar o incorporar la norma comunitaria al ordenamiento nacional para que ésta produzca sus efectos en el territorio nacional, sin que sea necesaria ninguna actividad por parte del Estado<sup>615</sup>. De ello deriva el efecto directo, que se puede entender como la posibilidad de que la norma comunitaria cree “Derechos y obligaciones para los particulares – personas

---

613 TAVARES, Fernando Horta. **El Derecho de la Unión Europea**: autonomía y principios. Disponible en: [http://fmd.pucminas.br/virtuajus/2\\_2006/Docentes/pdf/Fernandoh.pdf](http://fmd.pucminas.br/virtuajus/2_2006/Docentes/pdf/Fernandoh.pdf). Acceso el: 15/05/2013.

614 CAMPOS, João Mota de. **Direito Comunitário**. 4 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994. Volume II, p. 83.

615 TAVARES, F. H. Op. cit, p. 5.

físicas o jurídicas – que pueden ser directamente invocadas ante los Tribunales internos del Estado-miembro.<sup>616</sup>

Las normas comunitarias producen efectos directos con relación a los Estados (efecto directo vertical) y con relación a los particulares (efecto directo horizontal).<sup>617</sup> La posibilidad de invocar en juicio la fuente comunitaria contra el Estado o contra otro particular aproxima al ciudadano al proceso integracionista, pudiendo el mismo lucrar, literalmente, con los actos emanados del bloque, sin resultar rehén de su propio país de origen.

#### 4.7.2) Principio de la Primacía

El principio de la primacía del Derecho Comunitario no está previsto en ningún tratado vigente en la Unión Europea, se trata en realidad de la construcción de la jurisprudencia comunitaria del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

El primer intento de incluir expresamente el principio en cuestión se produjo en el tratado que anhelaba crear una Constitución para la Unión Europea. Por primera vez el principio lograba un reconocimiento normativo expreso. Ver la redacción del art. 1-6º del Proyecto de Constitución: “la Constitución y el Derecho adoptado por las instituciones de la Unión en el ejercicio de las competencias que se le atribuyen *prevalecen* sobre el Derecho dos Estados Miembros”. Se trataba de una Revisión en que la primacía de las normas comunitarias se consideraría como de carácter absoluto, tanto es así que en la

---

616 *Ídem, Ibídem.*

617 CAMPOS, J. M. Op. cit, p. 284.

parte final del artículo se menciona que dicha primacía imperaría *sobre o Derecho de los Estados Miembros*.

Se percibe que el Derecho de la Unión sería reconocido por encima de las leyes ordinarias y de las Constituciones de los 27 Estados integrantes del bloque comunitario. Como el proyecto de Constitución comunitaria no fue aceptado, el principio aún permanece ausente del cuerpo normativo del bloque.

Con la desaprobación del proyecto de Constitución, la Unión adoptó en su reemplazo el Tratado de Lisboa, que está vigente desde diciembre de 2009. Este documento no contiene una expresa previsión del *Principio de la Primacía*, mencionando en la Declaración nº 27, que dispone: “La conferencia recuerda que, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, los tratados y el Derecho de la Unión adoptado con base en los Tratados prevalecen sobre el Derecho de los Estados Miembros, en las condiciones referidas en la jurisprudencia.”

Como se ha visto, la primacía no encuentra protección explícita en ningún tratado europeo, salvo en la Declaración citada. Sin embargo, la primacía continúa existiendo porque habiendo un conflicto entre la norma nacional, sea cual sea su importancia, y una norma comunitaria, debe prevalecer esta última, conforme ya lo dispuso el Tribunal de la Unión Europea, en el caso *Costa c. Enel*, exped. 6/64, del 15 de julio de 1964.

Subsiguieron otras resoluciones y la primacía del Derecho Comunitario se consolidó en el ámbito europeo. Ha sido importante la resolución del caso *Simmenthal*, exped.

106/77, del 9 de marzo de 1978<sup>618</sup>, en que el Tribunal declaró la obligatoriedad para cualquier juez nacional de no aplicar ninguna disposición de la ley nacional que contraríe al Derecho de la Unión, ya sea la anterior o la posterior.

Francisco Paes Marques expone los motivos que llevan al Tribunal de Justicia de la Unión Europea a reconocer el principio que se estudia:

“[...] este órgano recurre a una línea argumentativa de carácter funcional, afirmando que si los Estados pueden adoptar unilateralmente medidas contrarias a los Tratados, el orden jurídico creados por los mismos estará irremediablemente condenado al fracaso, atentando contra un principio infraestructural del orden jurídico europeo que se consustancia con la necesidad del Derecho Comunitario de ser interpretado y aplicado de forma idéntica en todos los Estados Miembros de la Unión Europea. (...) en una segunda línea argumentativa de naturaleza sustancial, el Tribunal Comunitario afirma la plena independencia, y la subsiguiente superioridad, del orden jurídico comunitario con relación a los órdenes jurídicos estatales. Esta autonomía sería el resultado, según TJCE, de la transferencia irreversible de poderes soberanos que los Estados realizaron a favor de una entidad dotada de características específicas y originales.<sup>619</sup>”

Nótese cuán favorable es el principio de la primacía para la integración de una región.

No hay necesidad de hablar de armonización de interpretación de las normas porque,

---

<sup>618</sup> **ADMINISTRACIÓN DE LAS FINANZAS DEL ESTADO/SIMMENTHAL SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA, 9 de marzo de 1978 \* En el expediente 106/77**, que tiene por objetivo un pedido dirigido al Tribunal de Justicia en los términos del artículo 177.º del Tratado CEE, por el Pretore de Susa (Italia), destinado a obtener, en el litigio pendiente en este órgano jurisdiccional nacional entre la Administración de las Finanzas del Estado y la Sociedad anónima Simmenthal, con sede en Monza, una resolución a título prejudicial sobre la interpretación del artículo 189.º del Tratado CEE y, más precisamente, sobre las consecuencias de la aplicabilidad directa del derecho comunitario en caso de conflicto con disposiciones eventualmente contrarias De derecho nacional. **ADMINISTRACIÓN DE LAS FINANZAS DEL ESTADO/SIMMENTHAL**

Por los fundamentos expuestos, EL TRIBUNAL DE JUSTICIA, pronunciándose sobre las cuestiones que le fueron sometidas por el Pretore de Susa, por despacho del 28 de julio de 1977, declara: El juez nacional responsable, en el ámbito de sus competencias, de aplicar disposiciones de derecho comunitario, **tiene obligación de asegurar el pleno efecto de tales normas**, resolviendo, por su propia autoridad, si fuera necesario, no aplicar ninguna norma de derecho interno que las contraríe, aunque dicha norma sea posterior, sin que tenga que requerir o esperar la previa eliminación de dicha norma por la vía legislativa o por cualquier otro medio constitucional. Kutscher Sørensen Bosco Donner Pescatore Mackenzie Stuart O'Keeffe. Dictado en audiencia pública en Luxemburgo, el 9 de marzo de 1978.

<sup>619</sup> MARQUES, Francisco Paes, *apud* MACHADO, Diego Pereira; DEL'OLMO, Florisbal de Souza. **Direito da Integração, Direito Comunitário, MERCOSUL e União Europeia**: ed Jus PODIVM. Bahia: 2011, p. 105.

efectivamente, existe una unificación en la interpretación y aplicación de las normas comunitarias, la seguridad jurídica continúa siendo consagrada.

Además, la primacía del Derecho de la Unión es dada en carácter absoluto, no subordinándose a las leyes ordinarias ni tampoco a la Constitución de los Estados Partes.

La prevalencia conduce a una regla básica de interpretación, en el caso concreto el juez nacional al depararse con un conflicto entre la ley nacional y la ley comunitaria deberá inclinarse hacia la aplicación del Derecho Comunitario. Es lo que llamamos interpretación de la norma más favorable, o según la integración, al Derecho de la Unión.

Es fundamental destacar las enseñanzas de Stelzer:

“(…) si hay conflicto entre los dos órdenes jurídicos, aun siendo de naturaleza constitucional, la regla interna cederá ante la norma de las CE, situación que la historia del Derecho todavía no había registrado. Por encima de la legislación proveniente del Estado, nunca se había comprobado ningún tipo de injerencia que pudiera pasar por encima de su autoridad, ya que todo lo constatado se resumía a los clásicos instrumentos de Derecho internacional, basados en la cooperación entre los países y en el respeto a la soberanía nacional.<sup>620</sup>

Es sabido que todavía existen desacuerdos entre el Tribunal comunitario y algunos Tribunales nacionales en cuanto a la primacía de las fuentes comunitarias. Sin embargo, esas vicisitudes sólo persisten debido a no haberse consagrado expresamente el mencionado principio. Si el proyecto de Constitución hubiera logrado su desiderátum, tal vez se habrían terminado las dudas que aún hoy están presentes en la jurisprudencia dos Tribunales nacionales en Europa.

---

620 STELZER, Joana, *apud* MACHADO, Diego Pereira; DEL'OLMO, Florisbal de Souza. **Direito da Integração, Direito Comunitário, MERCOSUL e União Europeia**: ed Jus PODIVM. Bahia: 2011, p. 182.

#### 4.7.3) *Principio de la autonomía ante los órdenes jurídicos*

El Principio de la Autonomía ante los órdenes jurídicos representa una condición para el éxito del Derecho Comunitario, siendo premisa para a primacía.

La aplicabilidad inmediata y el efecto directo son viables debido a la autonomía que caracteriza las normas comunitarias. Y aquí no se requiere la ya desgastada discusión de la doctrina en definir si un determinado país adopta el sistema monista o el dualista. El propio STF ya dio a conocer su postura de que “en el texto constitucional es donde se debe buscar la solución normativa para la cuestión de la incorporación de los tratados” y no es en la “controversia doctrinaria que antagoniza monistas y dualistas”.<sup>621</sup> Y ese criterio también se puede aplicar al aquí estudiado. Además, según Silva:

“[...] la autonomía del Derecho Comunitario surgió como el resultado de un reflejo defensivo del Tribunal de Justicia. Inicialmente se trataba de preservar la especificidad del Derecho de las Comunidades y las injerencias de los Derechos nacionales, constituyendo tal autonomía el fundamento del orden jurídico comunitario, afirmando ser la Unión un nuevo orden jurídico de Derecho internacional o, simplemente, un orden jurídico propio.”<sup>622</sup>

#### 4.7.4) *Principio de la subsidiariedad*

La delimitación de la Unión se rige por el principio de la atribución, y el ejercicio de tales competencias se rige por los principios de la subsidiariedad y de la proporcionalidad.

Sobre el origen de este principio, Raúl Granillo Ocampo<sup>623</sup> nos brinda los siguientes valiosos comentarios:

---

621 MACHADO, Diego Pereira. op. cit, P. 97.

622 SILVA, Roberto Luiz. **Direito econômico internacional e direito comunitário**. Belo Horizonte: Del Rey, 1995, p. 185.

623 Op. cit., p. 351.



“**Sobre la subsidiariedad.** – El origen de este principio se remonta a la filosofía escolástica y más recientemente a la Doctrina Social de la Iglesia de fines del siglo XIX y comienzos del siglo XX (en la Encíclica *Cuadragésimo Anno* de 1931, el papa Pío XI habla claramente de este principio). En el terreno estrictamente político, la Ley Fundamental de Bonn de 1949 también hace uso del mismo a la hora de distribuir competencias entre el estado federal y los *Länder*.”

El *Principio de la Subsidiariedad* dispone que en los dominios que no sean de la su competencia exclusiva, la Unión interviene solamente en situaciones en que los objetivos de las acciones consideradas no puedan ser logrados de forma suficiente por los Estados, tanto a nivel central como a nivel regional y local, pudiendo, sin embargo, debido a las peculiaridades de la acción considerada, lograrse a nivel de la Unión.

El postulado en análisis orienta sobre el modo en cómo las competencias se ejercer en el plano comunitario, constituyendo un concepto dinámico que siempre se debe aplicar a la luz dos objetivos enunciados en los tratados.

La subsidiariedad define un deber dirigido a la Unión en el sentido de apoyar y estimular a los Estados miembros del bloque. En esta concepción tiene un carácter complementario, en el cual se ve también consagrado el ya destacado Principio de la Solidaridad.

Si existe una comunidad europea, desde el punto de vista de la subsidiariedad, habría, por otro lado, comunidades europeas, menores y jerárquicamente por debajo de la primera, sólo con algunas competencias preservadas. Aunque la supranacionalidad se pueda entender como a la soberanía compartida, en que los Estados delegan parte de sus competencias a una entidad suprema, de todas formas la entidad Estado no se ve obstaculizada por completo, preservando sus culturas y sus principales atribuciones.

El Principio de la Subsidiariedad al mismo tiempo que amplía el campo de actuación de la Unión, paradójicamente lo limita porque anhela respetar al Estado miembro, tanto que la comunidad que ocupa el grado más alto (la Unión) en la pirámide jerárquica representada por la supranacionalidad y por la primacía del Derecho Comunitario, sólo podrá realizar una determinada actividad de atribuciones de la comunidad menor (Estado miembro) si ésta, existiendo la necesidad de realizarla, se muestra incapaz para ello. Es en este momento que la Unión complementa, actuando subsidiariamente.

En el propio preámbulo del Tratado de la Unión Europea se enuncia el deseo de:

[...] profundizar la Solidaridad entre sus pueblos, respetando su historia, cultura y tradiciones, deseando reforzar el carácter democrático y la eficacia del funcionamiento de las instituciones, con el fin de permitirles un mejor desempeño, en un marco institucional único, para las tareas que se les confía.

Tavares ha sido enfático sobre dicho tema:

[...] el principio es concebido para que se ajuste a las intenciones de los Tratados: la Unión Europea será preferencialmente obra de los Estados miembros y de sus ciudadanos; la integración debe respetar la identidad histórica, política y cultural de los Estados; el poder político comunitario debe ejercerse a un nivel lo más próximo posible de los ciudadanos [...]<sup>624</sup>

El Tratado de Lisboa sigue la misma dirección que el principio que estamos tratando, confirmando el deseo de definir mejor las competencias, acentuando el postulado de la subsidiariedad, de forma de democratizar el proceso de resoluciones en el ámbito de la Unión, para ello valorizó el papel de los parlamentares nacionales e incrementó los poderes del ciudadano europeo. No en vano que Fausto de Quadros destacó que el principio en estudio deberá “residir en la idea de que a una progresivamente mayor limitación de la soberanía de los Estados, que resulta en la profundización de la Unión

---

624 TAVARES, Fernando Horta. op. cit, p. 12.

Europea, ha de corresponder una cada vez mayor democratización del proceso de decisión.<sup>625</sup>

#### *4.8) Fuentes: convenciones, actos unilaterales y principios*

Conviene aclarar, en principio, que las fuentes del Derecho de la Unión pueden emanar de los tratados internacionales, fuentes convencionales escritas que cargaban un fuerte valor de seguridad jurídica, lo que los transforma en el principal recurso a ser utilizado por las Cortes internacionales.

Son fuentes de naturaleza convencional los tratados institucionales (o comunitarios) de la Unión Europea. Cuando nos referimos a “institucionales” o “comunitarios” estamos remitiendo al lector a los tratados en un sentido *lato* que fundaron la Unión Europea o que reformaron su estructura, así como a los protocolos y anexos de estos documentos. También son institucionales los tratados de adhesión, es decir, sobre la inclusión de nuevos miembros al bloque.

De esta manera, la primera fuente escrita convencional que destacamos del Derecho Comunitario son los tratados comunitarios o institucionales, que pueden ser clasificados en fundadores (Tratado de París, Tratados de Roma y Tratado de Maastricht), reformadores (Tratados de Niza, Ámsterdam, Acto Único Europeo y Lisboa), protocolos y anexos a los fundadores y reformadores y, por último, los tratados de adhesión.

---

625 QUADROS, Fausto de. **O Princípio da Subsidiariedade no Direito Comunitário depois do tratado da União Europeia**. Coimbra: ALMEDINA, 1995, P. 72.

Se debe destacar, por otro lado, que además de los tratados comunitarios, existen otras fuentes. Son los tratados celebrados por los Estados miembros de la Unión que también son fuentes comunitarias. Los Estados pueden celebrar tres especies de tratados: 1) – entre sí, es decir, entre Estados miembros; 2) – con Estados no pertenecientes al bloque o con organizaciones internacionales; y 3) – en el marco comunitario, es decir, derivado de los propios tratados comunitarios.

Los documentos celebrados por los Estados miembros en el marco comunitario derivan de dispositivos autorizadores previstos en los propios tratados institucionales, de ahí la razón por la cual son firmados en el “marco comunitario”.

Además de las convenciones celebradas por los Estados, están los tratados celebrados por la propia Unión, como bloque regional, sujeto de Derecho Internacional. Tales fuentes convencionales escritas son firmadas por la Unión Europea con otros Estados, con organizaciones internacionales o con otros bloques, como el MERCOSUR, lo que da lugar al birregionalismo.

Hemos comentado en estudio sobre las fuentes convencionales en el Derecho Comunitario, es decir; tratados institucionales, tratados celebrados por los Estados miembros y tratados celebrados por el bloque Unión Europea, sin embargo existen otras especies de fuente escrita de suma importancia para el Derecho de la Unión, tales como los actos unilaterales emanados de las instituciones comunitarias que detentan la competencia normativa. Estos se clasifican como Derecho Comunitario derivado debido a que derivan de los tratados institucionales.

Los actos unilaterales se pueden clasificar en vinculantes y no vinculantes. Vinculantes son considerados los reglamentos, las directivas y las resoluciones, las cuales

tienen carácter de obligatoriedad. Las instituciones responsables de la emisión de estas fuentes escritas unilaterales son: el Consejo, la Comisión, el Parlamento y el Banco Central Europeo. Las *no vinculantes* son representadas por los dictámenes y recomendaciones, las mismas no vinculan, no obligan, y pueden ser emitidas por casi la totalidad de las instituciones comunitarias como, por ejemplo, el Tribunal de Cuentas.

Sin embargo, un sistema pautado en el rigorismo legal, que no abarca otras fuentes, como los principios, está predestinado al fracaso y a ser tachado de obsoleto.

En un sistema normativo moderno, en el cual introducimos al comunitario, debe haber flexibilidad interpretativa y válvulas que fomenten la renovación jurisprudencial, lo que se entiende como la capacidad de reciclar conceptos, aun cuando estén impresos en el texto legal.

Para ello, además de las fuentes escritas (convenciones y actos unilaterales) están las no escritas que desempeñan un papel importante para el desarrollo, actualización, expansión y complementación del Derecho de la Unión, es en estas que se enmarcan los principios.

Los principios generales del Derecho (ej.: buen fe, legalidad, proporcionalidad y seguridad jurídica) y los principios generales del Derecho Comunitario (ej.: cohesión comunitaria, preferencia comunitaria y efecto directo) pueden ser considerados como fuentes no escritas. Es importante destacar que los principios del Derecho Comunitario son una construcción eminentemente jurisprudencial, encargándose de ello el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

#### *4.8.1) Fuentes originarias, complementarias y derivadas*

Las fuentes de Derecho Comunitario pueden ser clasificadas en originarias (o primarias), en complementarias y en derivadas (o secundarias).

*El Derecho Comunitario originario* está integrado por los tratados institucionales o comunitarios, ya clasificados, que son las convenciones fundadoras y reformadoras, sus protocolos y anexos y los tratados de adhesión de nuevos miembros. El *Derecho Comunitario complementario* está formado por los tratados celebrados por la Unión Europea con otros Estados u organizaciones internacionales en la condición de sujeto de Derecho Internacional. Por su parte, el Derecho Comunitario derivado consiste en los actos unilaterales emanados de las instituciones del bloque europeo, representados por: *reglamentos, directivas, resoluciones, recomendaciones y dictámenes*.

Tanto los Tratados fundadores (de París, de Roma y de Maastricht), como los tratados reformadores (de Ámsterdam, Acto Único Europeo, de Niza y de Lisboa) y los de adhesión son considerados fuentes primarias. Son también primarios los protocolos y anexos a dichos documentos.

Las fuentes originarias tienen aplicabilidad territorial dentro de los dominios de los Estados miembros y en ciertas líneas y territorios ultramarinos (como Madeira y las Islas Canarias). Son también aplicables a los territorios cuyas relaciones externas sean aseguradas por un Estado miembro (como Gibraltar y las Islas Aland).

Más allá del alcance territorial se debe prestar atención a la aplicabilidad temporal. Los documentos primarios se aplican en el momento de su entrada en vigencia, salvo si hubiese un período transitorio previsto en su cuerpo. Respecto del período de vigencia, los textos que sean de la esfera del Derecho Comunitario primario tienen, por regla general, una vigencia ilimitada.

Los tratados institucionales de la Unión Europea, tanto los fundadores como los reformadores, como ya se expuso, tienen como fundamento el Derecho Internacional Público porque sus procesos de elaboración y ratificación obedecen las normas de esa rama del Derecho. Aplicándose los artículos de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969.

En cuanto a las fuentes comunitarias complementarias, estas pueden ser comprendidas como los tratados o convenciones de Derecho Internacional que complementan las fuentes primarias. Son celebrados por el mismo bloque y se rigen por el Derecho Internacional.

El plazo de las convenciones complementarias y, como regla general, ilimitado en su propio texto, está previsto de forma expresa que pertenece al Tribunal de Justicia de la Unión Europea la competencia para interpretarlas.

Además de las fuentes originarias y de las complementarias, el Derecho Comunitario también se puede presentar de forma derivada, consistente en los actos provenientes de las instituciones comunitarias. En el curso del estudio específico de las fuentes derivadas se percibe que son normas que presentan diferencias, son heterogéneas en cuanto al alcance, la obligatoriedad, a los destinatarios y a la eficacia.

#### *4.8.2) Fuentes derivadas específicas*

Componen el Derecho Comunitario derivado: los reglamentos, las directivas, las resoluciones, las recomendaciones y los dictámenes.

#### *Reglamentos*

Es considerado una norma de alcance general, con efecto *erga omnes*, siendo obligatorio en todos sus elementos. Constituye fuente comunitaria derivada directamente aplicable en todos los Estados miembros, no habiendo necesidad de proceso de recepción u otro acto nacional que lo acepte expresamente, pues tiene aplicabilidad inmediata (sin necesidad de incorporación) y efecto directo (pueden ser alegados por los particulares ante el juez nacional). Los reglamentos poseen todas las características y principios antes estudiados sobre el Derecho Comunitario.<sup>626</sup>

Como leyes de la Unión, los reglamentos deben ser cumplidos totalmente por sus destinatarios (personas físicas y jurídicas, Estados e instituciones comunitarias). El reglamento pretende garantizar la aplicación uniforme del Derecho Comunitario, su publicación en el Diario de la Unión Europea implica la obligación de ser cumplido por la legislación nacional<sup>627</sup>. Las disposiciones de ejecución nacional no pueden modificar o completar el ámbito y la aplicabilidad de un reglamento.

Según Stelzer, los reglamentos son considerados los actos jurídicos más importantes en el sistema normativo comunitario “por medio de estos instrumentos jurídicos, las instituciones pueden intervenir eficazmente en los órdenes nacionales, en

---

626 “El Derecho Comunitario es la rama del Derecho que regula mecanismos de integración regional que alcanzaron una etapa de desarrollo más profunda y que es creado no solamente por los Estados sino también por los órganos del bloque regional, y se caracteriza por la aplicabilidad inmediata dentro de las entidades estatales y por la superioridad jerárquica en relación al Derecho interno de los Estados.” (PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. **Direito Internacional Público e Privado**: incluye nociones de derechos humanos y derecho comunitario. 2. ed. Salvador: Podivm, 2010, p. 763.)

627 “[...] Mediante de este tipo de acto jurídico se expresa el poder legislativo de la Unión” (DEL POZO, Carlos Molina. op. cit., p. 227)



virtud de sus tres principales características: carácter general, obligatoriedad y aplicabilidad directa.<sup>628</sup>

#### *4.8.3) Directivas*

Como segunda fuente derivada existen las directivas. Se trata de un acto jurídico vinculante para cualquier Estado miembro al cual se dirija. Sin embargo, queda a criterio de las autoridades nacionales las formas y los medios de lograr el objetivo definido.

Las directivas se pueden destinar a uno o a todos los Estados integrantes del bloque. Para que produzca efectos en el ámbito de cada Estado, es necesario que el legislador nacional promulgue un acto de trasposición por medio del cual el derecho interno sea adaptado a los objetivos fijados en la directiva.

El ciudadano europeo solamente adquiere derechos y deberes cuando se dicta un acto interno que transpone la directiva al Derecho nacional. La transposición es obligatoria dentro del plazo fijado en la propia directiva. Al incorporar directivas los Estados miembros tienen que elegir las formas más adecuadas de garantizar la eficacia práctica del Derecho Comunitario derivado.

Por causa de la supranacionalidad de los órganos de los cuales emanan las directivas y considerando la primacía del Derecho de la Unión, la legislación que transpones las directivas de la Unión Europea no se puede modificar posteriormente en el sentido de contrariar sus objetivos, lo que se denomina efecto de bloqueo. Inicialmente las directivas no son directamente aplicables (no tienen efecto directo), pero el Tribunal

---

<sup>628</sup> STELZER, Joana. op cit. p. 105.

de Justicia de la Unión Europea ya se manifestó en el sentido de que las disposiciones singulares de una directiva pueden ser, siempre que sea de forma excepcional, directamente aplicables en un Estado miembro, es decir, sin que se requiera el acto de transposición.

Esta situación excepcional solamente se produce con o cumplimiento de las siguientes condiciones: a) debe haber expirado o plazo sin la realización del acto de transposición o, habiendo realizado el acto, el mismo no se hizo correctamente; b) las disposiciones de la directiva deben ser imperativas y suficientemente pormenorizadas; y c) las disposiciones de la directiva deben otorgar Derechos a los individuos. Si están presentes tales condiciones, los particulares pueden invocar disposiciones contenidas en la directiva contra todos los órganos investidos de poder de Estado<sup>629</sup>.

Según jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea<sup>630</sup> los ciudadanos pueden requerir una reparación de un Estado miembro que no haya elaborado un acto de transposición de una directiva o lo hizo de manera insuficiente. Sin embargo, para la proposición de dicha acción reparadora también existen requisitos que se debe cumplir, a saber: a) la directiva debe tener como objetivo la concesión de Derechos a los particulares; b) el contenido de los Derechos debe fundarse en la propia directiva; y c) debe, por último, haber un nexo de causalidad entre la violación de la obligación que incumbe al Estado y el perjuicio causado al requirente/damnificado<sup>631</sup>.

---

629 Sentencia del TJCE del 22 de junio de 1989, expediente 103/88, Fratelli Constanzo, Coletânea 183, considerando 31.

630 Expediente Francovich, Coletânea 1991, I-5357 siguientes.

631 Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas Brasserie du Pêcheur/Factortame sentencia del 5 de marzo de 1966, expedientes 46/93 y 48/93, Coletânea.

#### 4.8.4) Resoluciones

Además de reglamentos y directivas, coexisten en el escenario comunitario las resoluciones. La resolución es un acto vinculante en todos sus elementos pero solamente para los destinatarios indicados en la misma, no tiene el carácter general de los reglamentos. ¿Quién puede ser destinatario de una resolución? Los Estados miembros y las personas físicas y jurídicas.

La resolución tiene por finalidad disciplinar determinadas cuestiones relativas a los destinatarios específicos. Nótese que la especificidad resguardo tanto al tema tratado como a los agentes afectados.

Tal como las directivas, las resoluciones pueden incluir la obligación de un Estado miembro de conferir a los particulares una posición jurídica más favorable. En este caso – en la misma línea de lo explicado sobre las directivas– es necesario, para justificar los Derechos del individuo, un acto de transposición. Las resoluciones pueden, bajo las mismas condiciones de las disposiciones de las directivas, ser directamente aplicadas.

Por último, debemos aclarar que las resoluciones son publicadas en la sección “Información del Diario Oficial de la Unión Europea”. Para que entre en vigencia se deben notificar a las partes destinatarias.<sup>632</sup>

#### 4.8.5) Recomendaciones y dictámenes

---

632 Cf. Raúl Granillo Ocampo, op. cit. p. 266.

Como conclusión, debemos aclarar que hay actos unilaterales no vinculantes, que son las recomendaciones y los dictámenes, los cuales tienen naturaleza consultiva y función de orientar; sin crear como regla ningún derecho u obligación a los destinatarios.

#### *4.9) Sistema de Solución de Controversias*

La Unión adopta un sistema de solución de controversias supranacional de alcance regional. Se trata de un sistema verdaderamente judicial para la solución de sus litigios. El grado evolutivo del sistema judicial comunitario es tal que incluso los particulares poseen medios procesales para demandar ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

##### *4.9.1) Jurisdicción Comunitaria*

La existencia de un Tribunal de Justicia propio (con sede en Luxemburgo), con perfil supranacional y jurisdicción obligatoria, transforma al bloque europeo en un modelo tanto para el estudio del Derecho de la Integración como para el del Derecho Comunitario, y para las investigaciones de los demás sistemas de solución de controversias.

Los Estados no pueden recurrir a otros medios en caso de incumplimiento de los compromisos comunitarios, ni siquiera a su revisión y mucho menos a las represalias. El único medio que les queda para requerir el cumplimiento de un compromiso de Derecho Comunitario es la vía judicial. Esta regla vale para los conflictos entre los Estados miembros y entre estos y los órganos de la Unión Europea, que sólo pueden solucionarse definitivamente en términos jurídicos por el órgano jurisdiccional.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea puede dictar resoluciones durante la tramitación de sus procesos y, obviamente, en la conclusión de los mismos. El mismo

puede ordenar las medidas provisionales de naturaleza cautelar que considere necesarias y también decidir de forma definitiva.

Sus resoluciones son irrecurribles y tienen fuerza ejecutiva inmediata en los territorios de los Estados miembros, produciendo fuerza obligatoria desde el día en que se dictaron. Sus sentencias son autoaplicables, vinculando directamente a las partes.

Las resoluciones del Tribunal se traducen a los idiomas oficiales de la Unión Europea y se publican en la recopilación de jurisprudencia del TJUE. Sus manifestaciones son motivadas y redactadas en forma de lema, sin contener referencias bibliográficas e incluyendo las conclusiones del abogado general.

Los procesos ante el TJUE se desarrollan en dos etapas: una escrita y otra oral. A los procesos se les aplican los Principios del Inquisitorio, del Contradictorio y de la Publicidad. Los litigantes, como ya se ha dicho, no están sujetos al pago de las costas procesales sino solamente al pago de los gastos, pudiendo, inclusive, ser beneficiados por el instituto de la asistencia judicial.

De acuerdo con los estudios ya desarrollados sobre el marco institucional de la Unión Europea es sabido que el Tribunal de Justicia tiene la competencia jurisdiccional para las cuestiones de Derecho de la Unión, correspondiéndole garantizar el respeto al Derecho en la interpretación y la aplicación de los tratados europeos.

En el ámbito del Tribunal de Justicia de la Unión Europea funcionan también el Tribunal General y los Tribunales especializados.

#### *4.9.2) Legitimados*

¿Quiénes son los legitimados para demandar directamente al Tribunal de Justicia de la Unión Europea? Son: los 27 Estados miembros, las instituciones de la Unión Europea, las personas físicas y las personas jurídicas.

Cualquier persona singular o colectiva puede interponer ante el Tribunal recursos contra los actos de los que sea destinataria o que directa e individualmente se relacionen con la misma, así como también contra los actos reglamentarios que la afecten directamente. Aunque los particulares tengan legitimidad para proponer acciones en el sistema judicial comunitario, es claramente perceptible que no cuentan con la misma capacidad de los Estados y de las instituciones porque deben cumplir un requisito fundamental: ser destinatarios de un acto o que, directa e individualmente, se relacionen con los mismos.

Cualquier controversia entre los Estados Partes de la Unión Europea, entre órganos de la comunidad o entre aquellos y estos debe adecuarse al sistema judicial, no existiendo la posibilidad de recurrir a una solución arbitral. Es aquí donde se encuentra el monopolio del ejercicio de la función jurisdiccional, ahora, a nivel comunitario.

Las normas para la aplicación de las fuentes comunitarias difieren del tradicional sistema de Derecho Internacional Público, que requiere un proceso de aceptación, un éter procedimental de aceptabilidad, aquí el efecto es directo, la resolución del tribunal debe ser inmediata, sin necesidad de recepción, de homologación, de referéndum ni de ratificación, como ocurre con las sentencias extranjeras y con los tratados internacionales.

Como ya es sabido, rige en el tribunal comunitario una amplia accesibilidad jurisdiccional, otra característica del desarrollo integracionista del bloque.

#### 4.9.3) *Acciones judiciales comunitarias*

El sistema judicial europeo funciona por medio de acciones de competencia exclusiva del Tribunal de Justicia, las cuales son de seis especies: acción de incumplimiento del tratado; acción de nulidad; recurso de abstención: acción de pérdidas y daños; acciones laborales; y reenvío prejudicial.

#### 4.9.4) *Acción por incumplimiento*

La acción por incumplimiento se puede promover en caso de incumplimiento de una fuente del Derecho Comunitario, que resulta de una conducta por comisión u omisión de los Estados miembros. Al referirse a “Estados miembros” se debe entender como la acción u omisión violadora procedente del conjunto de los órganos que componen los Poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial.

No sólo el desprecio de los Estados por los tratados comunitarios sino también la violación de otras fuentes pueden dar motivo a la acción por incumplimiento, como por ejemplo: de los reglamentos, directivas, resoluciones y otros actos vinculados; de los principios esenciales del orden comunitario; de las resoluciones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea; de las disposiciones de los tratados concluidos por la Comunidad con terceros países; y de cualquier norma derivada de las distintas fuentes del Derecho Comunitario.<sup>633</sup>

---

633 CAMPOS, J. M. op cit, p. 327.

Pueden promover la presente acción los Estados y la Comisión Europea<sup>634</sup>. Sin embargo, solamente los Estados pueden ser demandados. En caso de incumplimiento de la sentencia en una acción de incumplimiento existe la posibilidad de imponer una sanción conminatoria, que consiste en sistema de ejecución propio de la Unión Europea creado por el Tratado de Maastricht.

La Comisión es la institución que más acciones de esta primera especie promueve, contando con un procedimiento propio en caso de constatar el incumplimiento por parte de los Estados miembros de cualquier obligación creada por los tratados comunitarios.

Si la Comisión considera que un Estado no cumplió ninguna de las obligaciones que le incumben en virtud de los tratados, deberá formular un dictamen sobre el tema. Sin embargo, a dicho dictamen lo precederán observaciones presentadas por el Estado supuestamente negligente.

Constatado el incumplimiento, la Comisión, en su dictamen, aconsejará al Estado a cumplir con la obligación en cuestión. Ante la hipótesis de persistir la inactividad del país, la Comisión podrá promover una acción de incumplimiento ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

É de naturaleza discrecional la decisión de la Comisión de instaurar la acción por incumplimiento:

“La Comisión puede recurrir al Tribunal – sin ser obligada a ello – porque aun cuando se considera que un Estado viola las reglas comunitarias, es lícito admitir que las razones dadas por el Estado acusado,

---

634 La Comisión con sede en Bruselas es la más activa de los legitimados en el ámbito del sistema judicial de solución de controversias de la Unión Europea. Con respecto a los legitimados de la acción por incumplimiento, los particulares solamente podrán hacer uso de esta acción por medio de la Comisión, que, en este caso, deberá ser promovida por aquellos.



a pesar de que no basten para justificar jurídicamente a su conducta, son suficientes para desalentar la instauración de una acción.<sup>635</sup>

Además de la Comisión, también tienen legitimidad activa para promover la demanda de incumplimiento los Estados miembros, siempre que estos comprueben que otro miembro no cumplió ninguna de las obligaciones establecidas en los tratados. Sin embargo, antes de que el Estado proceda contra otro, con fundamento en un supuesto incumplimiento de obligaciones, debe someter el tema a la previa consideración de la Comisión. En esta situación, la Comisión formulará un dictamen<sup>636</sup> también fundamentado. El dictamen, tal como se expuso anteriormente, deberá estar precedido de observaciones (escritas u orales) de los Estados involucrados (es procedimiento contradictorio).

Esa es entonces la acción de incumplimiento que, por cierto, no es la única, también existe la acción de nulidad.

#### *4.9.5) Acción de Nulidad*

La acción de nulidad puede promoverse contra actos de las instituciones de la Unión Europea, en caso de contrariar los tratados comunitarios. Los legitimados para promoverla son los Estados miembros, las instituciones de la Unión Europea y los particulares (personas físicas o jurídicas).

---

635 CAMPOS, João Mota de. op. cit., p. 335.

636 Si la Comisión no hubiera formulado un dictamen en el plazo de tres meses a contar desde la fecha del pedido, la falta de dictamen no impide el recurso del Estado miembro al Tribunal.

El acto objeto de la acción de nulidad será declarado nulo en caso de incompetencia del órgano emisor, en la hipótesis de omisión de formalidad esencial o de violación de norma del Derecho de la Unión o, inclusive, si se comprobara desvío de poder.

#### *4.9.6) Recurso de abstención*

El corolario de la acción de nulidad es el recurso de abstención. Este recurso presupone que un órgano de la Unión Europea deje de cumplir una obligación específica, a pesar de haberle sido expresamente requerida. El recurso de abstención tiene mucha importancia en virtud de su naturaleza subsidiaria porque la negatoria de una institución de la comunidad será más fácilmente objeto de la acción de nulidad.

#### *4.9.7) Acción de daños y perjuicios*

Por su parte, la acción de daños y perjuicios se puede promover en caso de perjuicio causado por cualquier institución de la Unión Europea o sus agentes. Tienen legitimidad para promoverla cualquier particular. El Tribunal es extremadamente cauteloso al juzgar tales acciones y por causa de la debilidad de sus presupuestos, en pocas situaciones dichas acciones prosperaran.

#### *4.9.8) Acciones laborales*

Diferentemente de lo que ocurre en el MERCOSUR, en el que se creó un Tribunal administrativo específicamente para juzgar acciones laborales de sus pocos empleados, en el caso de la Unión Europea tal competencia le corresponde al Tribunal de Justicia europeo. En este caso, además de juzgar las acciones antes citadas, también deberá el órgano jurisdiccional comunitario considerar las demandas de naturaleza laboral de su propio plantel de empleados.

#### 4.9.9) *Reenvío prejudicial*

Por último, es necesario destacar el reenvío prejudicial, de suma importancia para la armonización y cohesión interpretativa de Derecho de la Unión.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea no puede ser considerado una instancia recursal para los Tribunales nacionales de los Estados miembros, no correspondiéndoles a estos, por consiguiente, modificar las resoluciones de aquel. Sin embargo, el mismo puede ser accionado por los órganos jurisdiccionales nacionales, a título prejudicial, para manifestarse sobre la interpretación del Derecho Comunitario o sobre la validez de los actos adoptados por las instituciones.

Como la interpretación de las fuentes comunitarias se puede dar de forma discrepante por los diferentes Tribunales nacionales, fue establecido en el ámbito de la Unión el proceso de reenvío prejudicial. En caso de duda en cuanto a la interpretación o a la validez de las normas de Derecho de la Unión Europea, los órganos jurisdiccionales nacionales pueden solicitar al Tribunal de Justicia de la Unión Europea que dicte una resolución a título prejudicial.

El reenvío consiste en el proceso de naturaleza consultiva. El TJUE informará su posición y en cuanto a la cuestión prejudicial auxiliando a los órganos nacionales en relación a la aplicación e interpretación del Derecho Comunitario. Sin embargo, la resolución a título prejudicial del Tribunal de Justicia, aunque derive de una consulta, tiene fuerza vinculante obligando a los Tribunales nacionales a cumplir su sentencia.

Una vez accionado o Tribunal de Justicia de la Unión Europea a los fines de que se manifieste en carácter prejudicial, el proceso principal que tramita en el ámbito nacional

se suspenderá. El procedimiento de reenvío es facultativo en los procesos en instancias inferiores y obligatorio cuando el trámite se realiza en la última instancia recursal.

#### 4.10) *Forma de toma de decisiones*

En razón de la complejidad del cuadro institucional de la Unión, el proceso para la toma de decisiones implica actos de diferentes instituciones con capacidad decisoria, mereciendo destacar a la Comisión Europea, al Parlamento Europeo y al Consejo de la Unión Europea. Existen otros órganos que también dictan actos unilaterales vinculantes, como el Banco Central Europeo.

Dentro de esa sistemática compleja de toma de decisiones es importante optimizar los mecanismos para reglamentar el funcionamiento del bloque. Esa reglamentación diaria de la Unión Europea se da por medio de los actos que componen el grupo de Derecho Comunitario derivado.

En principio cabe a la Comisión Europea proporcionar la nueva legislación, siendo el Parlamento y el Consejo quienes la adoptan. Sin embargo, dentro del Campo de competencias definido por los tratados comunitarios, existen hipótesis en que el Consejo puede actuar solo.

Los instrumentos jurídicos disciplinarios de la Unión son esencialmente las directivas y los reglamentos debido a sus peculiares características, ya enfatizadas anteriormente. En esa conjetura merece destacar el reglamento, que hace su carácter abstracto y su alcance *erga omnes*.

Todas las propuestas de la nueva legislación europea deben basarse en un artículo específico del tratado que es designado como la base jurídica de la propuesta y que determina el proceso legislativo que se debe seguir.

Existen básicamente tres principales procesos legislativos utilizados en el ámbito de la Unión Europea: el de consulta, el de dictamen favorable y el de codecisión.

Con respecto al proceso de consulta, este procedimiento es utilizado en áreas como la agricultura, la fiscal y la de competencia. Sobre la base de una propuesta de la Comisión, el Consejo de Consulta, el Parlamento, el Comité Económico y Social y el Comité de las Regiones (órganos de naturaleza consultiva).

En esa línea, en el proceso de consulta, el Parlamento puede aprobar la propuesta de la Comisión, rechazarla o solicitar la introducción de enmiendas. Si el Parlamento solicita la introducción de enmiendas, la Comisión analiza todas las modificaciones propuestas por el mismo. En caso de aceptación de las instrucciones la propuesta modificada vuelve a transmitirse al Consejo.

El Consejo examina la propuesta modificada y la adopta en los términos propuestos o vuelve a introducir enmiendas. En este proceso, como en los otros, el Consejo sólo puede introducir modificaciones en una propuesta de la Comisión mediante decisión unánime. Esta es la primera situación en que destacamos el uso del *quórum* de unanimidad, pues el mismo es utilizado con parsimonia por la Unión, se ve que la profundización de la integración no puede ser demasiado dificultosa.

Además del proceso de consulta, existe el sistema de dictamen favorable. El proceso de dictamen favorable implica que el Consejo tiene que lograr obligatoriamente

un dictamen favorable del Parlamento Europeo antes de poder tomar algunas decisiones. El dictamen, en esta situación, constituye la condición de validez de la decisión pretendida. Esta sistemática expone la interdependencia de las instituciones de la Unión Europea.

El presente proceso de dictamen favorable es idéntico al de consulta, excepto solamente por el hecho de que el Parlamento no puede introducir enmiendas. El Parlamento puede aceptar o rechazar el proyecto en su totalidad tal como es presentado. El dictamen favorable exige una aprobación del Parlamento por mayoría absoluta. Esta es la primera situación en que destacamos el uso de *quórum* de la mayoría, lo que es norma en la toma de decisiones en la Unión Europea.

Por último, existe el proceso legislativo de codecisión. En caso que el Consejo y el Parlamento no consigan llegar a un acuerdo sobre un texto legislativo propuesto, no habrá nueva legislación.

El procedimiento de codecisión prevé dos lecturas sucesivas en cada una de las instituciones. Si en esas lecturas se llega a un acuerdo, la legislación podrá ser aprobada. De lo contrario, deberá presentarse a un Comité de Conciliación compuesto por igual número de representantes del Consejo y del Parlamento. Cuando el Comité llega a un acuerdo sobre un texto, éste es nuevamente remitido al Parlamento y al Consejo para que finalmente puedan adoptarlo como un acto legislativo.

La mayor parte de la legislación sujeta a la codecisión es adoptada en la primera o segunda lectura dada la buena cooperación existente entre las tres instituciones.

El proceso de codecisión fue establecido por el Tratado de Maastricht, como se puede ver, el mismo permite al Parlamento Europeo adoptar actos conjuntamente con el

Consejo. En la práctica, este proceso reforzó la actividad legislativa del Parlamento, especialmente con relación a las siguientes áreas: libre circulación de los trabajadores, derecho de establecimiento, servicios, mercado interno, educación, salud, consumidores, redes transeuropeas, ambiente, cultura e investigación.

La toma de decisiones en la Unión Europea no se resume al estudio de los procesos legislativos sino a la definición del *quórum* que se deberá alcanzar para que determinado tema sea aprobado. Como ya hemos visto en el capítulo sobre la toma de decisiones en el MERCOSUR, este bloque adopta la unanimidad que, por cierto, parecería un obstáculo para profundizar la interacción en el Cono Sur. La Unión Europea tiene como norma el *quórum* de la mayoría, dejando la unanimidad para situaciones excepcionales, así, una decisión acatada por la mayoría deberá ser respetada por todos los miembros del bloque, hasta por el mismo Estado renuente, apartando, por lo tanto, la carga de subjetividad política que todavía impera en bloques intergubernamentales como el MERCOSUR.

La *unanimidad* es exigida, dentro de otras situaciones para constatar la violación grave y persistente por parte de un país miembro de algún principio fundamental de la Unión Europea. Esta decisión deberá ser aprobada por, como mínimo, un tercio de los Estados miembros. La armonización de legislaciones también puede ser implementada por medio de la unanimidad.

La libre circulación de trabajadores, el Derecho del libre establecimiento y de la libre competencia son temas definidos por resoluciones del Consejo, adoptándose la mayoría calificada.

Por su parte, la mayoría simple es comúnmente utilizada por el Parlamento Europeo con relación a las recomendaciones emitidas a los gobiernos de los Estados miembros acerca del cumplimiento de las normas comunitarias, de acuerdo con sus disposiciones constitucionales internas. Sin embargo, es necesario resaltar que las recomendaciones del Parlamento, por regla general, se adoptan por mayoría absoluta.

A los fines de aclarar las principales diferencias registradas entre el MERCOSUR y la Unión Europea haremos un breve y sucinto comentario sobre los puntos relevantes que merecen, a mi entender, ser destacados.

**1º) Principales fuentes primarias:** a) *MERCOSUR*: Tratado de Asunción y Protocolo de Ouro Preto; b) *Unión Europea*: Tratado de París (Comunidad Europea del Carbón y del Acero), Tratados de Roma (Comunidad Europea y Comunidad Europea de Energía Atómica), Acto Único Europeo, Tratado de Maastricht (o Tratado de la Unión Europea), Tratado de Ámsterdam, Tratado de Niza y Tratado de Lisboa;

**2º) Principales fuentes secundarias:** a) *MERCOSUR*: Decisiones, resolución y directrices; b) *Unión Europea*: Reglamentos, directivas, decisiones, recomendaciones y dictámenes;

**3º) Creación de los Bloques:** a) *MERCOSUR*: fue creado en 1991 por el Tratado de Asunción (o Tratado para la Constitución de un Mercado Común entre la República Argentina, la República Federativa de Brasil, la República de Paraguay y la República Oriental de Uruguay; b) *Unión Europea*: Surgió con el Tratado de París, firmado el 18 de abril de 1951. Pero la EU lo alcanzó a la base actual, Unión Económica y Monetaria, en 1993, con la entrada en vigencia del Tratado de la Unión Europea (o Tratado de Maastricht);



**4º) Instituciones de los Bloques:** a) *MERCOSUR*: Consejo del Mercado Común, Grupo Mercado Común, Comisión de Comercio del MERCOSUR, Comisión Parlamentaria Conjunta, Foro Consultivo Económico-Social y Secretaría Administrativa del MERCOSUR. Nota: la Comisión Parlamentaria Conjunta fue sustituida por el Parlamento del MERCOSUR; b) *Unión Europea*: Parlamento Europeo, Consejo Europeo, Consejo, Comisión Europea, Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Banco Central Europeo y Tribunal de Cuentas;

**5º) Etapa en el proceso de integración de acuerdo con la regla creada por Balassa:** a) *MERCOSUR*: Actualmente es considerado como una Unión Aduanera incompleta, con listas de excepción a la Arancel Externo Común (TEC); b) *Unión Europea*: Actualmente es considerada como una Unión Económica y Monetaria, con moneda propia;

**6º) Supranacional o Intergobernabilidad:** a) *MERCOSUR*: Intergobernabilidad; b) *Unión Europea*: Supranacional;

**7º) Derecho de Integración o Derecho Comunitario:** a) *MERCOSUR*: Derecho de Integración, es decir, no hay primacía del Derecho de Integración mediante las normas de Derecho Interno; b) *Unión Europea*: Derecho Comunitario, o Derecho de la Unión. Existencia de la primacía del Derecho Comunitario con relación a las normas nacionales;

**8º) Aplicabilidad inmediata y efecto directo:** a) *MERCOSUR*: las fuentes de Derecho de Integración no tienen aplicabilidad inmediata ni efecto directo. La incorporación de las normas obedece al proceso tradicional de celebración de los tratados internacionales. Lo que se adopta es la teoría de efecto indirecto; b) *Unión Europea*: la

principal característica de Derecho de la Unión consiste en la posibilidad de aplicación inmediata y de producción directa de efectos en el territorio de los Estados miembros;

**9º) Estados miembros:** a) *MERCOSUR*: miembros efectivos: Brasil, Paraguay, Uruguay, Argentina y Venezuela. Miembros asociados: Bolivia, Chile, Colombia, Ecuador y Perú. Observador: México; b) *Unión Europea*: miembros actuales: Alemana, Austria, Bélgica, Bulgaria, Chipre, Dinamarca, Eslovaquia, Eslovenia, España, Estonia, Finlandia, Francia, Grecia, Holanda, Hungría, Irlanda, Italia, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Malta, Polonia, Portugal, Reino Unido, República Checa, Rumania y Suecia (son 27 miembros);

**10º) Sistema de solución de controversias:** a) *MERCOSUR*: regulado por el Protocolo de Olivos de 2002. Se basaba en las negociaciones directas, en el arbitraje y en el Tribunal Permanente de Revisión; b) *Unión Europea*: sistema judicial monopolizado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Existen acciones judiciales que pueden ser propuestas ante este tribunal;

**11º) Moneda propia:** a) *MERCOSUR*: no posee moneda propia; b) *Unión Europea*: el EURO. La zona del euro abarca los siguientes países: Alemania, Francia, Italia, Bélgica, Holanda, Luxemburgo, Irlanda, España, Portugal, Austria, Finlandia, Grecia, Eslovenia, Chipre, Malta, Eslovaquia y Estonia (un total de 17);

## **5) La incorporación de los Tratados Internacionales en Derecho Interno.**

En este capítulo analizaremos cómo la doctrina y la jurisprudencia enfrentan la cuestión de la recepción de los tratados y convenciones internacionales en el ordenamiento jurídico interno brasileño. La cuestión que se manifiesta es de extrema

importancia y es por eso que más adelante trataremos la armonización de la legislación tributaria y su cumplimiento por parte de los países participantes del bloque del Mercosur.

No obstante ello, antes de entrar en el tema, vale la pena transcribir el pensamiento de Francisco Rezek<sup>637</sup> sobre el conflicto entre tratado y norma de Derecho Interno:

“[...] Debe recordarse, en primer lugar, que la primacía del derecho de gentes sobre el Derecho nacional del Estado soberano es aún hoy una propuesta doctrinaria. No existe, en el Derecho internacional positivo, una norma que garantice tal primacía. Descentralizada, la sociedad internacional contemporánea ve a cada uno de sus integrantes dictar, en lo que le concierne, las reglas de composición entre el Derecho internacional y el de producción doméstica. Resulta que para el Estado la Constitución nacional, vértice del ordenamiento jurídico, es la que determina la magnitud de una norma expresada en un tratado. Difícilmente una de esas leyes fundamentales despreciaría, en este momento histórico, el ideal de seguridad y estabilidad del orden jurídico a tal punto de subirse, a sí misma, al producto normativo de los compromisos exteriores del Estado. De esta manera, enfrentada la primacía de la Constitución con la norma *pacta sunt servanda*, es común que se preserve la autoridad de la ley fundamental del Estado, aun cuando ello signifique la práctica de un ilícito por el cual, en el plano externo, aquel debe responder.”

### 5.1) *Las teorías monista y dualista.*

La cuestión de la incorporación de los tratados al ordenamiento jurídico interno es un tema bastante polémico y controvertido, se presentan fundamentalmente dos teorías, la monista y la dualista. Son dos corrientes doctrinarias que tienen por objetivo explicar la prevalencia del Derecho Interno (aquel constituido por el conjunto normativo vigente dentro de los límites territoriales de un determinado Estado) o del Derecho Internacional (compuesto por convenciones y tratados celebrados entre dos o más Estados

---

637 Op. cit., pp. 126-127.

independientes con el propósito de surtir el efecto jurídico ansiado para ambos), cuando se produce un conflicto normativo entre los dos ámbitos de actuación.

### 5.1.1) *Monismo*

El monismo presupone que el Derecho Internacional y el Derecho Interno son elementos de un único orden jurídico y, de esta forma, habría una norma jerárquicamente superior que regiría este único ordenamiento. En realidad, esta Teoría defiende el criterio de un único orden jurídico y presenta dos variables de comprensión y aceptación ante la comunidad jurídica.

La primera defiende al monismo con primacía en el Derecho Interno y tiene sus raíces arraigadas en el *Hegelianismo*,<sup>638</sup> que considera la supremacía absoluta del Estado, de forma tal que no puede estar sujeto a ningún sistema jurídico que no emane de su propia voluntad, creado por sus propios medios y que solamente sea posible concebirlo a través de su propio sistema legislativo vigente, so pena de perder la validez y eficacia que se espera de un instrumento normativo.<sup>639</sup>

La segunda teoría, la del monismo, adopta la preponderancia del Derecho Internacional y fue *desarrollada por la Escuela de Viena*, cuyo principal exponente fue el austríaco Hans Kelsen<sup>640</sup> y por el cual se admite que el vértice de la pirámide de normas

---

638 GRUPENMACHER, Betina Treiger. 1999. **Tratados Internacionais em Matéria Tributária e Ordem Interna**. São Paulo: Dialética, p. 67.

639 En esta misma concepción la doctrina denomina *Nacionalista o Moderada*: ésta tiene una prioridad en el Derecho Interno, con características del Hegelianismo, determinando que vale siempre la norma *interna* en un caso de conflicto entre una norma interna y una norma internacional. El Estado se caracteriza como una soberanía absoluta, y la ley a regir debe ser exclusivamente creada por su poder legislativo.

640 Cf. Betina Treiger Grupenmacher. Op. cit., p. 67.

vigentes en un Estado admite la existencia de una norma superior (“grundnorm”), cuyo origen se encuentra en un principio jurídico superior de orden internacional y consuetudinario con naturaleza *pacta sunt servanda*<sup>641</sup>, proveniente de un Derecho Internacional que organiza las relaciones entre los Estados <sup>642</sup>.

De acuerdo con lo indicado respecto del monismo nacionalista, el mismo tuvo como principal nombre el de Hegel, y ya a nivel internacional se destaca Hans Kelsen, un austríaco que fue el principal nombre en el desarrollo de la teoría en la Escuela de Viena, inmediatamente después de la Segunda Guerra Mundial. El monismo internacional se creó basado en la teoría de Kelsen, quien realizó una pirámide de leyes. En su pirámide, el vértice está formado por una norma fundamental, clasificada inclusive por encima de los Estados, un principio jurídico superior al Derecho Internacional. La norma fundamental tiene la función de regir las relaciones entre los Estados y su naturaleza corresponde a la *Pacta Sunt Servanda*, por lo cual los compromisos están hechos para cumplirse.

### 5.1.2) Dualista

---

641 PACTA SUNT SERVANDA es el Principio de Fuerza Obligatoria según el cual el contrato obliga a las partes en los límites de la ley. Es una norma que trata sobre la vinculación de las partes al contrato, como si la norma legal rozara la inmutabilidad. La expresión significa “los pactos deben ser cumplidos”.

“Art. 26, y de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales, firmada en Viena el 21 de marzo de 1986, art. 26, que todavía no está vigente.”

642 En este mismo sentido, en la doctrina encontramos la siguiente clasificación: *Internacionalista o Radical*. Las normas jurídicas deben ser vistas como absolutas, sobreponiéndolas sobre las normas internas e incluso sobre la soberanía nacional, donde siempre vale la norma *internacional* en caso de conflicto entre las normas interna e internacional.

En oposición a la teoría monista se encuentra la teoría dualista. Esta última conceptualizada como el Derecho internacional y nacional. Se trata de dos ordenamientos jurídicos autónomos y distintos. Cada uno de los sistemas no debe entrar en conflicto entre sí. El Derecho nacional es responsable de los ciudadanos el cual a un Estado, diferentemente del Derecho internacional que es responsable de la relación entre los Estados.

Otro factor esencial para esta divergencia es el hecho de que el Derecho Internacional se trata de un acuerdo entre diversos Estados e interpretan la voluntad de todos de querer elaborar una ley, y no un acuerdo interno sólo de voluntad unilateral. Y un poder interno del Estado es quien elabora una ley que tendrá vigencia. Se puede decir entonces que los Derechos Internos terminan cuando comienzan los Derechos Internacionales.

Así como en el Monismo, también se puede dividir al Dualismo en Dualismo Radical y Dualismo Moderado. El Dualismo Radical implica la creación de Leyes internas para aplicar leyes del Derecho Internacional, le corresponde al Jefe de Estado evaluar dichas normas y promulgar decretos para dar validez a las mismas dentro del territorio nacional. Para este Dualismo no es necesario que dichas normas pasen por el Poder Legislativo. En el Dualismo Moderado, al contrario del Radical, no es necesario transformar las leyes internacionales en leyes nacionales, en este caso las normas creadas en tratados deben pasar por el poder Legislativo antes de ser aceptadas por el Jefe de Estado.

Es importante destacar que parte de la doctrina entiende que en los días actuales la discusión sobre ambas doctrinas perdió sentido, por diversos motivos, entre ellos, la

dinámica que implica las relaciones internacionales en este final de siglo y comienzo del nuevo milenio. Lo que en realidad ocurre es la muerte, no de las doctrinas pero sí, por lo menos, de las discusiones que las rodea. Porque es muy claro para todos, incluso se puede afirmar unánimemente, que es la Constitución de cada Estado la que determinará las reglas para la incorporación de los tratados internacionales del Derecho interno.

En esa misma línea es la postura de Magalhães: por eso perdió sentido la antigua polémica sobre dualismo y monismo... Tal polémica, en realidad, se puede considerar superada ya que la cuestión se limita al análisis de la Constitución del país y de los mecanismos por adoptados por la misma para la celebración y ratificación de los tratados. Se trata, entonces, de materia constitucional más que de internacional, debiéndose siempre examinar la Constitución para comprobar la constitucionalidad de un tratado y, de esta manera, su regularidad ante el orden interno.

Aunque no es suficiente comprobar la constitucionalidad de un tratado, también se debe tener en cuenta la compatibilidad de la propia Constitución con las normas necesarias de Derecho Internacional, de aplicación general y de cumplimiento compulsivo por todos los Estados, por expresar valores permanentes de la comunidad internacional. Entre estos se encuentran los que se refieren al respeto a los Derechos Humanos que prevalecen sobre eventuales valores de comunidades nacionales que contraríen a los mismos, como se puede ver a continuación.<sup>643</sup>

---

643 MAGALHÃES, José Carlos de. **O Supremo Tribunal Federal e o Direito Internacional: uma análise crítica.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2.000, p. 18.

El conocimiento de las teorías *dualista* y *monista* es de extrema importancia para que se sepa si un Estado puede o no conjurar su ordenamiento jurídico interno con la finalidad de evitar el cumplimiento de lo que ha sido acordado internacionalmente.

### 5.2) *La postura de la doctrina nacional*

En la Constitución Federal de 1988 resurgieron dos dispositivos – relacionados con el poder de celebrar tratados e incorporar los mismos al derecho interno –, que causan hasta la actualidad enormes insatisfacciones entre los constitucionalistas patrios, que son los artículos 49, inciso I, y 84, inciso VIII.

Para Flávia Piovesan, se confirma la colaboración entre el Poder Ejecutivo y el Legislativo en la celebración de tratados internacionales que no se perfecciona mientras la voluntad del Poder Ejecutivo, manifiesta por el Presidente de la República, no se sume a la voluntad del Congreso Nacional. Por consiguiente, los tratados internacionales requieren, para su perfeccionamiento, un acto complejo donde se integren la voluntad del Presidente de la República, que lo celebra, y la del Congreso Nacional, que lo aprueba, mediante decreto legislativo. Se destaca que, considerando los antecedentes de las Constituciones anteriores, se constata que, en el Derecho brasileño, la combinación de voluntades entre los Poderes Ejecutivo y Legislativo siempre resulta necesaria para la celebración de tratados internacionales.<sup>644</sup>

Sin embargo, la discusión no reside únicamente en los preceptos presentados por los dispositivos constitucionales antes citados sino también en la cuestión de la

---

644 GOMES, Luiz Flávio, PIOVESAN, Flávia. **O Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos e o Direito Brasileiro**. São Paulo: RT, 2000, p. 157.



aplicabilidad de los tratados internacionales. Principalmente, los tratados que tratan sobre Derechos y garantías fundamentales y Derechos humanos. Correspondiendo, por decirlo así, un análisis de los (art. 4º, inciso II, y art. 5º, §1º y §2º) dispositivos constitucionales referentes.

Es importante recordar que en la Constitución Federal, *no se menciona expresamente a ninguna de las corrientes, ya sea la monista o la dualista. Por eso resulta controvertida la respuesta a la sistemática de incorporación de los tratados – si la Carta de 1988 adoptó la incorporación automática o no automática....* "La doctrina predominante es en el sentido de que, en virtud del vacío y silencio constitucional, Brasil adopta la corriente dualista, por la cual hay dos órdenes jurídicos distintos: el orden interno y el orden internacional. Para que el tratado ratificado produzca efectos en el ordenamiento jurídico interno, resulta necesario dictar un acto normativo nacional. En el caso brasileño, este acto ha sido un decreto de ejecución, expedido por el Presidente de la República, con la finalidad de conferir ejecución y cumplimiento al tratado ratificado en el ámbito interno".<sup>645</sup>

Según Gerson de Britto Mello Boson<sup>646</sup>:

---

645 14. La autora patria dirá que, "aunque ésta sea la doctrina predominante, este trabajo sostiene que tal interpretación no se aplica a los tratados de derechos humanos que, por disposición del art. 5º, §2º, tienen aplicación inmediata. Es decir, ante el principio de la aplicabilidad inmediata de las normas que definen el derecho y las garantías fundamentales, los tratados de derechos humanos, una vez ratificados, deben transmitir efectos en el orden jurídico internacional e interno, prescindiéndose del dictado de un decreto de ejecución. En el caso de los tratados tradicionales, es requerido dicho decreto teniendo en cuenta el silencio constitucional acerca del tema (PIOVESAN, F. Op. cit., p. 158-59).

646 Gerson de Britto *apud* Betina Treiger Grupenmacher. Op. cit., p.89.

“[...] Sin embargo, reafirmamos nuestro criterio de que no se trata de la supremacía del Derecho Internacional sobre el Derecho interno (internacionalismo) porque esto es adolescencia jurídica. Se trata de la integración de la normatividad de dos sistemas, el interno y el internacional, como consecuencia de la constitucionalización del Derecho de gentes y, en consecuencia, la internacionalización del Derecho constitucional de los Estados, miembros de la sociedad internacional, en sus normas esenciales, como mejor veremos en próximos capítulos de este trabajo.”

Así, ante la total falta de un dispositivo constitucional que determine una jerarquía superior de la norma convencional sobre la interna, deberá ser requerida la modificación del texto constitucional para que en el mismo se incluya un dispositivo que prevea que los tratados son recibidos "como tal" en el orden nacional y que poseen una jerarquía superior en virtud del ordenamiento interno.<sup>647</sup>

### *5.3) La postura del Supremo Tribunal Federal – STF y los Tratados Internacionales*

#### *5.3.1) Postura del STF anterior al año 1977*

Anteriormente al año 1977, la postura del Supremo Tribunal Federal era en el sentido de la primacía del tratado internacional ante un conflicto con el orden jurídico interno. Esta postura era tan predominante que Philadelpho Azevedo, entonces Ministro de la Honorable Corte, publicó, en 1945, un comentario en el que demostraba la convicción unánime de la Suprema Corte, en aquella época, con respecto a la prevalencia de los tratados internacionales sobre el Derecho interno infraconstitucional<sup>648</sup>.

José Carlos Magalhães formula con astucia el razonamiento que llevó a la corte a decidir sobre este hecho:

---

647 GRUPENMACHER, Betina Treiger. **Tratados Internacionais em Matéria Tributária e Ordem Interna**. São Paulo: Dialética, 1999, p. 75.

648 MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Direito Internacional: Tratados e Direitos Humanos Fundamentais na Ordem Jurídica Brasileira**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2001, p. 131.

"es el de que el proceso legislativo brasileño está previsto en la Constitución de la República, no constatándose el tratado ni ninguna indicación de una eventual posición jerárquica sobre la ley ordinaria. La única excepción es la establecida por el Código Tributario Nacional, que confiere superioridad al tratado sobre la ley y que prevalece por tratarse de ley complementaria a la Constitución. De esta forma, si el tratado revoca la ley por ser posterior a la misma, la ley también lo revoca, independientemente de que el país continúe obligado a cumplirlo en el ámbito internacional, por no haberlo denunciado".<sup>649</sup>

### 5.3.2) *Postura actual del STF: después del RE 80.004-SE (1977)*

Como se ve, el RE 80.004-SE<sup>650</sup> (Rel. Min. Cunha Peixoto, juzgado el 1º/06/1977), fue el *leading case* que modificó el punto de vista anterior del STF.

Vale la pena transcribir el ejemplo de Rezek<sup>651</sup> justificando la decisión mencionada precedentemente:

"[...] en el juzgamiento del Recurso Extraordinario nº 80.004, quedó asentada, por mayoría, la teoría de que, ante la realidad del conflicto entre tratado y ley posterior, ésta, por ser la última expresión de la voluntad del legislador republicano, debe prevalecer garantizada por la Justicia – a pesar de las consecuencias del incumplimiento del tratado en el plano internacional. Las voces mayoritarias admitieron que, ausente en la Constitución de Brasil la garantía de privilegio jerárquico del tratado internacional sobre las leyes del Congreso, era inevitable que la Justicia debiera garantizar la superioridad de la más recientes de las normas como expresión de su estatura jurídica".

---

649 MAGALHÃES, J. C. Op. cit., p. 58.

650 RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 80.004 – SE  
(Tribunal Pleno)

Relator para la sentencia: Ministro Cunha Peixoto.

Recurrente: Belmiro da Silveira Góes.

Apelado: Sebastião Leão Trindade

Convención de Ginebra – Ley Uniforme sobre Letras de Cambio y Pagarés – Aval sobre el Pagaré no registrado en el plazo legal – Imposibilidad de ser accionado el garante, ni siquiera por las vías ordinarias. Validez del Decreto-ley nº 427, del 22.01.1969. Aunque la Convención de Ginebra que previó una ley uniforme sobre letras de cambio y pagarés sea aplicable en el derecho interno brasileño, no prevalece sobre las leyes del país, de ahí deriva la constitucionalidad y subsiguiente validez del Decreto-ley nº 427/1969, que instituyó el registro obligatorio del Pagaré en el la División de Economía, so pena de nulidad del título. Siendo el aval un instituto del derecho cambiario, el mismo será inexistente si se reconoce la nulidad del título cambiario sobre el que fue puesto. Recurso extraordinario conocido y proveído.

651 REZEK, José Francisco. **Curso de Direito Internacional Público**. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 106.

Por consiguiente, desde entonces, el STF ha adoptado el sistema paritario o monismo nacionalista moderado, según el cual los tratados y las convenciones internacionales tienen *status* de ley ordinaria con el empleo del criterio cronológico – i.e., de la regla *lex posterior derogat priori*. En tal sentido, vale la pena transcribir otra vez la doctrina de Francisco Rezek sobre el tema<sup>652</sup>:

"Desde septiembre de 1975 a junio de 1977 se extendió en el plenario del Supremo Tribunal Federal, el juzgamiento del Recurso Extraordinario 80.004<sup>653</sup>, en que se asentaba, por mayoría, la teoría de que, ante la realidad del conflicto entre el tratado y la ley posterior, ésta, por ser la última expresión de la voluntad del legislador republicano debe prevalecer garantizada por la Justicia – a pesar de las consecuencias del incumplimiento del tratado en el plano internacional.

[...]

Las voces mayoritarias admitieron que, ausente en la Constitución de Brasil la garantía de privilegio jerárquico del tratado internacional sobre las leyes del Congreso, era inevitable que la Justicia debiera garantizar la superioridad de la más recientes de las normas como expresión de su estatura jurídica”.

Conviene señalar que el Supremo Tribunal continúa actualmente con ese mismo criterio. Según se verificó en la ADIn 1.480-3/DF, Rel. Min. Celso de Mello (j. el 04/09/1997), que tenía por objeto la Convención nº 158 de la OIT, El STF en pleno resolvió que todos los tratados internacionales están subordinados a la CF, que tiene una ilimitada precedencia jerárquica sobre los mismos. Existe, por consiguiente, una relación de paridad normativa entre la ley ordinaria y los tratados. Ante un eventual conflicto entre

---

652Ídem, *Ibidem*, p. 106-107.

653 No debe olvidarse que este caso se trataba de un conflicto involucrando a la Ley Uniforme de Ginebra sobre Letras de Cambio y Pagarés, que entró en vigencia con el Decreto nº 57.663 de 1966, y una ley interna posterior, el Decreto-ley nº 427/69. El conflicto se relacionaba con la obligatoriedad o no de la existencia del aval puesto sobre el pagaré – un requerimiento formal para la validez del título que no constaba en el texto internacional. Prevaleció, al final del juzgamiento, el Decreto-ley nº 427/69, valiéndose el STF de la regla *lex posterior derogat prior*.

leyes y tratados, se debe utilizar el criterio cronológico (*lex posterior derogat priori*) o, en caso de que corresponda, el criterio de la especialidad (*lex specialis derogat generalis*).<sup>654</sup> Por lo tanto, para el STF, después de 1977, su postura es la de que todos los tratados se recibirán como ley ordinaria, postura seguida por el STJ.

Sin embargo, esto acarrea un problema, es el hecho de que el incumplimiento del tratado, con protección del STF, implica para el Estado, en el plano internacional, una falta de respeto y de desconsideración con relación a los acuerdos firmados voluntariamente con los Demás Estados firmantes. Al respecto Flávia Piovesan<sup>655</sup> afirma:

"Se cree que el criterio establecido a partir del juzgamiento del Recurso Extraordinario 80.004 presenta un aspecto crítico, que es su indiferencia a las consecuencias del incumplimiento del tratado en el plano internacional, en la medida en que autoriza al Estado parte a violar dispositivos del orden internacional – los cuales se comprometió a cumplir de buena fe. Asimismo, esta postura se enfrenta a lo dispuesto por el art. 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, que determina que el Estado parte no puede invocar posteriormente disposiciones de Derecho interno como justificación para el incumplimiento de tratado. Tal dispositivo reitera la importancia, en la esfera internacional, del principio de la buena fe por el cual le corresponde al Estado conferir cumplimiento a las disposiciones de tratado con el que consintió libremente. Ahora bien, si el Estado en el libre y pleno ejercicio de su soberanía ratifica un tratado, no puede posteriormente obstar su cumplimiento. Además, el término de un tratado está sometido a la materia de la denuncia, acto unilateral del Estado por el cual manifiesta su deseo de dejar de formar parte de un tratado. Es decir, en virtud del régimen de Derecho Internacional, solamente el acto de la denuncia implica que el Estado se aparte de determinado tratado internacional. Así, en la hipótesis de la inexistencia del acto de la denuncia, persiste la responsabilidad del Estado en el orden internacional."

Además, si el Congreso Nacional da su consentimiento al contenido del compromiso firmado, es porque implícitamente reconoce que, ratificado el acuerdo, el mismo está impedido de sancionar normas posteriores que lo contradigan. Es la teoría del *venire*

---

654 Otros precedentes interesantes en que el STF en pleno corroboró la paridad normativa entre leyes ordinarias y tratados internacionales son la Ext. 662-2/Perú, juzgada el 28/11/1996, y la ADIn 1.347-DF, juzgada el 05/09/1995, ambas relacionadas por el Min. Celso de Mello.

655 PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 1997, p. 83-84.

*contra factum proprium non valet*, plenamente aplicable en este tema, según la cual no se puede ir en contra de un hecho practicado por sí mismo, so pena de práctica de mala fe internacional.

Para finalizar, podemos concluir que el RE 80.004-SE (Rel. Min. Cunha Peixoto, juzgado el 1º/06/1977), ha sido el *leading case* que modificó el punto de vista anterior del STF. Desde ese momento, el Honorable Tribunal haya adoptado el sistema paritario o monismo nacionalista moderado, según el cual los tratados y las convenciones internacionales poseen *status* de ley ordinaria, debiendo los conflictos entre ambos resolverse mediante el criterio cronológico combinado con el de la especialidad (*lex posterior generalis non derogat legi priori speciali*), es decir, la norma de carácter especial, aunque sea más antigua, prevalece sobre la norma de carácter general.

Sin embargo, como ya se ha comentado, la paridad normativa instaurada después del juzgamiento del RE 80.004-SE se funda en las consecuencias nocivas que el incumplimiento del tratado, con el consentimiento del STF, implica para el Estado en el plano internacional, demostrando una falta de respeto y de desconsideración con relación a los acuerdos firmados voluntariamente con los demás Estados firmantes. Además, si el Congreso Nacional da su consentimiento al contenido del compromiso firmado, es porque implícitamente reconoce que, ratificado el acuerdo, el mismo está impedido de sancionar normas posteriores que lo contradigan.

## **CAPÍTULO – II: Federalismo Tributario y la Armonización de la legislación tributaria**

### **6) Federalismo**

En el ámbito de los Estados modernos la administración de la cosa pública adquirió límites de extrema complejidad, que condujo al surgimiento de las diversas formas de la organización del poder y del reparto de las atribuciones entre las entidades regionales, dotándolas de mayor o de menor grado de autonomía. En este contexto, el federalismo se encuentra entre los sistemas más desarrollados, siendo considerado por los estudiosos de la Teoría del Estado uno de los más adecuados para los países de grandes dimensiones territoriales, como es el caso de Brasil.

El federalismo fiscal presupone una repartición de competencias tributario-fiscales, una distribución ecuánime y proporcional de los ingresos y equilibrio entre las competencias, atribuciones e ingresos delimitados constitucionalmente. Explicándolo mejor, la principal característica del federalismo – es la división de poder entre las entidades autónomas. Sin embargo, este hecho propicia el surgimiento de delicadas e intrincadas cuestiones<sup>656</sup>. Por ejemplo, cómo repartir de forma adecuada las competencias legislativas y ejecutivas (materiales) y – principalmente – como costear las actividades exigidas para el desempeño de las atribuciones correspondientes a tal repartición? Las respuestas a estas cuestiones<sup>657</sup>, en el ámbito del Estado Democrático de Derecho, se deberán encontrar necesariamente en la Constitución, que es el pacto fundante del orden

---

656 Ricardo Lobo Torres reconhece que “a multiplicidade de aspectos do sistema tributário, com a necessidade de coerência e de harmonia entre os diversos subsistemas, é que torna tão problemática as reformas fiscais e as revisões da Constituição tributária. Combinar a maior racionalidade econômica possível, característica de um bom sistema tributário nacional ou internacional, com a maior autonomia dos entes públicos titulares da competência impositiva, marca de um sólido sistema tributário federado – eis aí o desafio permanente à criatividade jurídica”. (In: TORRES, **Curso de direito financeiro e tributário**. 9. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 320.)

657 denominadas cuestiones del de federalismo fiscal.

sociopolítico. A menudo, es inevitable el surgimiento de conflictos positivos y negativos entre los diversos componentes de la federación, debido a las contradictorias interpretaciones del texto constitucional, ya sea en virtud de las lagunas existentes en él.

Antes de iniciarnos en el estudio del federalismo fiscal, es necesario hacer una breve retrospectiva acerca del conocimiento de las formas de Estado que relaciona, por un lado, cuadros de la estructura del Estado-poder, y por el otro, la comunidad política. Estas son formas de disposición del poder del Estado frente a otros poderes de igual naturaleza con reflexiones sobre la jurisdicción territorial y personal.

### 6.1) *Tipos de Estado*

Al estudiar el Federalismo forzosamente tenemos que poseer las nociones básicas sobre la Teoría del Estado. Para Manoel Gonçalves Ferreira Filho el Estado es “una orden jurídica relativamente centralizada, limitada en su dominio espacial y temporal de vigencia, soberana y globalmente eficaz<sup>658</sup>”. Este concepto puntual de la doctrina de Hans Kelsen, pretende enfatizar que el Estado y los elementos básicos que lo integran en la doctrina tradicional – pueblo, territorio y poder – solo puede ser caracterizado jurídicamente. Para Kelsen, “el Estado es una sociedad políticamente organizada, porque es una comunidad constituida por una orden coercitiva y esta orden es el Derecho.<sup>659</sup>”

---

658 Op. cit., p.25.

659 **Teoria Geral do Direito e do Estado**. 2ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 1992, p. 300.



Una característica esencial del Estado moderno es la *soberanía*, o sea, la falta de sumisión o sujeción del poder estatal a cualquier otro poder. Es el poder de autodeterminación, o sea, fija los límites de su propia competencia<sup>660</sup>.

En todos los Estados se verifica la existencia de un poder central y de cierto grado de descentralización, de atribución a los órganos periféricos – y subordinados – de cierta competencia administrativa para tratar las cuestiones locales. El grado de centralización depende de varios factores, principalmente, del tipo de Estado y su extensión territorial.

Para Kelsen, lo que distingue al Estado Federal del Estado Unitario, dividido en provincias autónomas, es solo el grado de descentralización, que es también lo que distingue el Estado Federal de una confederación internacional de los Estados<sup>661</sup>.

#### 6.1.1) *Estado Unitario*

Es aquel que presenta un poder centralizado, el cual es la cúpula y el núcleo del poder político<sup>662</sup>. En el *estado unitario descentralizado* existe siempre alguna forma de descentralización administrativa, legislativa y política, pero depende directamente del poder central, que incluso puede suprimirla.

#### 6.1.2) *Estado constitucionalmente descentralizado*

---

660 Recordando que *soberanía* no se confunde con *autonomía*, ésta solamente actúa dentro de determinados límites que le son fijados por aquella.

661 Idem, p. 309.

662 Idem, p. 309.

La diferencia aquí, es que la descentralización política debe necesariamente ser institucionalizada, o sea, debe ser debidamente formalizada en la Constitución, de modo tal que no le sea posible al poder central suprimirla discrecionalmente, siendo solo mediante un proceso de alteración de la Constitución. De hecho, se trata de un tipo de Estado que, en la práctica puede alcanzar el enfoque de un Estado Federal, pero en algunos casos, la autonomía de los entes descentralizados puede ser incluso equivalente a aquellas entidades integrantes de una federación. Por ejemplo, es el caso de Italia y de España.

### 6.1.3) *Estado Federal*

Para Dalmo Dallari<sup>663</sup>, *la noción de Estado Federal* indica una *forma de Estado* y no de gobierno. Señala, sin embargo, una relación bastante estrecha entre la organización federativa y los problemas de gobierno, ya que la adopción de tal estructura significa que sus integrantes la consideraron la más apropiada para resolver sus problemas y lograr sus objetivos comunes.

Carlos Ayres Britto<sup>664</sup> nos enseña que: “Si tomamos como referencia la Federación como forma de Estado, encontraremos que ella tiene su justificación en el hecho de incorporar a la democracia un ingrediente de la división espacial del poder político, en el sentido que el pueblo nacional tiene el poder para descomponerse en unidades

---

663 Op. cit., p. 50

664 Carlos Ayres Britto. 10 Anos de Constituição. Uma Análise. XIX Congresso Brasileiro de Direito Constitucional. São Paulo: Celso Bastos, 1998, p. 29.

territoriales caracterizadas por la personalización jurídica, autonomía gubernamental recíproca e indisoluble vinculada a una tercera persona estatal que abarca a todas ellas”

Como forma de Estado, el federalismo se organiza agrupando los diversos entes políticos – Unión, Distrito Federal, Estados y Municipios, en el caso de Brasil – que serán autónomos, pero no soberanos, que deben relacionarse entre sí con respeto y sin discriminación regional. Siendo así, el tratamiento jurídico del Estado Federal, es decir, aquel que tiene la técnica del federalismo como forma de organización, las unidades federativas deberán ser dotadas de igual distribución de competencias tributarias que les aseguren autonomía.

En el contexto de la discusión debemos resaltar que la capacidad financiera para autogestionarse es fundamental para garantizar a la verdadera *autonomía* de Estado-miembro, porque, sin recursos propios es inviable el mantenimiento de una estructura legislativa, administrativa y judicial eficientes. Este entendimiento se refleja en la obra de Sacha Calmon, así lo expresa<sup>665</sup>:

“La característica fundamental del federalismo es la autonomía del Estado-miembro, que puede ser más o menos amplia, dependiendo del país al que se deba cuidar. En el ámbito tributario, para sustentar la autonomía política y administrativa del Estado-Miembro y del Municipio – que en Brasil, como vimos, tiene dignidad constitucional – se impone la preservación de la autonomía financiera de los entes locales, sin el cual las otras no existirían. Esta autonomía se resguarda mediante la preservación de la competencia tributaria de las personas políticas que conviven en la Federación y, también, por la equidad en la discriminación constitucional de las fuentes de la receta tributaria, de ahí adviene la importancia del tema referente para

---

665 COELHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de Direito Tributário Brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 63.

la repartición de las competencias en el Estado Federal, asunto inexistente, o poco relevante, en los Estados unitarios (Regiones y Comunas).” (nuestra traducción).

Por lo tanto, no hay duda que la autonomía financiera – presupuesto básico para cualquier Estado-miembro – proviene de la distribución de la competencia fiscal.

### 6.2) *Historia del Federalismo.*

Aunque algunos autores señalan a la Confederación Helvética, surgida en 1921, como el primer ejemplo de alianza federativa entre los Estados, se reconoce generalmente que el Estado Federal moderno nació apenas en 1787, con el surgimiento de los Estados Unidos de América, a partir de la integración definitiva de las trece ex colonias británicas, que habían logrado sus independencias en 1776. Se observó que en un primer momento, que estas colonias se reunieron bajo la forma de una *confederación*, creada por medio de un *tratado* – los *Artículos de Confederación* -, celebrado en 1777 y ratificado en 1781. El objetivo principal de estos *Artículos* era la preservación de la independencia de las ex colonias ante Inglaterra. En esta etapa, ciertamente en virtud del reciente pasado, el recuerdo de la fuerte opresión y dominación por el poder inglés, las ex colonias optaron por mantener intactas la “soberanía, libertad e independencia” recientemente adquiridas, concediendo la recién creada Unión (denominada Estados Unidos de América) solo algunos poderes que, en la práctica, se limitaron a la autorización para la realización de negociaciones internacionales y el mantenimiento de una fuerza armada común.

En 1787, los representantes de los Estados se reunieron en la ciudad de Filadelfia para realizar la *revisión de los Artículos de la Confederación* y, después de acalorados debates, aprobaron la transformación de la *Confederación* en una *Federación*, elaborando una Constitución Común, a la cual todos los Estados pasaron a someterse, abriendo mano

a sus soberanías. Bajo la fuerte influencia de Montesquieu, se concibió una doctrina destinada a equilibrar y a limitar los poderes constituidos, conocidos como “frenos y contrapesos” (*checks and balances*), con la separación de poderes en Legislativo, Ejecutivo y Judicial, independientes y armónicos entre sí.

Es curioso observar que la Constitución norteamericana en ningún momento menciona el término “federalismo”. Esto se debe al hecho de que los llamados “fundadores” (*Framers*) no tenían la intención deliberada de crear una forma de Estado federativo. La preocupación de la mayoría de los delegados de los Estados era la de reforzar la poca efectividad del gobierno nacional, pero sin debilitar innecesariamente los gobiernos de los Estados.

Con este fin fue concebido simplemente un plan para la división de los poderes gubernamentales entre el gobierno nacional y los Estados. Aunque la tarea de asignación de competencias a cada uno de las entidades federativas puede parecer simple, en realidad la definición de las fronteras entre los poderes nacionales y el de los Estados es uno de los mayores problemas del federalismo.

### 6.3) *Procesos de formación del Estado Federal.*

Son dos los principales procesos de formación del Estado Federal, como nos enseña Manoel Gonçalves Ferreira Filho<sup>666</sup>:

---

666 Op. cit. p. 300.

a) Federalismo por *agregación*, se produce cuando la Federación resulta de la *Unión* de Estados ya existentes – que abren mano de sus soberanías – y se sobrepone a estos. Es el caso, entre otros, de los Estados Unidos, de Alemania y de Suiza:

b) Federalismo por *segregación*, cuando la Federación resulta de la *descentralización* de un Estado unitario ya existente, por diversas razones (políticas, económicas, etc.) y entonces surgen nuevas entidades dotadas de autonomía política. Es por ejemplo el caso de Brasil.

#### 6.4) Principios que caracterizan al federalismo.

Para Carlos Velloso<sup>667</sup>, se puede distinguir los siguientes principios en una federación: a) Repartición constitucional de competencias; b) autonomía estatal, comprendiendo la auto-organización, o autogobierno y la autoadministración; c) participación del Estado-miembro en la organización y en la formación de la voluntad de la Federación; d) discriminación constitucional de las *rentas tributarias*, con la *repartición de la competencia tributaria* y la *distribución de los ingresos tributarios*.

Geraldo Ataliba<sup>668</sup>, asevera que son siete las características de la federación, bajo el aspecto jurídico: a) existencia de una Constitución Federal rígida, para garantizar la estabilidad del Estado; b) presencia del poder constituyente propio de los Estados-miembros; c) territorio propio; d) conjunto de los ciudadanos (pueblo) propio; e) repartición constitucional de competencias entre los Estados-miembros; f) dos órganos legislativos federales (bicameralismo), uno integrado por los representantes del pueblo,

---

<sup>667</sup> Op. cit., p. 42.

<sup>668</sup> Op. cit., p. 54

electos proporcionalmente a la población, y otro integrado paritariamente por representantes de los Estados-miembros; g) una corte constitucional que asegure la supremacía de la Constitución Federal.

#### *6.5) Especies de federalismo:*

##### *6.5.1) Federalismo dual o dualista.*

Se podría decir que se corresponde al tipo *original* de federalismo, que se caracteriza por la existencia de *dos* esferas de poder nítidamente distintas, con atribuciones y competencias propias, es decir, existe una distribución horizontal de competencias, generalmente acompañada de una estimación de los mismos impuestos. No existe ninguna preocupación constitucional con la coordinación o armonización de las actividades ejercidas por cada una de ellas. Este es el tipo clásico de federalismo, más característico de las federaciones formadas por la agregación.

Se señala que Brasil, a partir de la Constitución de 1988, pretendió adoptar un federalismo especial, con tres esferas de poder: Unión, Estados-miembros y Municipios. Se observa, sin embargo, que los Municipios todavía no están en pie de igualdad con los Estados-miembros, ya que entre otros factores, no cuentan con representantes propios en el Senado Federal y, además están sujetos a la Constitución Federal, están aún sujetos a las Constituidos Estatales.

##### *6.5.2) Federalismo cooperativo*

A diferencia del federalismo dualista, que prácticamente considera antagonistas los dos niveles de gobierno, compitiendo por el poder, el federalismo cooperativo enfatiza la

necesidad de los Estados a trabajar armónicamente en conjunto con el gobierno central para resolver los problemas del país. Están presentes las nociones de unión, alianza, cooperación y solidaridad, son frecuentes las concesiones de ayuda federal a los Estados-miembros.

En Brasil, la Constitución Federal prevé diversos mecanismos de cooperación tales como el establecimiento de órganos regionales de desarrollo, las transferencias obligatorias de ingresos tributarios (federales para los Estados miembros y Municipios, y estatales para los Municipios), la concesión de subsidios e incentivos fiscales y otros.

#### *6.5.3) Federalismo de integración*

Si en el nombre de la cooperación - o para alcanzar una mayor eficacia en la captación y asignación de recursos – la unión pasa a intervenir demasiado en la autonomía de los Estados-miembros, el Estado Federal puede transformarse en un verdadero Estado unitario descentralizado constitucionalmente, es decir, paradójicamente puede ser la destrucción de la propia Federación.<sup>669</sup>

#### *6.5.4) Federalismo de equilibrio. Federalismo simétrico<sup>670</sup> y asimétrico.*

El objetivo del federalismo es alcanzar una situación donde exista el equilibrio de la población, riqueza, territorio y poder entre las diversas entidades autónomas. Las disparidades regionales deben ser corregidas a través de los mecanismos de cooperación.

---

<sup>669</sup> Cf. Manoel Gonçalves Ferreira Filho, op. Cit, p. 45.

<sup>670</sup> Anna Cândida da Cunha Ferraz enseña que todo Estado Federal "es simétrico por su esencia, porque debe dar un tratamiento igual a las entidades federadas para mantenerse como tal. De otro lado, para su sobrevivencia, deberá dar algún tipo de tratamiento asimétrico a las entidades federativas en aquellos aspectos que esencialmente lo requieran". (10 Anos de Constituição. Uma análise. XIX Congresso Brasileiro de Direito Constitucional. São Paulo: Celso Bastos, 1998, p. 52-53.)



La regla general, es la existencia de los desequilibrios entre las diversas regiones del país, particularmente cuando posee un gran territorio.<sup>671</sup>

En esta situación, si el tratamiento dado por la Constitución a cada una de las entidades fuera absolutamente igualitario, seguramente no sería posible alcanzar un estado de equilibrio, puesto que las diferencias regionales tenderían a aumentar progresivamente. En otras palabras, un federalismo ideal (el que puede denominarse simétrico) puede no conducir a buenos resultados. Al contrario, el tratamiento diferencial de cada unidad autónoma, respetando las necesidades y particularidades de cada una podrá generar un desarrollo global al país. Se aplica aquí, el antiguo concepto de isonomía - tratar igualmente o los iguales y desigualmente a los desiguales, en la medida de sus desigualdades.<sup>672</sup>

La aplicación concreta de esta idea, sin embargo, está plagada de muchas dificultades, principalmente en los países con graves desequilibrios regionales y la distribución del ingreso, como es el caso de los países en desarrollo o subdesarrollados.

---

671 El objetivo del Estado Federal, en último análisis, es buscar el bien común, así es entendida la construcción de una sociedad libre, justa y solidaria, a; garantizar el desarrollo nacional; erradicar la pobreza y la marginalización y reducir las desigualdades sociales y regionales; promover el bien de todos, sin preconceptos de origen, raza, sexo, color, edad y cualquier otras formas de discriminación.

Para reducir las desigualdades regionales, económicas, sociales y culturales existentes entre los entes de la Federación y así garantizar el equilibrio federativo, está el Principio de la Solidaridad, también traducido como Principio de Cooperación, que enseña la idea de federalismo cooperativo. En este punto el Estado Federal precisa establecer criterios desiguales para garantizar la igualdad. (BALTHAZAR, Ezequiel Antonio Ribeiro. Fundos constitucionais como instrumento de redução das desigualdades regionais na Federação, In: CONTI, José Maurício (coord.). **Federalismo Fiscal**. São Paulo: Manole, 2004, p. 104)

672 Sobre el tema, Anna Cândida da Cunha Ferraz, alecciona: "El Principio de Solidaridad tiene por objeto la sobrevivencia del Estado Federal y, desde el punto de vista del tratamiento constitucional de las entidades federativas, propone una asimetría entre ellas, diferenciándolas. Procurará resolver puntualmente las necesidades de los Estados que no son idénticas". (10 Anos de Constituição. Uma análise. XIX Congresso Brasileiro de Direito Constitucional. São Paulo: Celso Bastos, 1998, p. 52.)

Es que la falta de recursos y la necesidad de intervención estatal se muestran tan grandes que resulta difícil establecer criterios justos y objetivos para la aplicación de isonomía. ¿Cómo favorecer una región en detrimento de otra, si ambas poseen problemas estructurales graves? La respuesta a esa pregunta parece depender de una nueva concepción de federalismo, que permita la autonomía de las entidades locales, al mismo tiempo que se presente la flexibilidad suficiente para permitir la realización de planos, programas y proyectos conjuntos entre las diversas esferas, bajo la coordinación del poder central.

#### 6.6) *El Federalismo Tributario.*

##### 6.6.1) *Naturaleza Jurídica del Estado Federal.*

Cabe remarcar, inicialmente, que ahora iremos sobre el tema disponible que considero de mayor importancia para nuestra pesquisa, que es el aspecto tributario del federalismo. Así conceptuado *federalismo tributario*. Este puede ser analizado bajo dos aspectos básicos: a) el de la naturaleza jurídica del Estado Federal y b) el alcance de las teorías que explican esa naturaleza jurídica sobre la relación jurídico-tributaria.

El primer aspecto citado, pretende caracterizar el ejercicio de la forma de poder, por el hecho de que, principalmente, en la mayoría de las constituciones, el Federalismo es un principio constitucional. Conforme a lo visto y según lo observa Carl Schmitt, la Constitución Federal es el fundamento de todas las discusiones sobre la definición de las facultades de la Federación (poder central) y de los Estados-Miembros, no existiendo derecho alguno fuera de la Constitución Federal<sup>673</sup>.

---

673 SCHMITT, Carl. *Apud* VASCONCELOS. Inessa da Mota Linhares. A ADOÇÃO DO IMPOSTO SOBRE O VALOR AGREGADO (IVA) NO FEDERALISMO BRASILEIRO: APONTAMENTOS PARA UMA REFORMA CAPAZ DE

Además, el estudio reflejado de esa naturaleza jurídica sobre el fenómeno de la relación jurídico-tributaria implica, necesariamente, analizar la naturaleza jurídica de las competencias tributarias coexistentes, resultantes de la descentralización territorial del poder.

#### *6.7) Distribución de competencias.*

Comentar acerca de la competencia en la federación implica comprender el desarrollo histórico de las nociones de centralización y de descentralización del poder, que siempre han sido impregnadas de las más diversas variables ideológicas. En oposición al Estado Absoluto, en la afirmación de los fundamentos democráticos del poder, la centralización era considerada como una práctica nefasta, antidemocrática, incapaz de asegurar la libertad de los individuos. Esa idea, sin embargo, no prosperó en Francia, donde los Jacobinos, cuya bandera era el uso democrático del poder, vieron en la centralización una consecuencia del principio democrático, siendo la descentralización atentatoria de esta.

De esta forma, se observa que, históricamente, las nociones de centralización y descentralización fueron construidas de forma dicotómica, siempre siendo contrapuestos a los valores (libertad, democracia, etc.) en que se apegaban.

---

PROPORCIONAR O AJUSTE NA TRIBUTAÇÃO DO CONSUMO E O AVANÇO DO PROCESSO DE INTEGRAÇÃO REGIONAL. Fortaleza. Dissertação (mestrado). Área de Concentração: Ordem Jurídica Constitucional. Universidade Federal do Ceará. P. 5.

No obstante, la historia demuestra que el uso de poder de forma descentralizada no aleja los resquicios de centralización y vice-versa, de forma que no se puede hablar de un modelo de centralización o descentralización puro.<sup>674</sup>

Se habla de centralización cuando en las entidades periféricas es atribuida una cantidad mínima de poder necesario para el desempeño de sus actividades, siendo que ocurre lo contrario cuando la estructura es descentralizada, una vez que el órgano central posee el mínimo indispensable de poder para el ejercicio de las actividades confiadas.

La descentralización política conduce a una distribución de competencias, surgiendo la cuestión de cómo encontrar el mejor criterio para distribuir las competencias en cada orden de poder en la esfera do estado federal.<sup>675</sup>

Al analizar la distribución de competencia entre las dos esferas de la federación, considera Carlos Maximiliano, al comentar la Constitución Federal de 1891, que para comprender mejor el espíritu de la ley fundamental se debe aplicarla con acierto, el intérprete debe observar la “benéfica philosophia de Jefferson la cual prefiere que no sea hecha por el gobierno general lo que las autoridades locales sean competentes para

---

674 Cf., KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado**. 2 ed. São Paulo : Martins Fontes, 1992, p. 299.

675 Cf. VASCONCELOS. Inessa da Mota Linhares. A ADOÇÃO DO IMPOSTO SOBRE O VALOR AGREGADO (IVA) NO FEDERALISMO BRASILEIRO: APONTAMENTOS PARA UMA REFORMA CAPAZ DE PROPORCIONAR O AJUSTE NA TRIBUTAÇÃO DO CONSUMO E O AVANÇO DO PROCESSO DE INTEGRAÇÃO REGIONAL. Fortaleza. Dissertação (mestrado). Área de Concentração: Ordem Jurídica Constitucional. Universidade Federal do Ceará.

realizar; ni por cualquier poder gubernamental lo que los individuos por si mismos sean capaces de conseguir”<sup>676</sup>.

De esta forma, encontramos en las cartas políticas de los estados federales, que los asuntos de importancia nacional son de competencia del poder central, mientras que las materias de interés meramente local le caben a los entes periféricos. Tal asignación de competencias ha sido observada por todos los estados federales, aunque, obviamente, podemos comprobar las divergencias entre los grados de centralización y descentralización, la adopción de un modelo más o menos descentralizado depende mucho de las situaciones, siendo el resultado la evolución constante de la realidad, de forma que en la adopción de uno u otro deber ser analizado el aspecto espacial y temporal subyacentes al acontecimiento.

#### *6.8) El sistema federativo en la Constitución Federal de 1988.*

Como en tiempos pasados, la autonomía concebida a los componentes de la Federación, revelada por medio de la descentralización política, es el principal rasgo del Estado Federal.

En Brasil, según el art. 18<sup>677</sup>, de la Constitución Federal de 1988, no existe jerarquía entre el gobierno federal y los demás entes federados. La Unión, los Estados, el Distrito Federal y los Municipios disponen de *autonomía*, definida, en términos generales, como

---

676 MAXIMILIANO, Carlos. **Comentários à constituição brasileira**. Rio de Janeiro: Jacinto Ribeiro dos Santos, 1918, p.

677 “Art. 18. La organización político-administrativa de la República Federativa del Brasil comprende la Unión, los Estados, el Distrito Federal y los Municipios, todos autónomos, en los términos de esta Constitución.”

el atributo, conferido a cada uno de estas entidades, de establecer sus leyes, desde que obedezca a la Ley Mayor. Se caracteriza así, la autonomía de los estados-miembros por su triple aspecto: auto-organización, autogobierno y auto-administración.

Por *auto-organización*, se entiende la capacidad de los estados-miembros que establecen su propio orden constitucional, en el ejercicio del poder constituyente derivado-resultante, además de editar su propia legislación, siempre respetando los *principios* de la Constitución Federal<sup>678</sup>.

Estos principios a los que se refiere el citado artículo son los principios constitucionales sensibles, los principios constitucionales establecidos y los principios federales extensibles.

Previstos en el art. 34, VII de la Constitución Federal de 1988<sup>679</sup>, los *principios constitucionales sensibles* son así denominados por el hecho que su incumplimiento conlleva a decretar la intervención federal, la sanción políticamente más grave que puede determinarse en un Estado Federal.

---

<sup>678</sup> art. 25, *caput*.

<sup>679</sup> Art. 34. La Unión no intervendrá en los Estados ni en el Distrito Federal, excepto para:

VII - asegurar la observancia de los siguientes principios constitucionales:

- a) forma republicana, sistema representativo y régimen democrático;
- b) derechos de la persona humana;
- c) autonomía municipal;
- d) prestación de cuentas de la administración pública, directa e indirecta.
- e) aplicación del mínimo exigido del ingreso resultante de los impuestos estatales, comprendida lo proveniente de las transferencias, en el mantenimiento y desarrolla de la enseñanza y en las acciones y servicios públicos de salud."

Los principios *constitucionales establecidos*, en la conceptualización de Raúl Machado Horta<sup>680</sup>, son aquellos que vedan a toda la estructura estatal, teniendo como función organizar el Estado Federal<sup>681</sup>.

Los *principios federales extensibles* son aquellos elaborados por los órganos legiferantes federales y que representan el paradigma de actuación también para los órganos estatales y municipales. Son por lo tanto, normas centrales comunes a la Unión, a los Estados, Distrito Federal y a los Municipios, debiendo ser observados obligatoriamente por todos los componentes de la federación que organizan el Estado<sup>682</sup>.

La autonomía política de los Estados-miembros también está caracterizada por el *autogobierno*, en la medida en que el mismo pueblo del Estado, sin subordinación a la Unión, escoja a sus gobernantes, sean, Jefes del Poder Ejecutivo y representantes del Poder Legislativo local, competentes para editar las normas del estado.

Además de prever otras normas sobre la composición y el funcionamiento del Poder Legislativo estatal, la fijación de los vencimientos, la regla para determinar el número de parlamentarios estatales, las normas de responsabilidad política, entre otras, sirviendo de baliza para los Estados, sin, no obstante, tomarles la autonomía. La Constitución, también, establece que los Estados-miembros deberán organizar su Poder Judicial, órgano

---

680 HORTA, Raul Machado. *A autonomia do estado-membro no direito constitucional brasileiro*. Belo Horizonte : Del Rey, 1964,, p. 392-393.

681 Son ejemplos los arts. 23; 24; 25; 27, § 3º; 28; 37, I a XXI, §§1º a 6º; 39, 40, 41, 75; 125, §4º, 145, I a III; 155, I a, b c; 235, dentre outros. In: MACHADO, Horta. Op. cit, p. 392-393.

682 Segundo Horta (*in Op. cit.*), son ejemplos de principios federales extensibles los arts. 1º, I a V; 2º, 3º, I a IV; 4º, I a X; 5º I a III, VI, VIII, IX, XI, XII, XX, XXII, XXIII, XXXVI, LIV e LVII, 6º a 11, entre otros.

encargado de decir el derecho en materia estatal, observados los principios previstos en la Constitución<sup>683</sup>, esta previsión también garantiza la autonomía estatal.

Sin embargo, el vértice de la autonomía estatal que más interesa a los propósitos de este estudio es la *auto-administración*, capacidad conferida a los entes federados para ejercer sus competencias administrativa, legislativa y tributaria constitucionalmente delimitadas.

Tales competencias, especialmente la administrativa y la tributaria, están intrínsecamente vinculadas, una vez que le otorgan a los estados-miembros las más variadas tareas consubstanciadas en competencias que deben quedar bajo su responsabilidad. Se añade además, que la Constitución Federal de 1988 también debe proporcionar a tales entes políticos, una renta propia y suficiente para hacer frente a los encargos recibidos, de forma de no quedar en dependencia de la Unión, el que, si aconteciese, desfiguraría la Federación. Lo mismo ocurre para los Municipios.

De esta manera, se verifica la necesidad de proporcionar un equilibrio entre la distribución constitucional de la competencia administrativa y la distribución tributaria, en otras palabras, entre la división de encargos y de rentas propias consagradas por la Constitución Federal, bajo pena de la autonomía de los estados y municipios y, por consiguiente, el principio federativo, solamente existe en el papel.

---

683 Art. 125. Los Estados organizarán su Justicia, observados los principios establecidos en esta Constitución.



También la autonomía municipal está delineada en la Constitución Federal, y se expresa dentro de los límites de su respectiva ley orgánica<sup>684</sup>, habiendo, igualmente, previsión en cuanto al Distrito Federal<sup>685</sup>.

Sobre la autonomía municipal, resalta Bonavides que:

“No conocemos una única forma de Unión federativa contemporánea donde el principio de autonomía municipal haya alcanzado el grado de caracterización política y jurídica tan alta y expresiva en cuanto a aquel que consta de la definición constitucional del nuevo modelo implementado en el País con la Carta de 1988”<sup>686</sup>.

La autonomía de los municipios es otorgada en los tres aspectos: auto-organización, autogobierno y auto-administración. A través de la Ley Orgánica y mediante la edición de las propias leyes él se Municipio auto-organiza. Él se autogobierna a través de la elección directa del Jefe del Poder Ejecutivo y miembros del Poder Legislativo, sin ninguna injerencia del poder central o estatal y, finalmente, se auto administra cuando ejerce las competencias administrativas, legislativas y tributarias constitucionalmente atribuidas.

La descentralización política, realizada por medio de la distribución de las competencias entre los componentes del pacto federativo, debe estar prevista en la

---

684 Art. 29. El Municipio se rige por la Ley orgánica, votada en dos turnos, con el intersticio mínimo de diez días, y aprobada por los dos tercios de los miembros de la Cámara Municipal, que la promulgará, atendidos los principios establecidos en esta Constitución, en la Constitución del respectivo Estado y los siguientes preceptos:

685 Art. 32. El Distrito Federal, vedada su división en Municipios, se rige por la ley orgánica, votada en dos turnos con intersticio mínimo de diez días, y aprobada por dos tercios de la Cámara Legislativa, que la promulgará, atendidos los principios establecidos en esta Constitución.

686 BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**, 10.ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 314.

Constitución Federal, especialmente en los Estados Federales que adopten el principio de rigidez constitucional. De lo contrario, tendría una lista de competencias prevista en la legislación ordinaria, más fácil de ser modificada, volvería más frágil la idea federativa.

En la definición de José Afonso da Silva, competencia es la “facultad jurídicamente atribuida a una entidad, órgano o agente del Poder Público para emitir decisiones. Competencias son las diversas modalidades de poder de que se sirven los órganos o entidades estatales para realizar sus funciones”<sup>687</sup>.

La Carta Política de 1988, siguiendo la tradición de las órdenes constitucionales que la antecedían, así como el modelo generalmente adoptado por las Constituciones de los demás Estados federados, un ejemplo de la Constitución americana, previó minuciosamente la competencia del poder central, cabiendo el residuo a nivel regional y local.

Haciendo un análisis histórico de la distribución de las competencias en las diferentes constituciones brasileñas, se verifica que la tendencia más centralizadora, en que son ampliados cada vez más los poderes centrales y restringidos a los de las ordenes periféricas, fue mitigada con la carta política de 1988, que le otorgó más poderes a los Municipios, aumentando el rol de la competencia, así como a los estados-miembros, en la medida en que algunos asuntos, anteriormente reservados a la Unión pasaron a la competencia residual, perteneciente a aquellos.

---

687 SILVA, José Afonso da Silva. **Curso de direito constitucional positivo**. 15.ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 479.

Para asegurar la mantención de la autonomía de las entidades políticas que componen el Estado Federal, efectuando, el principio federativo, la Constitución Federal de 1988 adoptó un rígido sistema de repartición de competencias que se fundamenta en la técnica de definición de los poderes exclusivos de la Unión, arts. 21<sup>688</sup> y 22<sup>689</sup>, con poderes remanecientes para los Estados-miembros, art. 25<sup>690</sup>, y los poderes definidos indicativamente para los Municipios, art. 30<sup>691</sup>, existiendo la posibilidad de la delegación, art. 22, párrafo único<sup>692</sup>. Además, en algunas materias, prevalece la jurisdicción común, compartida entre la Unión, Estados, Distrito Federal y Municipios, art. 23<sup>693</sup>, y la concurrente, en que la competencia para editar normas generales es de la Unión, cabiendo a las demás entidades la competencia suplementaria, arts. 24, §§2º e 3º e 30, ||<sup>694</sup>.

---

688 Art. 21. Compete a la Unión:

689 Art. 22. Compete privativamente a la Unión legislar sobre:

690 Art. 25. Los Estados se organizan y se rigen por las Constituciones y leyes que adoptaren, observados los principios de esta Constitución.

691 Art. 30. Compete a los Municipios:

692 Art. 22. Compete privativamente a la Unión legislar sobre:

Párrafo único. Ley complementaria podrá autorizar los Estados a legislar sobre cuestiones específicas de las materias relacionadas em este artículo.

693 Art. 23. Es competencia común de la Unión, de los Estados, del Distrito Federal y de los Municipios:

694 Art. 24. Compete a la Unión, a los Estados y al Distrito Federal legislar concurrentemente sobre:

§ 2º - La competencia de la Unión para legislar sobre normas generales no excluye a la competencia suplementaria de los Estados.

§ 3º - Inexistiendo ley federal sobre normas generales, los Estados ejercerán la competencia legislativa plena, para atender a sus peculiaridades.

Art. 30. Compete a los Municipios:

I - legislar sobre asuntos de interés local;

II - suplementar la legislación federal y la estatal en lo que couber;

Asimismo, en el modelo federativo de Brasil permanece el dogma de la existencia de una Cámara representativa de los Estados federados. Los Estados-miembros participan de la formación de la voluntad nacional en la medida en que son representados en el Senado Federal. La actual Constitución, en el camino de las anteriores republicanas, declara que el Senado Federal está compuesto por representantes de los Estados y del Distrito Federal, eligiendo, cada uno, en homenaje al principio isonómico entre las unidades federadas, tres Senadores, con dos suplentes cada uno, por el principio mayoritario, para un mandato de ocho años, renovándose la representación de cuatro en cuatro años, alternadamente, por uno y dos tercios (art. 46).

Como se entiende, la ley de participación quedó mitigada en el federalismo brasileño con la Constitución de 1988, en vista de que los Municipios, aunque sean considerados entidades de la Federación, art. 1º, cap., de la CF<sup>695</sup>, no participan de la formación de la voluntad nacional, puesto que no componen la Cámara representativa de la voluntad de las unidades federadas.

Otra característica de la federación brasileña está en la indisolubilidad del pacto, lo que significa que no existe *derecho de secesión*, porque en la federación las entidades son autónomas, jamás soberanas. Consecuentemente, es importante resaltar que en el federalismo brasileño el gobierno central sostiene la titularidad de la representación del Estado Federal en el ámbito internacional. En la Constitución Federal de 1988 esa previsión está emplazada en el art. 21, I<sup>696</sup>.

---

695 Art. 1º La República Federativa del Brasil, formada por la Unión indisoluble de los Estados y Municipios y del Distrito Federal, se constituye en Estado Democrático de Derecho y tiene como fundamentos:

696 Art. 21. Compete a la Unión:

En la Federación también cobra importancia la existencia de un órgano neutro que controle la distribución de las competencias, con el fin de mantener el pacto federativo. Ese órgano debe ser parte del Poder Judicial, a quien es otorgado el poder de decir el derecho en el caso concreto, en caso de dudas o conflicto en cuanto al ejercicio de su competencia otorgada, restableciendo el equilibrio entre los poderes, como se prevé en la Constitución.

Al lado de las demás características citadas, el Estado Federal brasileño, prevé la existencia de un dispositivo de seguridad que permita el mantenimiento del federalismo ante graves amenazas. Se trata de la intervención federal, art. 34<sup>697</sup>, medida extrema que debe ser adoptada en las estrictas hipótesis delineadas en el texto constitucional, objetivando la cesación de la situación anómala que amenaza el Estado Federal.

#### *6.9) Federalismo Fiscal*

Al lado de la distribución constitucional de poderes, el verdadero Estado federal debe asegurar los componentes de la federación ingresos <sup>698</sup> suficientes para que puedan desempeñar sus funciones. Este es, porque, el sentido de la expresión del federalismo fiscal o, para otros, federalismo tributario.

---

I – mantener relaciones con los Estados extranjeros y participar de organizaciones internacionales;

697 Art. 34. La Unión no intervendrá en los Estados ni en el Distrito Federal, excepto para:

698 Semejante alcance es la definición de Sérgio Prado, para quien el federalismo fiscal representa “el conjunto de problemas, métodos y procesos relativos a la distribución de recursos fiscales en federaciones, de forma tal que viabilicen el buen desempeño de cada nivel de gobierno en el cumplimiento de los encargos a ellos atribuidos. (Sérgio Prado, *Equalização e federalismo fiscal; uma análise comparada: Alemanha, Índia, Canadá, Austrália*. Rio de Janeiro: Konrad Adenauer Stiftung, 2006, p. 15)

En este camino es el entendimiento de Maurício Conti<sup>699</sup>, se puede denotar como una de las características esenciales de la federación, en materia financiera, la autonomía financiera de los Estados-miembros y la asignación de competencias y atribuciones entre las entidades federadas. De estas premisas, surge, la cuestión central: cómo repartir, entre las entidades, las competencias tributarias y fiscales (inclusive las recaudatorias) de una forma equilibrada con las respectivas atribuciones y responsabilidades públicas.

Siendo así, el Federalismo Fiscal consiste en la existencia de diferentes esferas de gobierno, con la distribución de competencias de los ingresos tributarios y de las fuentes de ingresos y encargos entre las entidades, así como las relaciones intergubernamentales en materia fiscal y financiera.

El principal objetivo del federalismo fiscal, como acentúa Delfim Netto<sup>700</sup>, es utilizar la suma de los recursos nacionales para nivelar los servicios públicos a disposición de cada ciudadano, no importando donde esté físicamente. Esto es, el federalismo tiene carácter esencialmente redistributivo: nivela las oportunidades de las regiones menos desarrolladas, transfiriendo la renta de las más desarrolladas y dando, a todas, condiciones isonómicas para aprovechar sus recursos naturales y humanos para que lo realicen.

Conforme a nuestro sistema constitucional tributario patrio, podemos concluir, de manera concisa, que: a) los entes de la Federación, Unión, Estados y Municipios tienen competencia para instituir y recaudar tributos directamente; b) los tributos pueden

---

699 CONTI, José Maurício. **Federalismo Fiscal e Fundos de Participação**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001, p. 10.

700 NETTO, Antonio Delfim. **Federalismo e reforma tributária**. Artigo publicado no *Jornal Valor Econômico*, edição de 29.04.2009.

destinarse exclusivamente para cada entidad o pueden ser compartidos entre ellos; c) lo compartido ocurre a través de un sistema de participación en la recaudación de los ingresos tributarios, denominadas mixta, porque tal participación puede ser: *directa*: con la entrega directa de una entidad para otra, de una parte determinada de un impuesto, la teoría de los artículos 157<sup>701</sup> (Estados) y 158<sup>702</sup> (Municipios) de la Constitución Federal; *indirecta*: con la entrega de manera indirecta, a través de fondos financieros, conforme lo

---

701 Art. 157. Pertencen a los Estados y al Distrito Federal:

I – el producto de recaudación del impuesto de la Unión sobre renta y de las ganancias de cualquier naturaleza, incidente en la fuente, sobre rendimientos pagados, a cualquier título, por ello, sus autarquías y por las fundaciones que instituyesen y mantuviesen;

II - veinte por ciento del producto de la recaudación del impuesto que la Unión instituye en el ejercicio de la competencia que le es atribuída por el art. 154, I.

702 Art. 158. Pertencen a los Municipios:

I – el producto de recaudación del impuesto de la Unión sobre la renta y las ganancias de cualquier naturaleza, incidente en la fuente, sobre rendimientos pagos, a cualquier título, por ellos, sus autarquías y por las fundaciones que instituyesen y mantuvieren;

II - cincuenta por ciento del producto de la recaudación del impuesto de la Unión sobre la propiedad territorial rural, relativamente a los inmuebles en ellos situados, cabiendo la totalidad en la hipótesis de la opción al que se refiere el art. 153, § 4º, III;

III - cincuenta por ciento del producto de la recaudación del impuesto del Estado sobre la propiedad de vehículos automotores licenciados en sus territorios;

IV – veinticinco por ciento del producto de la recaudación del impuesto del Estado sobre operaciones interestatales relativas a la circulación de mercancías y sobre prestaciones de servicios de transporte interestatal e intermunicipal y de comunicada.

Párrafo único. Las parcelas de ingresos pertenecientes a los Municipios, mencionadas en el inciso IV, serán acreditadas conforme a los siguientes criterios:

I - tres cuartos, en el mínimo, en la proporción del valor adicionado en las operaciones relativas a la circulación de mercancías y en las prestaciones de servicios, realizadas en sus territorios;

II – hasta un cuarto, de acuerdo como lo que dispusiere la ley estatal, o, en el caso de los Territorios, ley federal.”

establece el art. 159<sup>703</sup> de la Constitución Federal; d) los Fondos pueden ser constitucionales y legales.

Mientras tanto, es imperioso destacar la existencia de distorsiones en nuestro federalismo fiscal. El mayor de ellos: es el desequilibrio entre los medios (recursos financieros) y las atribuciones asignadas constitucionalmente a las entidades. En una ecuación inversamente proporcional, la mayor concentración de los recursos financieros públicos permanece con la Unión, mientras que la mayor parcela de las atribuciones con los Municipios.

Debemos resaltar que para entender el sistema de intercambio, es necesario hacer algunas consideraciones sobre los ingresos públicos. Siendo así, los impuestos que son transferidos pueden ser *tributarios* o *no tributarios*, *obligatorios* o *voluntarios*. *Obligatorios* son aquellos derivados del mandato constitucional o legal, como el caso de los fondos

---

703 Art. 159. La Unión entregará:

I - del producto de la recaudación de los impuestos sobre la renta y ganancias de cualquier naturaliza y sobre los productos industrializados, cuarenta y siete por ciento en la siguiente forma:

- a) veintiuna enteros y cinco enteros y cinco décimos por ciento al Fondo de Participación de los Estados y del Distrito Federal;
- b) veintidós enteros y cinco décimos por ciento al Fondo de Participación de los Municipios;
- c) tres por ciento, para la aplicación en programas de financiamiento al sector productivo de las Regiones Norte, Nordeste y Centro-Oeste, a través de sus instituciones financieras de carácter regional, de acuerdo con los planos regionales de desarrollo, quedando asegurada al semiárido del Nordeste la mitad de los recursos destinados a la Región, en la forma que la ley establece;

II – del producto de la recaudación del impuesto productos industrializados, diez por ciento a los Estados y al Distrito Federal, proporcionalmente al valor de las respectivas exportaciones de productos industrializados.

III - del producido de la recaudación de la contribución de intervención en el dominio económico prevista en el art. 177, § 4º, 29% (veintinueve por ciento) para los Estados y el Distrito Federal, distribuíos en la forma de ley, observada la destinación a que se refiere el inciso II, c, del referido párrafo.”



financieros constitucionales. Existen también, las transferencias condicionadas y las incondicionadas.

Sin embargo, en la búsqueda de un mayor equilibrio federativo y en la lucha contra las desigualdades socio-económicas regionales, la Unión transfiere, de forma voluntaria, a través de diferentes programas de ayuda, recursos financieros para las entidades subnacionales. Son denominados ingresos transferidos voluntarios.

Tenemos, pues, un sistema de transferencias de ingresos entre los entes federativos como parte del sistema de federalismo fiscal adoptado en Brasil. De lo expuesto, se percibe que el federalismo fiscal tiene problemas con un alto grado de complejidad y de difícil solución.

#### *6.10) Principales ventajas y desventajas del federalismo fiscal.*

Como vimos, el federalismo fiscal proviene de la existencia de diferentes esferas del gobierno, las cuales reciben de la Constitución Federal innumerables competencias e ingresos tributarios necesarios para satisfacer los encargos. No obstante, la organización federativa del Estado acarrea la problemática de compatibilizar las autonomías de las diferentes esferas de gobierno para lograr la formulación de una política fiscal prevista en el ámbito nacional, de forma que podemos verificar las ventajas y desventajas del modelo de federalismo fiscal.

Como ventajas posee la racionalidad de las decisiones referentes a los gastos relativos a la proximidad con la autoridad que ordena los gastos y la colectividad que las demanda, además de menor costo administrativo del que en caso de administración

centralizada, sin mencionar la mejor oferta de servicios públicos. No obstante, presenta desventajas como la tendencia de agravar las situaciones regionales cuando está ausente la autonomía financiera necesaria; *guerra fiscal*<sup>704</sup> entre las entidades regionales y locales, las que verdaderamente empujan para atraer inversiones para sus territorios, con el fin de obtener mayor recaudación impositiva, pudiendo llevar al fracaso al mismo principio federativo<sup>705</sup>; limitación de uso extrafiscal de la tributación; descentralización del sistema recaudatorio<sup>706</sup>. De hecho, insta resaltar, que la descentralización excesiva “limita la eficiencia en la conducción de las políticas fiscales de estabilización y redistribución”<sup>707</sup>.

Como se puede constatar de la lectura realizada hasta la fecha, emprendida hasta el momento, cuando se refiere al federalismo fiscal, se tiene en mente una dislocación del poder político de un solo centro emanado para otros periféricos, con el objeto de una mejor satisfacción de las pretensiones locales y regionales, , simultáneamente con la asignación de un conjunto de competencias a esos órganos o entidades políticas (entes federados) acompañado de mecanismos o medios aptos para dar la autonomía necesaria para llevar a cabo la realización de esas actividades atribuidas, principalmente la

---

704 Este tema será discutido más adelante, cuando iremos a tratar los beneficios fiscales concedidos de forma unilateral por los Estados, lo que acarea perjuicio a la armonización tributaria.

705 Guerra fiscal puede ser conceptualizada como la exacerbación de prácticas competitivas entre entidades de una misma federación en busca de inversiones privadas. Favores fiscales atractivos incentivarían la migración de determinados agentes privados, los cuales, según postulados económicos clásicos, siempre tienden a buscar el menor costo productivo y, consecuentemente, mayor lucro. Para atraer inversiones a sus respectivos estados, los gobiernos infranacionales (como estados o Municipios) ofrecen a los contribuyentes determinados beneficios fiscales, como créditos especiales del ICMS o empréstitos subsidiados de largo plazo.

706 VALADÃO, Marcos Aurélio Pereira. **Limitações ao poder de tributar e tratados internacionais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p.126.

707 LANGEMANN, Eugenio; BORDIN, Luís Carlos Vitali. **Federalismo fiscal no MERCOSUR**. Poá: Palloti, 1993, p.14.

financiera. Finalmente, cualquier acto implica gastos de impuestos para abastecer las necesidades del factor humano y material que se realicen. Sin duda, tratar con autonomía financiera es convergente para las consideraciones sobre la recaudación de impuestos, esto es porque de la recaudación de fondos de las entidades políticas autónomas (entes federados) se da, en su mayor parte, a través de estos.

Así que, para evitar que como consecuencia de la asignación de competencia advenga un excesivo aumento de impuestos, es necesario solamente una mejor, más justa y racional repartición de ingresos, con el fin de evitar el debilitamiento del pacto federal por causa de una excesiva dependencia económico-financiera de los gobiernos locales y regionales como el gobierno federal. Por lo tanto, constatamos que la falta de equilibrio de la ecuación político-financiera fragiliza la federación, porque la autonomía política guarda estricta vinculación con la capacidad de auto-suficiencia.

#### *6.11) El federalismo fiscal en la Constitución Federal de 1988.*

De pronto, cabe evidenciar que la Carta Magna de 1988, diseñó un federalismo fiscal, como se ha visto antes, bastante rígido, de la siguiente forma: a) competencias tributarias exclusivas para todas las personas jurídicas de derecho público interno, b) transferencias constitucionales mandatorias<sup>708</sup>, que disciplinan el mecanismo de transferencias fiscales), c) transferencias verticales voluntarios para los fines más diversos, el ejemplo de los fondos de desarrollo regional, d) determinaciones *a priori* de destinaciones presupuestarias para todas las entidades, a ejemplo de lo que acontece con la educación,

---

708 cf. arts. 157 a 162 de la Constitución Federal.

e) autonomía financiera y presupuestaria para los entes federativos, relativizada con la nueva ley de responsabilidad fiscal.

Se destaca, igualmente, que el texto constitucional fortaleció el sistema federativo con una mayor política financiera, principalmente con la inclusión del Municipio, como dijimos anteriormente, como ente integrante de la Federación, porque aunque han habido algunas conquistas por las municipalidades desde la carta política de 1934, fue superada la discusión sobre la controversia de si el municipio era o no una entidad federativa, visto que la EC 1/69, en su art. 1º, se omitía sobre el asunto.

Entendemos, aún, que, con la Constitución de 1988 la Federación brasileña fue fortalecida en la medida en que las competencias legislativas y fiscales de la Unión fue disminuida y, por consiguiente, se aumentó la participación de los Estados y Municipios en los ingresos tributarios, verificada por el aumento del número de impuestos estatales y municipales con bases económicas fortalecidas<sup>709</sup>, en un claro esfuerzo de la implementación de un federalismo centrífugo, en contraposición al anterior federalismo centrípeto, de cuño centralizador.

#### *6.12) Federalismo Fiscal Brasileño.*

Finalizando este tema, haremos una breve incursión sobre el origen del federalismo fiscal brasileño<sup>710</sup>. Se denota que el Derecho Tributario Brasileño comenzó a ganar

---

709 Principalmente el aumento del abarcamiento del ICMS, de competencia estatal, sobre bases anteriormente tributadas por la Unión.

710 Cf. José Afonso da Silva, op. cit., p. 84. "La Federación brasileña es el resultado de luchas de los liberales contra el Poder Moderador, que centralizó en la persona del Emperador la administración del Imperio del Brasil hasta la Proclamación de la República, en 1889. Solo como la victoria de las fuerzas descentralizadoras es que surgió el federalismo como principio constitucional del Estado brasileño"

consistencia sistémica a partir de la Enmienda Constitucional Nº 18/1965<sup>711</sup>, resultado de un proceso evolutivo tributario<sup>712</sup>. La Constitución de 1946 trajo algunos principios constitucionales tributarios, conducidos, de forma escasa e inconsistente<sup>713</sup>.

El sistema tributario<sup>714</sup> de la Enmienda Constitucional nº 18/65, fue también el origen del Código Tributario Nacional y funcionó, al tiempo, de la evolución económica del Brasil y de los anhelos del fortalecimiento de la federación, en una concepción de organicidad y autonomía, en miras del equilibrio impositivo tributario.<sup>715</sup>

Cabe señalar, que el modelo de federalismo concebido en 1967 tenía dos componentes principales: (i) el refuerzo de la capacidad tributaria propia de los Estados-miembros y municipios, con la creación del Impuesto sobre Circulación de Mercancías (ICM), en la competencia de los Estados, y del Impuesto sobre Servicios (ISS), en la competencia de los municipios; y (ii) la institución del doble mecanismo de repartición de

---

711 Emendó la Constitución de 1946.

712 Bernardo Ribeiro de Moraes relata que "el embrión de ese sistema tributario (1965) es encontrado en el informe y en el anteproyecto de la Enmienda Constitucional 'B', presentados por la Comisión de Reforma de Discriminación Constitucional de Rentas Tributarias al término de sus trabajos, el 18 de junio de 1965. [...] Con la Emenda Constitucional nº 18/65, el sistema tributario brasileño estaba reformulado de modo radical. Trajo un nuevo sistema tributario, con sistemática diferente, integralmente innovadora, dominado por nuevos conceptos doctrinarios". (In: MORAES, Bernardo Ribeiro de. **Sistema tributário da constituição de 1969**. São Paulo: RT, 1973, p. 213-214.)

713 MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Sistema tributário na constituição de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 20.

714 "Se designa por sistema tributario el conjunto, más o menos coherente, de instituciones, reglas y practicas tributarias, consideradas en sus relaciones recíprocas, ya sea en cuanto a los efectos globalmente producidos sobre la vida económica y social. El sistema envuelve siempre organicidad. No basta la mera enumeración de los tributos para tener un sistema. Comprende otros elementos que no a simples nomenclatura de los tributos. Engloba principios y definiciones básicas, que denotan armonía y coherencia de los componentes". In: SILVA, José Afonso da. **Sistema tributário nacional**. São Paulo, RT, 1975, p.2.

715 Op. cit., p. 22.

los ingresos en la federación, con finalidades complementarias: los dos fondos de participación o, con funciones distributivas, y los dos fondos sectoriales de infraestructura, con funciones de cooperación<sup>716</sup>.

Fernando Rezende<sup>717</sup>, relata que la bandera de la descentralización, al redactar la Constitución de 1988, estampaba dos reivindicaciones de entidades federadas: (i) ampliación de las competencias tributarias del Estados y de los municipios, defendida por las unidades federadas más desarrolladas; y (ii) aumento de las transferencias de ingresos federales, sin ninguna condición en cuanto a su uso, defendida por aquellas unidades de menor desarrollo, estirando así el alcance del modelo de federalismo fiscal existente desde 1967<sup>718</sup>. Los fundamentos del modelo de 1967 no fueron alterados, habiéndose perdido el equilibrio del regirne de partidas y transferencias de recursos. Una de sus piernas fue amputada: la que cuidaba la cooperación intergubernamental (fondos sectoriales y de ecualización/cooperación) con respecto a la implementación de las políticas prioritarias para la promoción del desarrollo. El otro duplicó el tamaño (transferencias de recetas federales, sin ningún condicionante), causando una evidente dificultad del sustento del tal federalismo fiscal. Con la atrofia de la tercer pierna (de los

---

716 REZENDE, Fernando. **"Modernização tributária e federalism fiscal"**. In: REZENDE, Fernando; OLIVEIRA, Fabrício Augusto de (Orgs.). **Descentralización e federalismo fiscal no Brasil: desafios da reforma tributária**. Rio de Janeiro: Konrad Adenauer Stiftung, 2003, p 26.

717 Continuando en su análisis del federalismo fiscal brasileño.

718 Con la Constitución de 1988, a Unión entrego a los Estados-miembros la competencia (constitucional) para tributar combustibles, energía y comunicaciones pasando a hacer del campo de incidencia del ICMS, y fue ampliada la parcela del ingreso federal en el Impuesto de Renta (IR) y en IPI pasada a los fondos de participación, que pasaran a absorber prácticamente la mitad de la recaudación de los principales tributos de competencia de la Unión. Después, con la Emenda Constitucional nº 33/2001, fue incorporada a la Constitución de 1988, la matriz constitucional de la contribución conocida como CIDE-Combustibles, que, como resultado de presiones de los Estados-miembros y delos Municipios y por invasión de sus ámbitos de incidencias tributarias, tiene asegurada la participación en los ingresos recaudados, en los términos del art. 159, III y párrafo 4º, de la CF/1988.

incentivos fiscales al desarrollo regional), el trípode del federalismo fiscal se vuelve totalmente desequilibrado. Así el equilibrio del modelo de 1967, en el cual se basaba el federalismo fiscal de 1988, permaneció irremediablemente comprometido.

Por lo tanto, se percibe que el federalismo fiscal brasileño se tornó insustentable como resultado a las alteraciones producidas por la Constitución de 1988. Por consiguiente, condujo a la mayor utilización de ventana abierta en el art. 195, combinado con el art. 149 de la Constitución Federal de 1988, que dispone la creación de nuevos impuestos con la finalidad de dar cobertura financiera a esas obligaciones (sociales). Para esta apertura, consistente en la posibilidad de establecer contribuciones, entran los elementos (las citadas contribuciones) que definitivamente apartarán las chances de equilibrio entre los entes federados en sí y sus atribuciones.

Según Cid Heráclito de Queiroz, los elementos de equilibrio del federalismo fiscal brasileño fueron ignorados por los constituyentes de 1987-1988, que desorganizaron el sistema estructurado por los idealistas<sup>719</sup> de 1965 para expandir el reparto de los impuestos, elevar la carga tributaria y reducir, de modo sofocante, la participación de la Unión en esa carga tributaria, de más de 50% para 36,5% (en 1992), inviabilizando, así, el proseguimiento de las inversiones públicas que habían propiciado el notable desarrollo del período (1955-1985).<sup>720</sup>

---

719 Cid Heráclito de Queiroz cita Simões Lopes, Rubens Gomes de Souza, Gerson Augusto da Silva, Sebastião Santana, Gilberto Ulhoa Canto e Mário Henrique Somonsen.

720 QUEIROZ, Cid Heráclito de. **“Um Novo Enfoque para o Sistema Tributário Brasileiro”**. In: MORHY, **Reforma tributária em questão**. Brasília: Editora UnB, 2003, p. 185.

La consecuencia perversa de los cambios tributarios pós-1988 fue la deteriorada calidad del sistema tributario brasileño, con la ampliación de los impuestos acumulados (especialmente las contribuciones), cada vez más gravosos, que, en un contexto de integración y apertura económica, trajeron daños a la competitividad de los productos brasileños.

Por lo tanto como remate final, vemos que el proceso de formación del Estado Federal se dio en la forma de Federalismo por *segregación*, o sea, cuando la Federación resulta de la *descentralización* de un Estado unitario ya existente, por diversas razones (políticas, económicas, etc.) y luego surgen nuevos entes dotados de autonomía política, como podemos constatar en el caso de Brasil.

También observamos que el federalismo fiscal es guiado por los siguientes principios: a) la distribución constitucional de competencias; b) la autonomía estatal, comprendiendo la auto-organización, el autogobierno y la autoadministración; c) la participación del Estado-miembro en la organización y en la formación de la voluntad de la Federación; d) la discriminación constitucional de los ingresos *tributarios*, con la *asignación* de la competencia *tributaria* y la *distribución de los ingresos fiscales*.

Por lo tanto, el Federalismo Fiscal consiste en la existencia de diferentes esferas del gobierno, dotado de la asignación de reparto de los ingresos tributarios, teniendo como objetivo utilizar los recursos nacionales, en el sentido de transferir ingresos de las regiones más desarrolladas a las menos desarrolladas.

Percibimos en la práctica que el legislador constituyente de 1988 atendió los lineamientos básicos del federalismo fiscal estableciendo en el sistema constitucional



tributario patrio, lo siguiente: a) los entes de la Federación, Unión, Estados y Municipios tienen competencia para imponer y recaudar impuestos directamente; b) los impuestos pueden tener destino exclusivo para cada ente o pueden ser repartidos entre ellos.

Sin embargo, nos damos cuenta, en la práctica, la existencia de una distorsión del federalismo fiscal brasileño, relacionado al ICMS. Esta distorsión se produce como veremos más adelante, en razón a la utilización de la *función extra fiscal* de este impuesto, en que los Estados motivados por el deseo en la atracción de inversiones, ven, recurrentemente, concediendo beneficios fiscales para los contribuyentes, con el fin de invertir en sus territorios.

Ante lo expuesto, cabe resaltar que este proceso resulta de una desarmonía tributaria en el ámbito del federalismo fiscal brasileño, puesto que, la concesión de estos beneficios ocasiona tipos de cargas tributarias<sup>721</sup> diferenciadas para los productos importados y exportados en operaciones desarrolladas en los países partes del bloque.

Cabe señalar que este hecho va en contra de lo establecido en el Tratado de Asunción, al determinar que los Estados-miembros del bloque deberán armonizar en sus ordenamientos internos la legislación tributaria, cuyo tema es el objeto de estudio a seguir.

## **7) Armonización de la Legislación Tributaria**

Antes de alcanzar el codiciado mercado común, último fin de este proceso de integración regional, existen muchas diferencias que deben eliminarse entre los Estados-

---

721 Carga tributaria debe ser entendido por el resultado final del impuesto a ser pagado en determinada operación.

parte, el primer y más urgente desafío será implementar la compleja armonización tributaria de los Países- miembros del MERCOSUR, entendida ésta como una adecuación de las normas tributaria de cada país a los criterios comunes que permitan eliminar o reducir las distorsiones que afecten las relaciones económicas intrabloque.

En este pensamiento, entiendo que es imposible hablar de integración económica sin volver la vista a la cuestión tributaria. Por lo tanto, puede decirse que la inecuación de las asimetrías existentes en el campo fiscal puede limitar el proceso de integración.

En este caso, en relación al MERCOSUR, esa ecuación se vuelve más difícil en la medida en que el Tratado de Asunción no disciplino un sistema tributario ni trató la materia con profundidad – porque es un acuerdo para la formación del bloque, y no su constitución lista y concluida – aunque, debido a su importancia estratégica para la integración, lo señalan como un resorte para impulsar el logro de los objetivos del bloque, sugiriendo que los países utilicen el mecanismo de la armonización tributaria, no como un fin, sino como un medio para alcanzar el deseado mercado común<sup>722</sup>.

De esta forma, como advierte González Cano, “los procesos de integración económica requieren cierto grado de armonización tributaria, cuya intensidad se vincula con el tipo de integración y la etapa del proceso vigente en cada caso”.<sup>723</sup> En esta línea, esta armonización se hace necesaria en la medida en que son diversas las asimetrías existentes en los sistemas tributarios de los cuatro países componentes del bloque, principalmente Brasil, que prácticamente agota el sistema tributario en la Constitución

---

722 Cf. art. 1º, inciso final.

723 Op. cit., p. 847

Federal, en cuanto que los demás países del bloque, apenas trazan en sus cartas políticas, en materia tributaria, los principios y normas básicas sobre competencia, permitiendo una mayor flexibilidad del sistema.

No obstante, antes de hacer consideraciones sobre la necesidad de la armonización tributaria como etapa necesaria para la implementación del MERCOSUR, es necesario que hagamos un breve análisis y una síntesis comparativa entre el sistema tributario de cada uno de los países que componen el bloque, particularmente de la tributación indirecta, principal esfera que necesita ser armonizada a fin de alcanzar la deseada integración regional. Desde ya, resaltamos que esta tarea no es por demás ardua, teniendo en cuenta la misma base de los sistemas jurídicos de los cuatro países, no habiendo grandes abismos entre los respectivos sistemas tributarios, siendo vive, no obstante, la armonización tributaria.

*7.1) Breve esbozo sobre la forma de tributación en los países integrantes del MERCOSUR.*

*7.1.1) Sistema tributario de Argentina.*

La Argentina aún no sistematizó su derecho tributaria, basando su estructura básicamente en la Constitución que, no obstante no tenía dedicado ningún capítulo específico al sistema tributario, prevé principios y competencias en materia tributaria, relegando al legislador ordinario la reglamentación y las modalidades de exenciones, que, en la opinión de algunos, significa un enfriamiento en la seguridad jurídica de los contribuyentes, en cuanto que para otros, proporciona una mayor adaptación de la normatividad interna a las necesidades del mercado resultante del proceso de integración regional, cuyo desarrollo es directamente proporcional al menor endurecimiento tributario

constitucional, en la medida que simplifica la armonización tributaria entre los países-miembros del bloque económico.

Además, la Argentina no posee un código tributario, a pesar de que existen innumerables proyectos en este sentido, razón por la cual los contribuyentes tributarios argentinos dicen que el país aún está distante de un sistema tributaria ideal.

Predomina la distribución de jurisdicciones entre la Nación y las Provincias, las cuales tienen competencia para exigir impuestos directos, ejemplo; el *impuesto sobre los ingresos brutos*, sobre el ejercicio habitual de la actividad comercial, profesionales autónomos, industrias, locaciones de bienes, ejecución de obras y prestación de servicios; el *impuesto inmobiliario*, incidente sobre la condición de propietario y del *impuesto de sellos*, incidente sobre la instrumentalización de actos jurídicos (hipotecas, escrituras, contratos, etc.).

En relación a los impuestos del Estado Federal, más significativos en los términos de recaudación, son: *El impuesto a las ganancias*, incidente sobre la renta de las personas físicas y jurídicas. *El impuesto sobre consumo específico*, de carácter acumulativo, incide sobre la fabricación de algunos productos, como tabaco, bebidas alcohólicas, vehículos de transporte de pasajeros y motores, entre otros, el resultado del grado dañoso, la salud o el medio ambiente.

El impuesto sobre la transferencia de combustibles, regido por las Leyes 24.698/96 y 25.239/99, tiene como hipótesis la incidencia a todo acto de venta y consecuente transferencia de combustibles líquidos o derivados de gas natural o hidrocarburos. En el

caso del combustible transferido ser u óleo diésel, la exención de la recaudación beneficia a la seguridad social.

El *impuesto al valor agregado (IVA)*, principal tributo en los términos de la recaudación incide sobre el consumo, siendo, por consiguiente, no acumulativo como lo indica la buena técnica en relación a los impuestos indirectos.

Establecido por medio de la Ley Nº 20.631, de 29.12.1973, y habiendo sufrido innumerables alteraciones, las más recientes efectuadas en el 2002, es el IVA argentino el factor desencadenante de varias operaciones individuales, entre ellas la venta de cosas muebles, obras, locaciones y servicios previstos en la ley. Posee alícuotas variables que giran en torno del 18%, alcanzando, así, un máximo del 27%. En cuanto a las exenciones, existen para el pan común, agua, leche, como para otros géneros alimenticios de primera necesidad, fertilizantes, medicamentos, combustibles derivados de hidrocarburos, sillas de rueda, marcapasos, catéteres, válvulas, órganos artificiales, periódicos, o papel para su edición, libros, entre otros. También hay una serie de casos que el impuesto no incidirá sobre los servicios, es el ejemplo del transporte terrestre y acuático nacional de pasajeros, electricidad de uso residencial, telefonía prestada a través de teléfonos públicos, etc., además de la exoneración total de las operaciones de exportación.

Se desprende del art. 10 de la Ley 20.631/73, modificado por la Ley 25.239/99, la base imponible del IVA es el precio líquido de los productos y servicios, constante en la factura o documento equivalente. En caso de importación, la base imponible será el valor del producto o servicio, acrecido del valor del Impuesto de importación.

En relación a la alícuota de la exención, originalmente de 18% (dieciocho por ciento), fue elevada para el 21% (veintiuno por ciento) por la Ley N° 24631, en vigor desde el 1° de abril de 1996, para lograr un plan de ajuste fiscal más amplio, ante la necesidad de reforzar los ingresos alícuota que fue mantenida por la Ley 25.239/99 en relación a algunos productos y servicios, habiendo, entretanto, alícuotas de hasta el 27% (veintisiete por ciento), para ventas de gas, servicios de suministro de energía eléctrica y telecomunicaciones, entre otros.

Es importante hacer hincapié en el aspecto espacial de la hipótesis de incidencia del IVA argentino. De acuerdo con la legislación vigente, se adopta el criterio del destino, en este caso, el lugar del acontecimiento del hecho generador es el lugar donde se produce la venta del producto, la realización de la obra, la locación o la prestación de los servicios.

En relación al aspecto temporal, la obligación tributaria surge en el momento exacto de la realización de la operación jurídica mercantil que genera la circulación de la cosa mueble, la prestación del servicio o la efectividad de la locación.

En el aspecto personal, se tiene como regla del sujeto pasivo, la persona íntimamente vinculada al aspecto material de la hipótesis de incidencia tributaria, siendo este el contribuyente del derecho, aunque, en relación a los impuestos indirectos, existe la figura del contribuyente de hecho, este, efectivamente soporta la carga del impacto tributario que viene incluido en el precio, no obstante no tiene responsabilidad tributaria frente al Estado. Compete resaltar, también, la característica de la no acumulatividad del IVA argentino, principio que impide la cobranza del impuesto en cascada.

El método adoptado por la legislación argentina es la substracción, o sistema de créditos y débitos fiscales. En este método, el valor del gravamen a ser pagado surge de la diferencia entre las ventas y compras, efectuándose las deducciones por la modalidad de crédito del impuesto, deduciendo del impuesto incidente sobre las ventas o prestaciones de servicios, el impuesto pagado en las compras.

En materia del IVA y otros impuestos indirectos internos, la competencia del Estado Federal y las provincias es concurrente, exceptuándose los impuestos aduaneros indirectos, de competencia exclusiva de aquel. Además de estas competencias, existe un régimen especial de participación de las provincias en los impuestos nacionales y de participación de los municipios en los impuestos provinciales.

#### *7.1.2) Sistema tributario de Paraguay.*

El sistema tributario paraguayo es bastante sencillo, y esto se explica por el hecho de ser un Estado unitario, no existiendo, por lo tanto, competencia tributaria originaria de los Municipios.

Tal como ocurre con la Constitución de la República Argentina, la Constitución del Paraguay tampoco logró delimitar en su texto un capítulo específico para tratar el sistema tributario, dejando al legislador ordinario la tarea de definir cuáles serían las excepciones que compondrían el sistema tributario.

La Ley nº 125/91, cuyo principal objetivo es adaptar el impuesto indirecto a la competitividad externa y a las normas internacionales, facilitando el desarrollo del ansiado mercado común, cuyo puntapié inicial fue dado en aquel año, alteró el sistema tributario

de aquel país, habiendo delineado y modificado los impuestos del país antes existentes: el impuesto sobre la renta, impuesto unificado sobre los ingresos de las personas físicas como consecuencia de su actividad profesional, impuesto inmobiliario, impuesto selectivo al consumo, impuesto sobre la comercialización interna del ganado bovino, impuesto único sobre empresas de pequeño porte, impuesto sobre actos y documentos, además de haber establecido el Impuesto sobre el Valor Agregado, las más significativa innovación en el área tributaria paraguaya.

El IVA paraguayo, establecido por la ley mencionada fue regulado por el Decreto N° 13.424/92. Incide sobre toda operación de venta o importación de productos o prestaciones de servicios, excluidos aquellos de carácter personal y prestado en relación de dependencia.

Existe exención sobre los productos agropecuarios en su estado natural, monedas extranjeras, divisas y títulos públicos y privados, incluyendo acciones, bienes inmuebles, juegos de azar y apuestas, combustibles derivados de petróleo, entre otros.

La base imponible del impuesto es el precio líquido del producto o servicio, sobre el cual incide actualmente una alícuota de 10% (diez por ciento), teniendo una reducción de la base imponible en un 20% (veinte por ciento) de las importaciones.

El aspecto temporal que provoca el nacimiento de la obligación tributaria se corresponde con el suministro del bien, la emisión de la factura u otro acto equivalente, así como la cancelación del servicio o entrada de la mercancía en el territorio nacional. En relación al criterio espacial del IVA paraguayo, ha sido el lugar de nacimiento de la obligación y aquel en el cual se realiza la venta o prestación del servicio.



Asimismo, en el sistema paraguayo el IVA, ha adoptado el principio de la no acumulatividad, expreso en el art. 86, de la Ley Nº 125/91, aplicándose el conocido sistema de créditos y débitos.

### *7.1.3) Sistema Tributario de Uruguay.*

Así como el Paraguay, el sistema tributario uruguayo es bastante simple. Con bases encontradas en la Constitución, la competencia tributaria está dividida en dos niveles de gobierno: el nacional y el departamental. Al contrario de los otros dos países citados anteriormente, posee un sistema tributario más organizado, cuyos impuestos están disciplinados e un Código Tributario.

La competencia tributaria del gobierno nacional abarca cuatro impuestos básicos: el *impuesto sobre la renta*, incidente sobre la renta de las personas jurídicas; el *impuesto a las ganancias de las personas jurídicas*, incidente sobre el patrimonio, teniendo como base imponible de cálculo el lucro contable ajustado; el *impuesto al valor agregado – IVA* y el impuesto específico interno (IMESI), que grava la venta de los productos también onerados con el valor agregado.

El IVA es el principal tributo que grava el consumo, disciplinado por el Texto Ordenado (T.O.) de 1991, tiene una base imponible amplia, incidente sobre la circulación de bienes y prestaciones de servicios. Es multifacético, no acumulativo, tiene alícuotas que varían de 12% a 22%, dependiendo de la esencialidad del producto o servicio.

### *7.1.4) Sistema Tributario de Brasil*

Entre los países que conforman el MERCOSUR, Brasil es aquel que tiene mayor carga fiscal y el más complejo sistema tributario, constitucionalmente organizado y exhaustivo, que enumera todos los tributos que forman parte de la estructura impositiva de la Federación brasileña (arts. 145, 148 e 149), trae, además de los principios tributarios e inmunidades, una lista de impuestos de competencia de cada entidades política (sujeto activo), hipótesis de incidencia, base imponible y sujeto pasivo.

Conforme a la doctrina y a la propia interpretación de los artículos constitucionales que traen reglas de competencia tributaria, la Constitución Federal no crea impuestos, pero los distribuye entre la Unión, los Estados, el Distrito Federal y los Municipios para instituirlos y recaudarlos. Para efectuarse esa distribución, el constituyente tuvo en consideración la estructura federativa del Estado brasileño, establecida en el art. 1º de la CF, según la cual la República Federativa del Brasil está “formada por la Unión indisoluble de los Estados y Municipios y del Distrito Federal”, siguiendo la tradición de nuestra legislación, distribuyendo los impuestos incidentes sobre el consumo (IPI, ICMS, ISS, COFINS, PIS) y sobre el patrimonio (ITR, IPVA, IPTU), por ejemplo, con todas las entidades de la federación, utilizando un criterio lógico e integrado de la institución, la fiscalización y recaudación de impuestos, en el cual se busca establecer una relación exacta entre la definición de la teoría económica y la contrapartida empírica usada para la cobranza del impuesto, tal como ocurre en otros estados federados, ejemplo de Alemania y Argentina, en los cuales hubo distribución de las bases de los impuestos a ser cobrados de la sociedad a cada ente político: los impuestos incidentes sobre el consumo y sobre la renta son de competencia del gobierno central y los impuestos de transmisión y propiedad están en la competencia de los entes subnacionales, sin olvidar

la necesidad de crear mecanismos de transferencias de los recursos intergubernamentales, tanto horizontalmente entre los mismos niveles de gobierno, como verticalmente entre las diferentes esferas, nunca ni en Brasil ni en los demás estados federales esta distribución fue capaz de proveer recursos para que hubiese un equilibrio en los presupuestos de cada nivel de gobierno.

Aunque se reconoce la imposibilidad de la teoría económica de encontrar una fórmula cerrada para resolver la cuestión tributaria de la misma manera en los diferentes Estados, cada país tiene sus características y peculiaridades, presentando rasgos comunes, pero también marcadas diferencias, entendemos que esa tradición en la distribución de la competencia fiscal tributaria existen en Brasil, especialmente en los impuestos incidentes sobre el consumo, tales como, PIS, COFINS e IPI, de competencia de la Unión (arts. 149 y 153, IV), ICMS, de competencia de los Estados (art. 155, II) y ISS, de competencia de los Municipios (art. 156, III), dificulta una reforma tributaria que objete reunir esos tributos en uno solo, como deja entrever la Propuesta de la Emenda Constitucional que mira a alterar el Sistema Tributario Nacional en discusión en el Congreso<sup>724</sup>, en la medida en que los entes subnacionales no acepten abrir mano de su competencia tributaria en cuanto a esos impuestos sobre el consumo, además de existir discusiones doctrinarias acerca de la permisibilidad constitucional de la concentración de los impuestos sobre el consumo en uno solo en la etapa del principio federativo, como veremos adelante.

---

724 Confiere el art. 5º da PEC nº 228/04

En el escenario actualmente vigente, la Unión tiene la titularidad de siete impuestos mencionados, previstos en los incisos del art. 153, además de los impuestos de competencia residual, los cuales deben ser creados por una ley complementaria, deben ser no cumulativos y no pueden tener el mismo hecho como hecho imponible o base imponible de aquellos ya discriminados constitucionalmente (art. 154, I) y de los impuestos extraordinarios en caso de guerra externa o su inminencia, en los términos del art. 154, II.

En los incisos I y II del art. 153 están previstos los impuestos sobre el comercio exterior, son, el impuesto sobre la importación de productos extranjeros y sobre la exportación de los productos nacionales o nacionalizados (incisos I y II del art. 153, de la CF/88), los cuales no presentan mayores dificultades de comprensión.

En el art. 153, III contempla la previsión para la institución del impuesto sobre la renta y ganancias de cualquier, cuyo concepto está delineado en el art. 43 de la Ley Nº 5.172/66, que establece el Código Tributario Nacional, aprobado por la Constitución de 1988 como ley complementaria.

La injerencia del gobierno central sobre el consumo, es decir, el impuesto sobre productos industrializados, está previsto en el inciso IV del art. 153. La referida exención alcanza los valores resultantes de los beneficios producidos en los productos durante la etapa productiva. Por determinación del art. 153, § 3º, I, de la CF/88, el IPI adoptará el principio de la selectividad, debido a la esencialidad del producto, razón por la cual tendrán alícuotas diferenciadas, según el interés económico de aumentar, controlar o disminuir su consumo.

La Constituyente otorgó a la Unión la competencia para instituir el impuesto sobre operaciones de crédito, cambio y seguro o relativo a títulos o valores mobiliarios, conocido como impuesto sobre operaciones financieras (IOF), previsto en el art. 153, V; un impuesto incidente sobre el patrimonio, el impuesto territorial rural (ITR), previsto en el art. 153, VI<sup>725</sup> y, por fin, el impuesto sobre grandes fortunas, previsto en el inciso VII, dependiendo de la reglamentación por la ley complementaria, norma que hasta el presente no fue publicada.

A los Estados, le competen los impuestos de transmisión *causa mortis* y donación, de cualquiera de los bienes de derecho, previsto en el art. 155, I, de la CF/88, el impuesto sobre operaciones relativas a la circulación de mercancías y sobre prestaciones de servicios, de transporte interestatal e intermunicipal y de comunicación (ICMS), el impuesto más importante que incide sobre las relaciones de consumo, cuyas normas generales están disciplinadas en la Ley Complementaria nº 87/96, además el impuesto sobre la propiedad de vehículos automotores (IPVA), previsto en el art. 155, III.

Los Municipios, contemplados por la ecuación federativa de 1988 con cuatro impuestos, ostentan la titularidad de tres, es el impuesto sobre ventas por menor (IVV) fue extinto por la EC Nº 3/93. Tributan la propiedad y su transmisión a través del IPTU e ITBI, previstos en los arts. 156, I y II, respectivamente, además de tributar las relaciones de consumo a través del impuesto sobre servicios (ISS), cuyo consentimiento está previsto

---

725 La Emenda Constitucional Nº 42/03, introdujo una novedad al prever que el ITR será fiscalizado y cobrado por los Municipios, que quedaron con la receta de ese tributo. Por lo tanto, deberán los Municipios optar, en forma de ley, por ese beneficio, desde que no reduzcan la alícuota establecida por la ley federal o concedan cualquier otra forma de renuncia fiscal.

en el art. 156, III, este impuesto tiene la hipótesis de la incidencia y demás aspectos materiales personales y temporales delineados por la Ley Complementaria 116/03.

## 7.2) El Proceso de Armonización de las legislaciones tributarias

Es imprescindible mencionar que la consolidación del MERCOSUR dependerá de una minuciosa armonización del sistema tributario de los países integrantes. Cuando se registra la necesidad de constituir un órgano que se responsabiliza por la actividad armonizadora siempre es recordada en primer lugar la experiencia de armonización tributaria realizada en la Comunidad Económica Europea, por esa razón debemos analizar en este estudio, la experiencia de la Unión Europea.

En esta línea de pensamiento destacamos lo que expresa Carlos Molina:

“[...] Con la implementación del Mercado Interior Único Europeo, mercado que cubre todo el territorio de la Unión, es necesario, coordinar los sistemas económicos nacionales, y acercar el sustrato jurídico en que se desenvuelve la actividad económica. Para que este Mercado sea posible, debe existir un alto grado de **homogeneidad**<sup>726</sup>. (la negrita me pertenece)

El termino armonización corresponde a la aproximación entre diversas legislaciones, eliminando gradualmente las diferencias sustanciales para la consecución del mercado común. Es decir, no todos ni cualquier tema debe ser armonizado, solamente aquellos que impiden el desarrollo del proceso integracionista. Se trata, de manera general, compatibilizar los sistemas tributarios efectuando modificaciones en la legislación y en las prácticas pertinentes a la materia, con la finalidad de eliminar las distorsiones, respetando

---

726 Op. cit., p. 315.

las identidades nacionales, los valores éticos y la diversidad cultural y socio-económica de los pueblos, que determinan, en gran parte, las diferencias en los sistemas tributarios. Luego, el principal objetivo de la armonización es llegar a los sistemas nacionales que permitan, al mismo tiempo, conciliar los objetivos de la integración económica con el respeto de las identidades nacionales.

De hecho, vale señalar, que constan en el Tratado de Asunción dos principios y reglas, los cuales están intrínsecamente vinculados a la temática de nuestro objeto de estudio, tales son, el *Principio de Reciprocidad de Derechos y Obligaciones* y el *Principio de No-discriminación* y el compromiso de los Estados Partes de **armonizar sus legislaciones**, en las áreas pertinentes conforme en los arts. 1º 2º y 7º, respectivamente:

“Artículo 1º - Los Estados Partes deciden constituir un Mercado Común, que deberá estar conformado al 31 de diciembre de 1994, el que se denominará "Mercado Común del Sur" (MERCOSUR). Este Mercado Común implica:

La libre circulación de bienes, servicios y factores productivos entre los países, a través, entre otros, de la eliminación de los derechos aduaneros y restricciones no arancelarias a la circulación de mercaderías y de cualquier otra medida equivalente;

El establecimiento de un arancel externo común y la adopción de una política comercial común con relación a terceros Estados o agrupaciones de Estados y la coordinación de posiciones en foros económico-comerciales regionales e internacionales;

La coordinación de políticas macroeconómicas y sectoriales entre los Estados Partes: de comercio exterior, agrícola, industrial, fiscal, monetaria, cambiaria y de capitales, de servicios, aduanera, de transportes y comunicaciones y otras que se acuerden, a fin de asegurar condiciones adecuadas de competencia entre los Estados Partes y;

El compromiso de los Estados Partes de armonizar sus legislaciones en las áreas pertinentes, **para lograr el fortalecimiento del proceso de integración.** (la negrita me pertenece)

“Art. 2º. El Mercado Común estará fundado en la reciprocidad de derechos y obligaciones entre los Estados Partes.

Art. 7º. En materia de impuestos, tasas y otros gravámenes internos, los productos originarios del territorio de un Estado Parte gozarán, en los otros Estados Partes, del mismo tratamiento que se aplique al producto nacional”

Como corolario de estos dos dispositivos, los Estados parte deben adecuarse al sistema tributario de manera que no haya distorsiones y evitando así, conflictos en las relaciones económicas. A propósito, vemos la valiosa lección de Claudino Pita:<sup>727</sup>

“la armonización tributaria es un proceso a través del cual varios países efectúan de común acuerdo modificaciones en sus sistemas tributarios para tornarlos compatibles, de modo de no generar distorsiones que afecten sus relaciones económicas en el contexto de un tratado de integración económica.”

Concluyendo con su pensamiento. Claudino Pita<sup>728</sup>, arremata de forma categórica:

“no constituye la armonización tributaria un fin en sí misma, visto que se trata de un medio para permitir el cumplimiento de los objetivos del proceso de integración, deben concebirla como esencialmente dinámica. En otras palabras, la amplitud y el ritmo de la armonización serán dictados por el desarrollo del proceso de integración. Y cada etapa de este proceso tiene objetivos económicos que corresponden a la armonización tributaria, puesto, que esto constituye un medio de efectivizarlos, eliminando las dificultades que puedan surgir de los impuestos o introduciendo los que sirvan de estímulo para el logro de aquellos objetivos.”.

Identificando esta problemática específica, Hugo González Cano<sup>729</sup> advierte que:

“Respecto de la forma en que debe llevarse a cabo la armonización, algunas corrientes de opinión han sostenido - basándose en un criterio netamente político - que debe formularse una política tributaria global para todo el grupo, que consulte los objetivos regionales y en base a ella diseñar una estructura tributaria armonizada. Esta solución que tiende a uniformar o igualar a sus últimas consecuencias, significaría igualar las tasas de los tributos y la determinación de la base imponible, los criterios de aplicación y aun el grado de eficiencia de la administración. Esta solución aplicada en sentido absoluto resulta muy rígida y por ello no parece conveniente ni practicable, y en general ha sido desechada en los procesos de integración especialmente en sus primeras etapas. Obviamente la unificación de la política tributaria y la uniformidad de la estructura impositiva conceden mayor prioridad a los objetivos regionales frente a los nacionales, y quitan flexibilidad a los países para manejar un instrumento que puede ser de

---

727 PITA, Claudino. **Uma abordagem conceitual da harmonização tributária no MERCOSUR**. In: *MERCOSUR: perspectivas da integração*. Antônio Salazar P. Brandão; Lia Valls Pereira [Orgs.]. Rio de Janeiro: Editora da Fundação Getúlio Vargas, 1996.

728 PITA, Claudino. Op. cit., pp. 131-132.

729 CANO, Hugo González. **La armonización tributaria y la integración económica**. Buenos Aires: Interoceanicas, 1994.



importancia fundamental para la implementación de las políticas económicas nacionales. Ello hace que tampoco se consideren las diferentes condiciones que existen en cada país.”

La armonización tributaria se configura, como un medio idóneo en la obtención de la coordinación de políticas tributarias entre los Estados miembros de un proceso de integración, evitando o disminuyendo al máximo posible la presencia de distorsiones de las más variadas naturaleza. En otros términos, la armonización tributaria corresponde a un intento para eliminar las contradicciones, dudas o conflictos en las relaciones tributarias que abarcan más de un ordenamiento jurídico.

Es importante subrayar que la armonización tributaria no implica, necesariamente, uniformidad del conjunto de normas tributarias, inclusive las relativas a incentivos fiscales. Es en realidad, una compatibilización de los sistemas tributarias de los Estados-miembros, o, utilizando la expresión traída a colación por Heleno Taveira Tôrres,<sup>730</sup> de una “calibración” de los respectivos sistemas tributarios estatales, proporcionando la eliminación o reducción de contrastes eventualmente existentes. En este caso, imaginar la armonización en cuanto a la política tributaria global para todos los Estados participantes de un determinado proceso de integración sería inconveniente y poco realista.

Como análisis final, percibimos que la armonización tributaria configura un carácter eminentemente procedimental, constituyendo una técnica jurídica destinada a eliminar los contrastes existentes, caracterizados por el enfrentamiento entre las reglas en el

---

730 Op. cit., p. 517.

pluralismo de las ordenes normativas implantadas y coordinadas en el espacio correspondiente a un determinado proceso de integración, en vistas a establecer una disciplina legislativa común sobre las materias tributarias específicas, posibilitando, de esa manera, la reducción de los obstáculos y distorsiones económicas no pasibles de una inmediata uniformidad.

### *7.2.1) La importancia de la armonización tributaria*

Como hemos visto en el pasado reciente, el proceso de integración regional no es igual, o mejor dicho, existen diferentes etapas que llevan a la integración económica y política, etapa bastante avanzada. Así, un determinado espacio económico puede estar estructurado en forma de zona de libre comercio para los productos intrarregionales, manteniéndose inalteradas las tarifas aduaneras de los países-miembros provenientes de terceros países. También, se puede constituir una unión aduanera, en que vigora también una tarifa externa común, o un mercado común, que garantice el libre tránsito, no solo de mercancías, sino también de factores de producción, capital y trabajo. Finalmente, puede tomar la forma de unión monetaria o de unión política.

Es importante es que quede bien claro, que para lograr cualquiera de estos objetivos es necesario la armonización de las legislaciones internas de los Estados implicados, en la medida necesaria para evitar que el conflicto normativo ensañe desigualdades indeseadas, atentatorias a los fines de la integración.

En relación al impuesto sobre el consumo, la armonización tributaria pretende evitar distorsiones en la libre competencia entre los productos y servicios provenientes de todos los países integrados. Consiste, fundamentalmente, en la decisión sobre qué país, el de

origen o el de destino de las operaciones intraregionales de circulación de mercancías y servicios, mantendrá la potestad exclusiva de tributarlo, así como en el compromiso recíproco de no discriminación, que garantice a los bienes importados de otro país, el idéntico tratamiento dispensado a los similares nacionales.

Debe tenerse en mente, que la armonización de las legislaciones tributarias nacionales no es, una tarea fácil. Las mismas circunstancias que la tornan intransferibles las hacen un campo de disputas feroz, que se traduce en la negativa de los Estados envueltos en transigir sobre el asunto tan próximo la noción de la soberanía cuanto a la tributación y, principalmente, a abrir mano de una parcela de su recaudación. Así es que, incluso en la exitosa experiencia europea, la coordinación de la aplicación indirecta se encuentra todavía en la etapa de transición, mientras que la tributación directa apenas ha comenzado a implementarse. Se destaca, además, que, con la asignatura del Acto Único Europeo, en 1986, las Directivas del Consejo de la Unión Europea pasaron a ser tomadas por mayoría cualificada. Para la armonización de materias impositivas, no obstante, conservo el principio anterior de unanimidad.

En el MERCOSUR, y cuando se trata específicamente a Brasil, como hemos visto en el primer capítulo, la dificultad natural se agrava por la polémica sobre la constitucionalidad de los tratados internacionales firmados por la Unión y ratificados por el Congreso Nacional, en aquello que disponen sobre los impuestos reservados a la competencia privativa de los Estados y Municipios (nada menos que el ICMS — Impuesto sobre la Circulación de Mercancías y Servicios de Transporte Interestatal e Intermunicipal y de Comunicación, perteneciente a los Estados, y el ISS — Impuesto sobre Servicios, de

competencia municipal, impuestos indirectos de la familia del IVA, de cuya armonización depende el éxito de la integración).

La doctrina es unánime en reconocer la indispensabilidad de la armonización para el logro de los objetivos del MERCOSUR, siendo el principal de ellos la formación de un mercado común, en el cual queda asegurada la libre circulación de personas, bienes y capitales.

En este sentido, se cita, a Marcos Simão Figueiras. Según este doctrinador: “La armonización es condición necesaria para que el mercado común funcione como si fuese un solo país, esto es, sin que los impuestos impliquen controles fronterizos y sin que las diferencias provoquen distorsiones económicas en cuanto a la radicación de inversiones y movimientos de capitales, de servicios, y de trabajadores. Si no se encuentra solución a estos problemas, el MERCOSUR no llegara a un mercado común, fase más avanzada de la Zona de Libre Comercio y la Unión aduanera<sup>731</sup>.”

Por lo tanto, entendemos, como se destacará en la conclusión de este trabajo, la necesidad de cambios en nuestro sistema impositivo en aquello que se refiere al ICMS, pensando en la inserción del país en el escenario globalizante, en el cual se revela indispensable aliarse a los bloques económicos.

*7.3) Las técnicas de aproximación legislativa: coordinación, armonización y normalización.*

---

731 FIGUEIRAS, Marcos Simão. **O MERCOSUR no contexto latino-americano**. São Paulo: Atlas, 1994, p. 64.

Es sabido que uno de los aspectos más relevantes del proceso de integración entre los países del MERCOSUR, se refiere a la eliminación de las diferencias legislativas que puedan dificultar u obstaculizar su desarrollo. En el ámbito tributario significa la búsqueda de la coordinación que facilite el desarrollo comercial, excluyendo la *guerra fiscal*, o beneficios a favor de esta o de aquella empresa. Tiene como objeto promover la armonización de los países del bloque, para que pueda alcanzarse la Justicia y la seguridad en las relaciones comerciales y sociales internacionales.

Recordamos que en el aspecto práctico existen otras discusiones sobre la forma de realizar la armonización tributaria. Sin embargo, nos quedamos con lo que la doctrina nos enseña, lo que indica que existen tres niveles de armonización (ésta como un proceso) legislativa: 1) coordinación; 2) armonización; y 3) normalización. Sin embargo, la forma extranjera acrecienta más, es decir, la unificación. Cosechamos las enseñanzas una vez más de Carlos Molina<sup>732</sup>: “[...] Sin embargo hay que tener en cuenta que el término aproximación no es el único utilizado, también se usan otros como coordinación, armonización y unificación. Debemos entender que se han de distinguir dos opciones clave: unificación y aproximación, que implicarían: - La unificación: los supuestos en que el Tratado habilita a la Unión Europea a dictar disposiciones que sustituyan al Derecho en los Estados miembros. – La aproximación: toda clase de acciones normativas en que sólo se incide parcialmente en las legislaciones de los Estados miembros, dejándole a estos la elección de los medios para alcanzar el objetivo fijado por la Unión Europea.”

---

732 Op. cit., pp. 315-316.

### 7.3.1) *Coordinación*

La *coordinación* está relacionada con el *establecimiento de estrategias comunes entre los Estados que integran los bloques o mercados*,<sup>733</sup> con el establecimiento de un cierto equilibrio entre sus disposiciones normativas, a través de *medidas aisladas por los Estados involucrados*.<sup>734</sup> En cuanto a la coordinación, cabe señalar que aún hay poquísima o incluso ninguna proximidad normativa entre los ordenamientos jurídicos internos de los Estados. Siendo así, éstos deciden realizar determinadas medidas que juzgan, de común acuerdo, necesarias para la consecución de los objetivos del proceso de integración al cual están afiliados.

### 7.3.2) *Armonización*.

A su vez, la *armonización* se encarga de establecer principios legislativos para ser obedecidos por cada país. Ella pretende suprimir o amenizar (hacerlas compatibles) las diferencias entre las disposiciones de derecho interno. Cuando se refiere a la armonización, está en mente el entendimiento que ya hay proximidad legislativa entre los Estados implicados. Finalmente, como el proceso es gradual, la coordinación sirvió para fijar las bases necesarias para tal aproximación. La aplicación efectiva de esta etapa es vital si se pretende alcanzar un mercado común, porque es ella quien termina de viabilizar

---

<sup>733</sup> RIBEIRO, Maria de Fátima Ribeiro. **O preço de transferência (transfer- pricing): da coordenação à harmonização tributária no MERCOSUR**. In: IX Encuentro Internacional de Derecho de América del Sur – los procesos de integración en el nuevo milenio. La Paz: UCB, 2000, p. 230.

<sup>734</sup> .Ibid.

las libertades económicas fundamentales: la libertad de establecimiento, la circulación de bienes, personales y capitales, y la libertad de concurrencia.

En este sentido, es imposible discutir una real integración del MERCOSUR si se ignora la real necesidad de armonización de las leyes del ámbito internacional (del bloque) con las leyes internas de los Estados involucrados. Todavía, hay que destacar que el pleno funcionamiento del MERCOSUR no está condicionado a la eliminación de todas las diferencias legislativas que por ventura existen entre los ordenamientos jurídicos internos. Basta con ser eliminadas aquellas que de alguna manera puede contribuir negativamente para el normal funcionamiento del bloque o que puedan perjudicar o atentar contra el lento proceso de integración en marcha.

De hecho, puede considerarse, hasta cierto punto el resguardo de sus límites, útil o saludable para que el bloque mantenga determinadas asimetrías normativas si éstas estuviesen relacionadas al rasgo de la formación cultural, la identidad nacional de un pueblo. Esto representaría una conciliación de los objetivos en foco en el proceso de integración (político y económico) con aquel más alto deber de respeto de las identidades nacionales.

### *7.3.3) Normalización.*

La normalización, último etapa en el proceso de la armonización legislativa que los Estados involucrados pueden alcanzar, presupone una igualdad total de las legislaciones

internas, *presupone más que una aproximación, exigiendo una identidad de texto*<sup>735</sup> (la cursiva me pertenece), esto es, una identidad de las reglas comunes a las que se someten los Estados-Partes.

Normalizar, semióticamente hablando, es volver idéntico, dar una forma igual, invariable, al objeto en análisis, que en el presente caso es la legislación interna de los Estados participantes del proceso integracionista. En el ámbito tributario, representa la igualdad de las *cargas impositivas que recaen sobre una misma materia tributable, vale decir, igualar las legislaciones de un determinado impuesto en los aspectos tanto estructurales como técnico- formales y referentes a las alícuotas.*<sup>736</sup>

Se destaca que la normalización tributaria, debido a su difícil logro, solo puede verse en la etapa de la integración económica, el estado más avanzado dentro del proceso de integración.

En esta etapa, los objetivos tributarios meramente nacionales son sustituidos por los anhelos del bloque como un todo. No obstante, para que eso sea realmente posible, se presume que el bloque instituyó un mecanismo único de producción e interpretación legislativa, vale decir, un órgano que tenga plenos poderes, para representar la voluntad de los Estados-Partes, para editar normas que vayan directamente dentro de sus territorio, que sean aprobadas integralmente y prevalezcan sobre los ordenamientos jurídicos internos de todos ellos, algo como el adoptado en la Unión Europea.

---

<sup>735</sup> RIBEIRO, Maria de Fátima. op. et loc. cit.

<sup>736</sup> PITA, Claudino. op.cit., p. 132.



Como en el párrafo *supra*, la normalización exige un marco jurídico del tipo comunitario (creación de órganos supranacionales) dentro del bloque para que ultime. Por lo tanto, partiendo de tal premisa, se puede llegar a la conclusión de que el MERCOSUR está lejos de alcanzar una uniformidad de sus legislaciones, en especial, en el ámbito tributario. Finalmente, hay innumerables obstáculos en la institución de órganos de carácter supranacional en el MERCOSUR por ser este de carácter intergubernamental. Además, el Tratado de Asunción vislumbra solamente la coordinación y la armonización, no se refiere a la normalización y, con acierto, porque este método incluso en la Unión Europea se prevé para un futuro próximo.

De esta manera, lo que se nota es que discutir la armonización legislativa de los Estados-Partes del MERCOSUR significa evidenciar cual es el nivel de compromiso que cada uno de esos actores del proceso integracionista pretende llevar adelante. Significa determinar hasta qué punto realmente desean integrarse.

#### *7.4) Métodos de armonización legislativa aplicables en el Mercado Común del Sur.*

Como ya se ha visto, el Tratado de Asunción expresa el compromiso de los Estados miembros de armonizar sus legislaciones. A través del Protocolo de Ouro Preto los cuatro países se comprometen a adoptar todas las medidas necesarias para asegurar, en el ámbito de sus territorios, el cumplimiento de las normas emanadas de los órganos del MERCOSUR con la capacidad decisoria<sup>737</sup>.

---

737 art. 38.

En el artículo centrado sobre la armonización en el MERCOSUR, Maristela Basso nos dice:

En el Derecho internacional, son dos los métodos de armonización legislativa: a) a través de la Ley Uniforme, o, en Brasil, Ley del Cheque; b) a través de convenciones internacionales<sup>738</sup>. En el primer caso, los estados se comprometen, mediante un acuerdo internacional, al incorporar en sus derechos nacionales la ley uniforme por ellos elaborada. En el segundo, el mismo texto de la convención es una ley uniforme que deberá ser incorporada a los ordenamientos jurídicos internos de los Estados de la manera por ellos escogida, respetando los estándares mínimos fijados en la convención<sup>739</sup>.

Sin embargo, la utilización de los dos métodos mencionados anteriormente solo se producen cuando no pre existe la obligación de la armonización legislativa, que no es el caso del MERCOSUR, ya que el Tratado de Asunción expresamente alberga esa obligatoriedad, de modo que la armonización podrá ser hecha a través de las decisiones del Consejo del Mercado Común y de los acuerdos celebrados entre los integrantes del bloque, siempre que haya consenso, tras lo cual habrá la adopción de los procedimientos constitucionales internos para la aprobación de los actos internacionales<sup>740</sup>.

Según Werter Faria:

---

738 Carlos Molina, Op. cit., p. 318, apunta cinco posibilidades de métodos de armonización, los cuales son: "La armonización puede ser: - Total, - Opcional, -Máxima, -Mínima, - Parcial."

739 BASSO, Maristela.. **Harmonização do Direito nos países do MERCOSUR**. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, v. 33, 2000, p. 101.

740 Ver arts. 38 y 42 del Protocolo de Ouro Preto. En la Constitución Federal de 1988, y art. 49, I dispone la competencia exclusiva del Congreso Nacional resolver definitivamente sobre tratados, acuerdos o actos internacionales que impliquen encargos o compromisos gravosos al patrimônio nacional.

“[...] Ya existe la obligación internacional relativa a la armonización de la legislación, ninguno de estos sistemas es aplicable al MERCOSUR. La armonización puede ser realizada por acuerdos internacionales entre los Estados-partes o por decisiones del Consejo, tomadas por consenso y con la presencia de todos los miembros. En los términos del art. 42 do Protocolo de Ouro Preto, estas decisiones vinculan a los Estados-partes a incorporarlas en sus ordenamientos jurídicos, según los procedimientos prescriptos para imprimirles fuerza obligatoria. Es un método que difiere de las convenciones integradas porque la obligación de crear normas concernientes a la armonización de la legislación y para introducir las en los territorios de los Estados-partes preexiste a su elaboración<sup>741</sup>.

Frente a estas aclaraciones, analizaremos la siguiente inquietud acerca de las legislaciones tributarias.

### *7.5) La preocupación por las legislaciones tributarias*

El mercado común, es redundante, constituye la apertura de los mercados de los países concordantes para la práctica mercantil entre sí, esta práctica se materializa en las actividades de cambio de mercancías en la prestación de servicios. Con esto, es imperioso analizar todos los actos concernientes al MERCOSUR, en un primer plano, como facilitadores de esa integración de mercados, casi exclusivamente.

Se pretende con eso dejar claro que el art. 7° del Tratado de Asunción, determina el tratamiento isonómico de los Estados-miembros en relación a los impuestos, tasas y otros tributos, tiene la finalidad precípua, no en el tema tributario en sí, sino garantizar la libre competencia entre los mercados que están integrados.

Esta visión tiene influencia directa y acentuada en relación al proceso de integración de los sistemas impositivos, puesto que tenderá, como se verá, para armonizar,

---

741 FARIA, Werter R. Métodos de harmonização aplicáveis no MERCOSUR e incorporação das normas correspondentes nas ordens jurídicas internas. In: BASSO, Maristela (Org.). *MERCOSUR, seus efeitos jurídicos, econômicos e políticos nos Estados-membros*. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 1995. p. 82-83.

prioritariamente, los impuestos incidentes sobre el consumo, dejando los tributos patrimoniales, principalmente aquellos relacionados a la propiedad, a cargo de los respectivos sistemas nacionales, y, en cuanto al impuesto sobre la renta, se mantiene el actual mecanismo de evitar la doble tributación a través de los tratados internacionales específicos.

Queda clara tal intención cuando es analizada en la Acta 4, que fue la primera reunión importante sobre la armonización tributaria del Subgrupo de Trabajo 10, realizada en Buenos Aires, del 14 al 16 de septiembre de 1992, donde se decidió analizar y comparar preliminarmente:<sup>742</sup>

1. impuestos nacionales selectivos sobre el consumo;
2. impuestos provinciales, estatales y municipales sobre el consumo;
3. impuestos sobre las transacciones con divisas y títulos;
4. impuesto al sello.

Es evidente la voluntad de los cuatro países en priorizar los impuestos sobre las relaciones de cambio, de manera mercantil, de manera particular. Al comentar este Acta y su relación con el art. 7° de Tratado de Asunción, Stella M. V. Scalet y Sílvia F. Oporto escriben: "Sobre este particular las delegaciones concluyeron, sin margen de duda, que las disposiciones del artículo citado no avigora durante el período de transición, lapso durante el cual corresponde analizar la legislación de cada país-miembro a fin de detectar, entre otras, aquellas disposiciones que pueden representar subsidios o ventajas que será

---

742 FERNANDES, Edison Carlos. **Sistema tributário do MERCOSUR**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

necesario armonizar en el curso de dicho período para evitar distorsiones en el flujo comercial de la región. ".<sup>743</sup>

Por este motivo, será dado el énfasis al trabajo elaborado por la Comisión de Asuntos Tributarios bajo el título *Informe sobre la Armonización de los Impuestos Generales al Consumo en el MERCOSUR*.

#### 7.6) *Informe sobre la armonización de los impuestos generales al consumo en el MERCOSUR*

*Este informe fue elaborado en base a las conclusiones obtenidas a raíz de las respuestas dadas por las delegaciones que integran la Comisión al Cuestionario sobre Impuestos Generales al Consumo, aprobadas por la reunión llevada a cabo durante el mes de mayo de 1993, y que fueron proporcionadas y revisadas en las reuniones realizadas durante los días 24 al 27 del mes de agosto, 20 al 23 de septiembre y 26 al 29 de octubre, la primera en Asunción y las dos últimas en Montevideo.*

*Con el mismo fin, también se ha tomado en cuenta las observaciones que merecía el proyecto del informe preliminar sobre el mismo tema, presentado a esta Comisión por la delegación de la República Argentina, en su reunión del 22 al 26 de noviembre pasado, efectuada en la última ciudad antes mencionada.*

*Su propósito consiste en proporcionar una descripción global de los impuestos generales sobre el consumo, en consideración especial de aquellos aspectos que pueden implicar discriminaciones u originar efectos acumulativos en el tráfico internacional, señalando las asimetrías más significativas detectadas, para luego indicar posibles alternativas de armonización y los inconvenientes que podrían sobreponerse frente a las características estructurales que actualmente presentan los gravámenes aplicados en los países del MERCOSUR.*

*Resulta oportuno indicar que en el presente informe se consideran conjuntamente los impuestos vigentes en Argentina, Paraguay y Uruguay, por la similitud de sus características estructurales; no obstante, los gravámenes aplicados en la República Federativa del Brasil se describen por separado.<sup>744</sup>*

---

743 SCALET, Stella Maria V. e OPORTO, Sílvia F. Coordenação de políticas macroeconômicas. In BAPTISTA, Luiz Olavo e MERCADANTE, Araminta de Azevedo e CASTELLA, Paulo Borba (orgs.). MERCOSUR, das negociações à implementação. São Paulo : LTr, 1994. P. 162.

744 Introdução ao documento **Informe sobre la Armonización de los Impuestos Generales al Consumo en El Mercosur**. Essa Comissão foi composta pelos seguintes membros: Delegação da Argentina: Juan Carlos Ranno e Rodolfo Alberto Balbi; Delegação do Brasil: Eugênio Lagemann; Newton Repizo de Oliveira; Luís

Con este texto comienza el *Informe*. Por tratarse de un documento oficial, como ya dijimos y reafirmamos, nos detendremos, a partir de ahora, en el análisis de su contenido, siguiendo a veces, para mantener la fidelidad, las divisiones que en él están contenidas, en algunos momentos, incluso el mismo título fijado en el original<sup>745</sup>.

#### *7.7) Descripción de los impuestos sobre el consumo aplicados en los Estados-miembros del MERCOSUR*

Es necesario en este ítem, antes de entrar en las conclusiones de la Comisión de Aspectos Tributarios, retomar algunos temas, a saber, los impuestos generales sobre el consumo en cada uno de los cuatro Estados-miembros del MERCOSUR, incluso porque el documento en análisis comienza con tal descripción.

La Argentina, Uruguay y Paraguay aplican a nivel nacional (los dos últimos porque son Estados Unitarios) el Impuesto al Valor Agregado (IVA) de tipo consumo, o sea, incide sobre las relaciones de consumo, compra y venta y prestaciones de servicios. Todavía, cada uno de esos Estados, aun ofreciendo hipótesis de incidencia semejantes, difieren en algunos conceptos.

En el de Argentina, el impuesto recae sobre la venta de bienes corpóreos muebles, situados o colocados en el territorio nacional, define la venta como todo acto que importe la transferencia de dominio, a título oneroso, de la cosa negociada. Además de esto, la transacción deber ser hecha por un comerciante habitual. En suma, se puede decir que,

---

Carlos Vitali Bordin; e Paulo Roberto Valdez Silveira; Delegação da Paraguai: Castor Acosta Melgarejo; Delegação do Uruguai: David Eibe; Maria Del Rosário Berriel; e Marta Pacchiotti.

745 Cf. FERNANDES, Edison Carlos. Op. cit., pp. 111-112.

en relación al consumo configurado en la compra y venta, el IVA argentino se destaca por incidir sobre las transacciones onerosas en que haya transferencia de dominio y por definir el sujeto pasivo como el comerciante profesional (*habitualmente*), es decir, aquel que ejerce el oficio de comercialización habitualmente y como sustento.

Paraguay, a su vez, como consecuencia de una voluntad legislativa de atender el sentido económico de los actos comprendidos en la relación de consumo, tiene su IVA incidiendo sobre la alienación de los bienes (*enajenación*), ya sea a título oneroso, o ya sea a título gratuito, desde que haya transferencia de la propiedad, o que proporcione el derecho a quien los recibe de disponer de la cosa como si fuese el propietario. El IVA uruguayo incide sobre la alienación o la circulación de bienes, solamente a título oneroso.

Aquí y en el IVA anterior, la alienación o la circulación puede ser de bienes muebles, inmuebles e, inclusive, bienes intangibles, esto es directos. En ambos casos, la transacción debe ser realizada por el propio país, es decir, a semejanza de la Argentina, obedece a la situación del bien. Tanto Paraguay como Uruguay hacen una vinculación de las operaciones gravadas por el impuesto al consumo con la actividad económica desarrollada por el sujeto pasivo. En el primer país, la condición de contribuyente es atribuida a las empresas que desenvuelven actividades industriales, comerciales o de prestación de servicios; en el segundo, es el contribuyente quien ejerce las actividades empresariales comprendidas en el *impuesto a las rentas de la industria y comercio*.

En cuanto a la actividad de la prestación del servicio, por tratarse de un impuesto de tipo consumo, se debe tener en mente que la incidencia del IVA, en los tres países, recae

sobre las prestaciones de servicios en general que se llevan a cabo en el país. Sin embargo, existen algunas particularidades entre ellos.

En la Argentina y en Uruguay se exige la onerosidad. Específicamente para el primer caso, esto debe presumirse en ciertos servicios determinados taxativamente en una lista legal y de hecho (explícitamente) en otros tipos de servicios. Además de esto, el IVA argentino no se refiere expresamente al sujeto pasivo, siendo gravado, entonces, toda y cualquier prestación de servicio, inclusive las eventuales, lo que no se producen el segundo país hace la vinculación del impuesto a la actividad económica del contribuyente. Tal vinculación existe también en el Paraguay que tiene su IVA incidiendo sobre la prestación del servicio tanto onerosa como gratuita. En los dos últimos países (Uruguay y Paraguay), el impuesto solamente grava la prestación de servicio, aunque sea necesaria la alineación o circulación de bienes.

En referencia al elemento espacial del impuesto, se puede decir que, de manera general, el IVA incide sobre la actividad de la prestación del servicio realizada en el territorio de los países. El único caso de determinación legal de criterios para definir la ubicación de la prestación del servicio es el impuesto paraguayo, que hace para las actividades de asistencia técnica, cesión de uso de bienes y derechos y reaseguro. Además de incidir sobre la compra y venta de la prestación de servicios, el IVA grava también las importaciones, puesto que sean éstas definitivas y de bienes muebles.

Con relación a la base imponible, en los tres países donde existe el IVA, se considera el precio o la contraprestación líquida pactada antes de la transacción, es decir, un valor de la operación en que se excluye el impuesto que la misma genera. Esto significa que el



impuesto es cobrado por fuera, proporcionando una alícuota nominal aplicada igual a la alícuota efectiva. De la base imponible, la Argentina aún, excluye del valor de la operación los impuestos selectivos y específicos sobre el consumo; Paraguay y Uruguay incluyen los referidos impuestos.

Las importaciones tienen un tratamiento propio. No en la Argentina que aplica el IVA sobre el valor del bien considerado en la aduana para el pago de las tasas de importación, incluyendo esas tasas y toda la tributación sobre el negocio, excluyéndose el mismo IVA y los demás impuestos sobre el consumo, sí en Paraguay y no en Uruguay, donde, en el primerio, el cálculo de la base imponible toma en cuenta el valor aduanero del bien incluyendo todos los impuestos incidentes en la operación, con excepción del IVA. Si la importación es realizada por el mismo consumidor, o sea, por el contribuyente del impuesto, todavía hay un incremento de 30% de la base imponible. Por otro lado, en el caso de tratarse de bienes taxativamente enumerados en una lista legal, de los cuales son ejemplos, los productos electrónicos, de perfumería, bebidas, hay una reducción del 20% de la misma base. En el caso del segundo (Uruguay), se toma el bien por el costo CIF<sup>746</sup> incluyéndose los gastos aduaneros; y, o por un no contribuyente, la base imponible se eleva en un 50%.

En cuanto a la determinación del impuesto, se trata de un tributo de tipo consumo y que se utiliza de mecanismo de créditos y débitos para evitar el efecto acumulativo. Es

---

746 La cláusula CIF significa: Cost, Insurance and Freight (Custo, Seguro e Frete), en que cabe al exportador todos los gravámenes y obligaciones legales desde el punto de venta hasta el punto de destino, como, por ejemplo, flete, seguro y documentos de embarque, y al importador, recibir la mercancía y pagar los gastos del destino.

conveniente explicar que el IVA de tipo consumo prevé el derecho a un crédito fiscal por todas las actividades que integran las operaciones gravadas y no se benefician por las exenciones y las importaciones efectivamente sujetas a los impuestos. Cada operación de la cadena de consumo incide el impuesto; el valor de ese impuesto representa el crédito fiscal que el sujeto del proceso tiene para ser lanzado contra el débito que nacerá con la realización de la operación siguiente de la cadena. Ese sistema de créditos y débitos (impuesto contra impuesto) continúa hasta el consumidor final que toma la carga del pago del tributo.

Es importante hacer algunos comentarios acerca del tratamiento de las exportaciones. Argentina y Paraguay eximen, las exportaciones de bienes corpóreos muebles del IVA, ya que en Uruguay las excluyen del campo de incidencia del gravamen. Sin embargo, en los tres países existen mecanismos de recuperación del impuesto pagado en las etapas anteriores de la cadena de consumo. Esa recuperación presupone la compensación del referido impuesto con el débito fiscal del periodo originario de las demás operaciones en que haya incidencia del IVA. En el caso de los débitos fiscales no absorben por completo el monto de créditos no aprovechados en las exportaciones o el exportador no actúa en el mercado interno, esos derechos son aprovechados de la siguiente forma:

*Argentina* – se constituyen créditos contra otros impuestos recaudados por la federación o aún pueden ser restituidos o transferidos a terceras personas;

*Paraguay* – se transforman en título, mediante certificado de créditos tributarios nominativos, que pueden ser transaccionados;

*Uruguay* – existe semejanza al sistema argentino, pueden ser compensados con otros impuestos, siempre que no sean departamentales o negociados mediante cesión de derechos.

Estudiados los impuestos generales sobre el consumo en la Argentina, Uruguay y Paraguay, resta ahora hacer referencia a la tributación al consumo en Brasil. Aquí, se encuentran tres tipos de impuestos incidentes sobre el consumo: el Impuesto sobre Productos Industrializados (IPI), de competencia federal; el Impuesto sobre la Circulación de Mercancías y Servicios de transporte intermunicipal e interestatal y de comunicación (ICMS), de competencia estatal y distrital; y el impuesto sobre servicios de cualquier naturaleza (ISS), cuya recaudación es municipal. El primero es el denominado *impuesto selectivo o específico al consumo*, en cuanto a los otros dos pueden ser considerados como *impuestos genéricos al consumo*.

Al contrario de lo que ocurre con el IVA, los socios de Brasil en el MERCOSUR, la imposición brasileña al consumo es del tipo producto, o sea, no existe una tributación única a todas las etapas y formas de relación de consumo, depende del producto consumido, sea mercancía o sea servicio. Esta es una consecuencia de la estructura tributaria brasileña que prevé un impuesto sobre la circulación de mercaderías y sobre la prestación del servicio.

Con respecto a las hipótesis de incidencia, específicamente del ICMS, dentro del campo de circulación de mercancías, básicamente, se puede considerar tributadas las siguientes operaciones: a) salida de mercancías del establecimiento del contribuyente por cualquier título; b) entrada en el establecimiento de mercancías proveniente de otra unidad de la federación; c) suministro de alimentos, bebidas y otras mercancías en restaurantes, bares y otros similares con la inclusión de los servicios prestados; d) suministro de mercancías como la prestación de servicio comprendido en la incidencia del ISS, desde

lo expresamente previsto; e) recebimiento de las mercancías importada; f) adquisición de los bienes a través de subasta pública.

Es de señalar que, a la luz de la incidencia prevista en el apartado e) retro, la actividad importadora está incluída en el concepto de *circulación de mercancía*. En cuanto a la prestación de servicios, la misma Constitución Federal consagra su alcance: servicios de transportes intermunicipal e interestatal y servicio de comunicada.

La base imponible generalmente es el precio de la operación, incluyendo al propio impuesto (ICMS) en el total, es lo que se denomina cálculo por dentro, lo que ocasiona una alícuota efectiva mayor que la nominal. E incluye, también, en la base imponible el IPI, en el caso que el sujeto pasivo no sea contribuyente de este tributo federal, siendo, por lo tanto, considerado como costo de la mercancía.

El impuesto general sobre el consumo, de competencia estatal, se aplica de manera semejante al IVA, estudiado anteriormente. Existen en Brasil, el sistema de créditos y débitos fiscales, o sea, impuesto contra impuesto, que pretende eliminar el efecto acumulativo. Dentro de este sistema existen algunos mecanismos que tienen por objetivo proporcionar verdaderos beneficios fiscales para ciertos contribuyentes o ciertas operaciones. Se puede citar como ejemplo el crédito fiscal presunto, que es el otorgamiento de créditos ficticios, que sirven para reducir los costos de las entidades asistenciales o para compensar el impuesto correspondiente a los ingresos por financiamientos a pequeños empresarios, y el mantenimiento del crédito fiscal por las entradas de materia-primas, material de embalaje, material secundario etc., utilizados en la fabricación de productos industrializados destinados a la exportación.

En relación a las exportaciones, los bienes industrializados destinados al exterior, están excluidos del campo de incidencia por un dispositivo constitucional (inmunidad). También hay en las leyes complementarias y ordinarias, diferentes exenciones concedidas a las exportaciones.

En el caso del ISS, en conformidad con lo establecido también en la Constitución Federal, la incidencia es sobre los servicios enumerados en la lista anexa del Decreto-ley 406/68, con la redacción dada por la Ley Complementaria 56/87. La interpretación de la Comisión de Aspectos Tributarios sigue la línea de la mayoría de la doctrina brasileña que enseña ser la lista taxativa, o sea, solamente recae en la imposición del ISS en los servicios explícitamente encontrados en la lista legal. Sin embargo, se debe resaltar que esta no es una orientación pacífica.

La misma Comisión, después de analizar los tributos generales sobre el consumo en los Estados-miembros del MERCOSUR, concluye que la imposición brasileña es verdaderamente complicada y repleta de matices, lo que inviabiliza un estudio más detallado y completo acerca de la armonización de estos tributos. Asimismo, Mismo así, aunque el tratamiento de la forma genérica del ICMS y del ISS, el *Informe* compara el ICMS y el ISS con los IVA's, describiendo sus principales diferencias y llega proponer medios de integración tributaria. Eso es exactamente lo viene a continuación.<sup>747</sup>

### 7.8) *Las principales diferencias detectadas*

---

747 Cf. Edison Carlos Fernandes. Op. cit., p. 118

La primera diferencia presentada es la estructura de los tributos estudiados. El IVA de Argentina, Paraguay y Uruguay es un impuesto de tipo consumo, que permite la constitución de créditos fiscales para la compra y venta de bienes o por la prestación de servicios en general. El ICMS brasileño adopta la estructura del IVA tipo producto que, a pesar de ser de la misma forma no-cumulativo, solamente proporciona créditos fiscales a las actividades inheridas dentro de su campo de incidencia, estando fuera la prestación de servicio en general, tributada por el ISS. Esto hace que el efecto acumulativo sea parcialmente eliminado.

Se suma al deficiente sistema de eliminación de la acumulabilidad otra dificultad estructural, es decir, por ser de competencia estatal y distrital, el ICMS combina los principios de imposición de origen y de destino, para proporcionar una mayor distribución de la recaudación sobre la actividad de consumo.

En cuanto al campo de incidencia de los tributos genéricos al consumo, también existe diferencia, porque los IVA's paraguayo y uruguayo incluyen los bienes incorpóreos (intangibles) directos, lo que no ocurre con el IVA argentino y el ICMS y el ISS brasileño. Además de eso, la compra y venta, para los propósitos de la tributación al consumo, es tratada conceptualmente diferente en los cuatro países. En Argentina se caracteriza por requerir la transmisión de la propiedad y ser practicada por el comerciante habitualmente; en Uruguay, por ser la circulación de bienes a título oneroso, por cualquier sujeto de derecho; en Paraguay, se trata de tributar la alienación de bienes, a título oneroso o gratuito, también por cualquier sujeto; y, en Brasil, incide sobre la circulación de mercancías practicada por el comerciante profesional, a cualquier título, inclusive a la transferencia de un establecimiento a otro.

El sistema de créditos y débitos, a pesar de ser utilizado en los cuatro signatarios del Tratado de Asunción, diverge en la medida en que en la Argentina, en Paraguay y en Uruguay todas las operaciones de consumo proporcionan créditos fiscales, pero solamente en las operaciones efectivamente realizadas. En Brasil, solamente otorga crédito tributario las operaciones sometidas al ICMS; sin embargo, existe la figura del crédito presunto, como forma de incentivo.

Existen desemejanzas también con relación a la base imponible. Mientras en el IVA se grava el valor líquido del negocio jurídico, haciendo que la alícuota nominal sea igual a la efectiva, en el ICMS el total referente al impuesto es parte de la base imponible, causando distorsiones entre la alícuota efectiva y la nominal.

El tratamiento dado al comercio exterior tampoco es igual. En las importaciones, las bases de cálculo de cada uno de los tributos son diferentes: en Argentina se aplica el IVA sobre el valor del bien considerado en la aduana para el pago de las tasas de importación, incluyendo estas tasas y toda la tributación sobre el negocio, excluyéndose el IVA; en Paraguay la base imponible considera el valor aduanero del bien, incluye todos los tributos incidentes en la operación, excluido el IVA; siendo la importación hecha por el propio consumidor con un incremento del 30% de la base; y, en el caso de tratarse de bienes taxativamente enlistados legalmente, hay una reducción del 20% de la misma base<sup>748</sup>.

---

748 Cf. Edison Carlos Fernandes. Op. cit., p.120

En Uruguay, el valor inicial es el costo CIF, al cual se incluyen las tasas aduaneras: y si las importaciones fueron realizada en nombre propio y por cuenta de terceros, sujeto del impuesto o no, o por un no contribuyente, la elevación es del 50% de la base imponible.

Finalmente, el ICMS toma en cuenta el precio de la operación, incluyendo el propio impuesto (ICMS) en el monto (cálculo por dentro) e incluye el IPI y todos los gravámenes aduaneros.

Por otra parte, en las exportaciones, Argentina y Paraguay prevén exenciones y Uruguay la no-incidencia, siempre permitiendo la recuperación de los créditos fiscales; en Brasil, los productos industrializados, están protegidos por la no-incidencia con el mantenimiento del crédito fiscal correspondiente a la materia prima, material de embalaje y todos los otros empleados en la producción<sup>749</sup>.

#### *7.9) La armonización de los impuestos generales sobre el consumo.*

La discusión sobre la armonización de la legislación tributaria, específicamente de los impuestos al consumo, en el ámbito del MERCOSUR, tanto en la esfera del Subgrupo de Trabajo 10, como en la SubComisión 2 y en la Comisión de Aspectos Tributarios, se pacta, principalmente, en cuatro órdenes de preocupación:

1. En los impuestos generales al consumo, la aplicación de los tratamientos más gravosos para los bienes procedentes de los Estados socios, para elevar su precio, produciría un efecto similar al de las tarifas aduaneras reducidas o eliminadas mediante

---

749 Cf. Edison Carlos Fernandes. Op. cit., p. 119



el programa de liberación comercial, dando como resultado una reinstalación de las mismas barreras, ahora a través de la vía de impuestos al consumo.

2. Cuando las leyes de imposición al consumo contuviesen tratamientos menos onerosos para las operaciones locales, estas disposiciones otorgarían subsidios tributarios para la comercialización de bienes o prestación de servicios locales, conduciría a los mismos resultados nocivos al Mercado Común arriba expuestos.

3. Otra causa de distorsión se presentaría si el Estado-miembro del MERCOSUR, donde procede los bienes y servicios, los grava, total o parcialmente, como aquel Estado-miembro que los recibe, produciendo un efecto acumulativo que implicaría, en este último país, un aumento en la carga fiscal de tales bienes o servicios, consecuentemente, aumentarían su precio.

4. Finalmente, en relación a las importaciones de bienes provenientes de terceros países, se debe tener presente que, mediante la aplicación de una tarifa externa común (TEC), los tratamientos que pueden discriminar tales bienes, se les impone una carga tributaria superior a la aplicada a los productos producidos localmente y a los socios del Mercado Común del Sur, implican ejercer una política proteccionista, por medio de los instrumentos fiscales.

Sin embargo, el punto central discutido fue el análisis de los principios impositivos, a saber, el principio de imposición exclusiva en el país de origen y el de la imposición exclusiva en el país de destino.

El primero atribuye el derecho de imposición a los bienes y servicios, objeto del tráfico mercantil internacional, al país donde se produjeron tales bienes o servicios. De este modo, cualquier sea el destino del producto, va incorporada la carga tributaria aplicada por el primero.

La Comisión entiende que es el mayor mérito de este principio impositivo (exclusivamente en el origen) el hecho de ser eliminadas las fronteras fiscales, una vez que el impuesto se haya incidido, agilizando los trámites y reduciendo los costos que implican los controles aduaneros. La aplicación del principio de imposición en el origen presupone, una armonización de la carga tributaria practicada en los Estados asociados, siendo necesario normalizar los criterios de imposición, por ejemplo, la base imponible, como también la alícuota empleada. En cuanto a las alícuotas, la Comisión sugiere que no es imperioso que inmediatamente se proceda a la práctica del mismo total porcentual, pudiendo apenas, en un primer momento, establecer una propuesta donde este pueda transitar.

Al suprimirse los controles aduaneros, la Comisión constata, que el principio considerado requeriría a las Administraciones tributarias de cada Estado-miembro la fiscalización de las operaciones realizadas entre asociados, que comporten la salida o entrada de bienes o servicios, atendiéndose, exclusivamente, la documentación en poder del contribuyente situado en su jurisdicción. Esta fiscalización exigiría un mayor trabajo puesto que los impuestos sobre el consumo, tiene a la persona, que soporta la carga impositiva el propio consumidor, y no al comerciante o al prestador de servicio. La preocupación gira en torno del hecho de que el acreedor del impuesto es el país donde se

originó el producto de la transacción de consumo, y el deudor se encuentra en el país donde ese mismo producto fue destinado.

Otro problema planteado por el órgano del MERCOSUR responsable por el estudio de la armonización tributaria fue que la aplicación del principio de la imposición exclusivamente en el origen debe ser restringidos en las transacciones entre los Estados signatarios del Tratado de Asunción. Si no es así, los productos y servicios destinados a la exportación para los terceros países sufrirían un incremento en su precio, disminuyendo sus condiciones de competitividad frente al comercio exterior.

Finalmente, existen aún dificultades técnicas burocráticas referidas al sistema de compensación de los impuestos (mecanismo del "impuesto contra impuestos"), esto es, el sistema de créditos y débitos practicado por todos los Estados-partes del MERCOSUR.

El segundo principio impositivo es aquel que atribuye el derecho de imposición al país de destino del bien servicio. Por esa sistemática, el Estado exportador descarga del precio de su producto (bienes o servicio) el valor del impuesto, eximiendo o excluyendo del campo de aplicación del impuesto de las respectivas operaciones y permitiendo la recuperación del impuesto que afecta sus costos. Por otro lado, el país de destino, que recibe el producto, aplicará la carga tributaria practicada dentro de su territorio; con eso, el *quantum* de tributo injerido en el precio del producto y por lo tanto, la transferencia de la carga impositiva al consumidor final, será el mismo tanto para los productos comercializados internamente como lo que son fruto de la importada. Como consecuencia, se exige que los impuestos sean estructurados de acuerdo con una única modalidad

técnica que satisfaga la obtención de la carga tributaria similar, armonizando las características estructurales básicas que impone esa modalidad.

Tales estructuras básicas arriba descritas, concluye la Comisión, se refieren a todos los aspectos que contribuyen a definir el campo de aplicación del impuesto, es decir, la base imponible, la extensión del crédito fiscal, los tratamientos dispensados a la etapa agropecuaria y otros regímenes especiales, algunas líneas generales sobre alícuota y ciertas restricciones en materia de exención u otros beneficios fiscales.

El principal inconveniente presentado fue el mantenimiento de las fronteras fiscales en las importaciones y exportaciones de bienes entre los países asociados y, por consiguiente, de las gestiones aduaneras para el control de esas operaciones.

Esto ocurre porque será en la aduana donde se procederá la tributación del impuesto sobre el consumo, cuyo sistema es el de la imposición en el destino, haciendo que los productos importados reciban el mismo tratamiento tributario de los productos internos.

*7.10) Tratado de Asunción y la armonización de los impuestos generales sobre el consumo*

El art. 1º del Tratado de Asunción establece los principios fundamentales y la finalidad del MERCOSUR:

**ARTICULO 1º**

*Los Estados Partes deciden constituir un Mercado Común, que deberá estar conformado al 31 de diciembre de 1994, el que se denominará "Mercado Común del Sur" (MERCOSUR).*

*Este Mercado Común implica:*

*La libre circulación de bienes, servicios y factores productivos entre los países, a través, entre otros, de la eliminación de los derechos aduaneros y restricciones no arancelarias a la circulación de mercaderías y de cualquier otra medida equivalente;*

*El establecimiento de un arancel externo común y la adopción de una política comercial común con relación a terceros Estados o agrupaciones de Estados y la coordinación de posiciones en foros económico-comerciales regionales e internacionales;*

*La coordinación de políticas macroeconómicas y sectoriales entre los Estados Partes: de comercio exterior, agrícola, industrial, fiscal, monetaria, cambiaria y de capitales, de servicios, aduanera, de transportes y comunicaciones y otras que se acuerden, a fin de asegurar condiciones adecuadas de competencia entre los Estados Partes; y*

***El compromiso de los Estados Partes de armonizar sus legislaciones en las áreas pertinentes, para lograr el fortalecimiento del proceso de integración.(la negrita me pertenece).***

La Comisión de Aspectos Tributarios, del estudio en examen, recuerda que cuando se refiere a la libre circulación de mercancías y servicios en el Mercado Común le cabe interpretar que, aunque implícitamente, está siendo considerada la armonización de los impuestos al consumo y, entre ellos, los impuestos generales al consumo, así como su estrecha vinculación como instrumentos centrales de formación de aquel mercado. Esta interpretación se vería corroborada por la coordinación de la política fiscal, que prevé el mismo artículo.

A su vez, el art. 7° tiene la finalidad de eliminar los tratamientos discriminatorias entre los Estados-partes, teniendo en vista que a través de los impuestos internos al consumo se puede introducir un efecto similar a los que producen as tarifas aduaneras, cuya eliminación sigue siendo indispensable para que la formación del mercado común alcance el éxito. Establece este artículo el *principio de no discriminación, en las siguientes palabras:*

#### **ARTICULO 7°**

*En materia de impuestos, tasas y otros gravámenes internos, los productos originarios del territorio de un Estado Parte gozarán, en los otros Estados Partes, del mismo tratamiento que se aplique al producto nacional.*

Además de esto, la armonización de los impuestos generales al consumo debe cuidar también eliminar las distorsiones en los aspectos técnicos, estableciendo para todos los países asociados la práctica de un mismo sistema de tributación.

Para ello, la primera conclusión debe ser en cuanto al principio impositivo, tratado algunas líneas más adelante, en cuanto a la forma del impuesto, ya sea de uno u otro principio, debe ser aquel que incide sobre todas las operaciones de consumo (impuesto tipo consumo y no tipo producto). Se puede adoptar la imposición exclusivamente en el país de origen que implica la misma modalidad técnica, los mismos criterios y niveles de imposición (base imponible) y la aproximación de las alícuotas practicadas. Estas tres similitudes, que deben ser alcanzadas por la armonización legislativa sobre el asunto, pretenden impedir efectos acumulativos, sobreponiendo una carga impositiva sobre otra, un en el país de origen otra en el de destino.

La adopción de este sistema presupone la renuncia de las soberanías nacionales, aunque sea simplemente en lo que respecta a la legislación acerca de los impuestos sobre el consumo. No obstante de eso, se requiere que sean pensados y practicados mecanismos que deshonoren las exportaciones dando competitividad a los productos nacionales en el mercado mundial, y que haya una estructura fiscal y de información bastante eficiente, para que la imposición sea aquella que permita la libre circulación de los bienes y servicios entre un Estado-miembro y otro.

Al contrario, la adopción del principio de imposición exclusivamente en el país de destino requiere, al inicio, solo la armonización de criterios que permitan evitar tratamientos discriminatorios y el efecto acumulativo.

Todavía, adoptado este sistema, con la abolición de las fronteras fiscales exigiría la aplicación de un régimen especial, que consiste en la aplicación de la imposición de origen para las operaciones efectuadas con los sujetos beneficiados por exenciones subjetivas o excluidas del campo de aplicación del impuesto y con los consumidores finales. La Comisión estima que esta alternativa implicaría una mayor complejidad técnica y, como consecuencia, requeriría un mayor alcance de los aspectos a armonizar. La reserva debe ser realizada para ese sistema teniendo en vista, como se ha dicho, su complejidad, agravada por la falta de experiencia en este campo conocido.

En conclusión: La Comisión considera aconsejable, por lo menos a mediano plazo, la adopción del principio de imposición exclusivamente en el país de destino con el mantenimiento de las fronteras fiscales<sup>750</sup>.

De forma complementaria, la adopción de este principio tendría que contemplar la misma modalidad técnica aplicable para estructurar los impuestos generales sobre el consumo, sus características estructurales básicas y aquellos criterios aplicables para instrumentalizarlos, ya que pueden originar un tratamiento discriminatorio, provocar

---

750 La Comisión de Aspectos Tributarios señaló que la aplicación de imposición en el destino no constituye una medida destinada a promover las exportaciones, y si un requisito exigido por la naturaleza del impuesto y, por lo tanto, una de sus características estructurales, tal como lo ha reconocido en el Acuerdo General sobre Tarifas y Comercio (GATT), al autorizar la aplicación de aquel principio solamente con respecto a los impuestos generales sobre el consumo.

efectos acumulativos o afectar la neutralidad del gravamen sobre las condiciones de competencia.

Como todos los Estados-partes ejercen el impuesto al valor agregado que responden al método de substracción sobre la base financiera la técnica denominada impuesto contra impuesto (sistema de créditos y débitos), los criterios para armonizar se restringirían en las diferencias ya señaladas. Una alternativa a esa armonización consistiría en identificar los criterios actualmente aplicados que se apartan de aquellos en los cuales está basada la armonización y establece la forma por la cual se debe adecuar, opción que requeriría un análisis de las legislaciones que, en el caso del ICMS, resultaría bastante trabajoso, puesto que tendrían que ser consideradas las legislaciones vigentes en todos los Estados federados brasileños y en el Distrito Federal.

Otra alternativa, que la Comisión estimo más aconsejable, sería dada por la elaboración de normas a través del análisis de las opciones técnicas aplicables, las cuales deberían ajustarse los impuestos de todos los Estados-partes dentro de un determinado plazo.

Reconoció la Comisión que esta segunda opción podría originar considerables perturbaciones en el caso da República Federativa del Brasil, tanto porque el ICMS es un IVA tipo producto como por el nivel de gobierno a que corresponde la competencia tributaria, de acuerdo con la Constitución Federal, y, por último, el hecho de que la imposición sobre las prestaciones de servicios se ve restringida también por disposiciones constitucionales, que establecen la competencia municipal para gravar en forma más general, dando lugar a la presencia de un tributo cuya estructura es diferente y es aplicado



por otro nivel de gobierno. Es más aún, la sistemática del ICMS combina los criterios de la imposición en el origen y de la imposición en el destino, lo que se torna un obstáculo la adopción del principio de imposición exhaustivamente en el destino, como lo indican los miembros de la Comisión.

#### *7.11) Alternativas para una armonización restricta.*

La solución de los conflictos anteriormente presentados para el caso brasileño - afirma la Comisión - sería el difícil camino de la reforma constitucional. Así, el mismo estudio prevé una alternativa más estrecha a la armonización, ante la imposibilidad de ser reformados los preceptos constitucionales de Brasil en lo concerniente a la tributación.

La Comisión considera que, en la hipótesis de armonización gradual de los impuestos generales al consumo, una primera alternativa consistía en eliminar los tratamientos discriminatorios contra las importaciones procedentes de otros Estados-partes y, con el fin de alterar la protección que contemple la Tarifa Externa Común (TEC), de terceros países. Incluso en esta opción, el mayor problema es causado por el ICMS, por el tratamiento diferenciado que da a cada una de las unidades federadas.

Con relación al ICMS, la Comisión de Aspectos Tributarios considera que la solución más conveniente sería imponer las diversas legislaciones el principio de no discriminación con respecto a los bienes de procedencia extranjera, con una enunciación taxativa de los

tratamientos previstos para operaciones internas e interestatales<sup>751</sup>. El principio de no discriminación sería empleado también en la determinación de las alícuotas, buscando dar el mismo tratamiento para los bienes procedentes de otras unidades federadas y para los procedentes de Estados asociados al MERCOSUR.

#### *7.12) Consideraciones finales*

La Comisión concluye, al final de los trabajos, que el proceso de armonización tributaria exige decisiones de carácter político-económico que escapan a su competencia. No obstante, deja trazado un camino a seguir.

En el orden de las definiciones, la primera se refiere a la elección del principio impositivo que debe responder la armonización. Siendo adoptado el principio de la imposición exhaustivamente en el país de destino, correspondería, entonces establecer si la adopción de este principio respondería a la modalidad que mantienen las fronteras fiscales o, si, a pesar, de los inconvenientes técnicos y administrativos que conlleva, lo que da lugar a la abolición de las mismas fronteras.

También resultaría necesario aclarar si se desea instrumentalizar una armonización fundamental o una armonización restringida, que solamente contemple la eliminación de los tratamientos que puedan discriminar, directa o indirectamente, las importaciones de bienes o favorecer el tráfico fronterizo<sup>752</sup>.

---

751 Esa imposición podría ser vinculada por ley complementaria, ya que ese instrumento normativo tiene la naturaleza de ley nacional, debiendo ser obedecida por todas las legislaciones estatales, distritales y municipales.

752 Cf. Edison Carlos Fernandes. Op. cit., p. 128

### 7.13) *La Experiencia de la Armonización Tributaria en la Comunidad Europea.*

Posteriormente de finalizar las consideraciones sobre el proceso de armonización de la legislación tributaria es la cuestión de los impuestos sobre el consumo, veremos a continuación la forma como su armonización tributaria en la comunidad europea.

Uno de los principales desafíos de la Unión Europea es la eliminación de los obstáculos tributarios para la circulación tanto de bienes como de servicios. Según Silva<sup>753</sup>:

“el objetivo central de la Comunidad en materia tributaria pasó a ser la armonización de las estructuras tributarias, porque es evidente que existen muchas diferencias entre los sistemas tributarios nacionales, que en muchos sentidos afectan la locación de bienes y especialmente del capital. Debido a los diferentes sistemas tributarios, surge la necesidad de definir un único sistema tributario con el fin de eliminar las diferencias tributarias nacionales, para mantener el buen funcionamiento del mercado único, así como la implantación de la Unión Europea.

Tilbery<sup>754</sup> nos informa, a partir de la cita de Ganser y Wilhelm, la formulación de los postulados para la armonización tributaria ocurrida en el Mercado Común Europeo:

“1) las legislaciones tributarias de los países miembros deben corresponder a la exigencia para, en el intercambio intra-zonal de mercancías y servicios, no crearan condiciones en la libre competición, provenientes de las diferencias sea en los sistemas tributarios, sea en las alícuotas de los impuestos, sea en la base de la tributación;

2) los sistemas tributarios deben ser ajustados de tal forma que, en el momento de la extinción de las barreras aduaneras, no haya necesidad de sustituirlas por barreras de a tributación interna;

---

753 SILVA, Rafael de Souza. **Harmonização do sistema tributário para o desenvolvimento da União Europeia**, 2006, p. 02.

754 TILBERY, Henry. **Tributação e Integração da América Latina**. São Paulo: Editor José Bushatshky, 1971, p. 16

3) considerando que se pretende mantener la soberanía tributaria de los países miembros, debe quedar asegurada a ellos la libertad de fijar alícuotas para los impuestos, de acuerdo con sus necesidades financiera pero sin infringir las dos reglas anteriores.”

La armonización tributaria es, por consiguiente, legislativa, pasa a ser un punto fundamental respecto de las barreras técnicas, porque el objetivo es equilibrar las diferentes legislaciones de los Estados-miembros, una vez que un mercado sin fronteras e integrado es vital para permitir una mayor competitividad de la economía europea. Los artículos 28 y 30 del Tratado CE estipulan que:

“los Estados-Miembros de destino no pueden prohibir la venta, en sus territorios, de productos legalmente comercializados en otro Estado-Miembro y que no sean sujetos a la armonización comunitaria, a menos que las restricciones técnicas establecidas por el Estado-Miembro de destino se justifiquen por los motivos descritos en el artículo 30º del Tratado CE o por exigencias imperiosas de importancia pública general, reconocidas por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, y que sean proporcionales. Se trata del “Principio de Reconocimiento Mutuo”.<sup>755</sup>

Este principio se expresa en el juicio de “Cassis de Dijon”, del 20 de febrero de 1979, que prevé de forma resumida que “cualquier producto legalmente fabricado y comercializado en un Estado-Miembro, de acuerdo con la reglamentación y los procesos de fabricación legales y tradicionales de ese país, debe ser admitido en el mercado de cualquier otro Estado-Miembro”<sup>756</sup>. Sin embargo, causan todavía muchas dudas en la aplicación de este principio. El mayor obstáculo habla respecto al hecho de que las empresas y autoridades desconocieron el principio; las dudas aún penden sobre la aplicación del principio; el riesgo para las empresas de que sus productos no alcancen el

---

<sup>755</sup> Disponible en [www.eur-lex.europa.eu/noito](http://www.eur-lex.europa.eu/noito). Acceso en mayo de 2013.

<sup>756</sup> Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea – TJCE 120/78 de 20/02/79.

mercado de los demás Estados-miembros y la ausencia de la comunicación entre los diferentes Estados-miembros.

En búsqueda de solucionar esos problemas y agilizar todavía más el proceso de la armonización legislativa, fue constituida la Comisión de las Comunidades Europeas, en 1980, con el objetivo de identificar las fallas relacionadas a la aplicación del principio de reconocimientos mutuos e intentar crear un nuevo instrumento legislativo, a fin de mejorar el comercio entre los Países-miembros, evitando conflictos que vayan a perjudicar la economía del bloque como un todo. En una reunión del Consejo Económico (ECOFIN), realizada en Verona, en 1996, percibió que era necesario avanzar en la coordinación tributaria, enfrentando tres problemas que se relacionan entre sí: “la estabilización de las recetas tributarias de los países miembros, la promoción del empleo y la garantía del funcionamiento eficiente del mercado interno”<sup>757</sup>.

Fueron establecidas las medidas prácticas a ser perseguidas de forma general por la Unión Europea, para indicar políticas tributarias que posibiliten garantizar “las cuatro libertades básicas del mercado interno: libre circulación de bienes, servicios, capitales y personas”. Las medidas pretenden también:

“– impulsar iniciativas en el campo tributario que contribuyen para la mayor eficiencia posible en el funcionamiento de los mercados, mediante la reducción de las tasas nominales y la ampliación de las bases tributables, con vistas a minimizar las distorsiones económicas y los costos de transacción y administración para lidiar con los diversos sistemas tributarios.

- asegurar que los sistemas tributarios incorporen medidas destinadas a eliminar la concurrencia nociva y que perjudica la capacidad fiscal de los Estados-miembros, de manera que las decisiones sobre inversiones sean tomadas en función de la calidad intrínseca de las ventajas ofrecidas por el país y no de las posibilidades de evasión fiscal.<sup>758</sup>

---

757 Conforme SILVA, Rafael de Souza. Op. cit., P. 03.

758 Idem, ibidem. P. 03.

Con el fin de eliminar las barreras fiscales y consolidar la unión aduanera, además de la eliminación de los impuestos, se hizo necesaria la creación de un tributo neutro, que valiese para resolver los impases comerciales entre los países de la Unión. La primera tentativa de creación de un impuesto neutro data del 11 de abril de 1967, que requiere la adopción del IVA (Impuesto Sobre el Valor Agregado o Adicionado) por todos los Estados-miembros a partir de 1º de enero de 1970. No obstante, los países fueron adhiriendo gradualmente al impuesto. Una segunda directiva fue publicada el 14 de abril de 1967, la cual procuro garantizar la estructura y los principios técnicos del nuevo impuesto, “que adoptaría el principio jurisdiccional del destino, con los correspondientes ajustes de frontera en el caso del comercio internacional”, determinando su modalidad de aplicación como valor añadido – adicionado.<sup>759</sup>

En mayo de 1977, fue publicada la Sexta Directiva, que busco reglamentar la estructura del IVA, que entraría en vigor en la Comunidad. Esta directiva dispone que los Estados regularan los derechos y deberes relacionados al IVA en las diversas legislaciones, dándoles oportunidades de cierta libertad a los países para establecer límites a los tratamientos especiales y a las exenciones, además de posibilitar un nivel más amplio de fijación de las alícuotas. Conforme lo explica mejor Meirelles:<sup>760</sup>

“Esta directiva estableció, de forma pormenorizada, los aspectos más importantes del Impuesto sobre el Valor Agregado, definiendo las operaciones sobre las cuales incide la ubicación de la ocurrencia del hecho imponible, los sujetos de la relación, además de la base imponible, exenciones y deducciones. En cuanto a las alícuotas, se estableció que serían libres, pero se fijó una alícuota general de debería ser igual para los bienes y servicios, a pesar que la permanencia de la libertad de aplicar alícuotas mayores o menores. (...) Finalmente, se estableció la Constitución de un Comité

---

759 Idem, ibidem, p. 04.

760 MEIRELLES, José Ricardo. **Impostos indiretos no MERCOSUR e Integração**. São Paulo: LTr, 2000, p. 127-128.

Consultivo del Impuesto sobre el Valor Agregado, integrado por miembros de la Comisión de la Comunidad Europea y representantes de los países-miembros, con la finalidad de solucionar las cuestiones derivadas de la aplicación de aquel impuesto.

Otras directivas fueron siendo agregadas a lo largo de los años, siempre con el objetivo de mejorar las relaciones comerciales entre los Estados-miembros, promoviendo un desarrollo más equilibrado de la economía de la Unión. Este minucioso trabajo estimuló a los países a adoptar el IVA en el ámbito de sus legislaciones internas, aunque existen diferencias sobre algunos aspectos del impuesto y su real eficiencia. Es utópico afirmar, que la Unión Europea alcanzó la armonización tributaria completa, “no obstante, ciertamente, la implementación del IVA en los países-miembros constituye un paso muy grande en el camino de la armonización de los impuestos indirectos en Europa, corrigiéndose en la base, incongruencias antes existentes.

#### *7.14) Órganos de la Unión Europea que tienen relación directa con la tributación*

Es imperioso destacar, aquí, que la Unión Europea tiene un sistema institucional único en el mundo, en la medida en que los estados miembros acepten delegar una parte de su soberanía a las instituciones independientes que representan los intereses de la Comunidad. La función legislativa es compartida por el Consejo de la Unión Europea<sup>761</sup>, la principal instancia de decisión de la Comunidad, constituida por los ministros de las diferentes áreas de interés, y el Parlamento Europeo<sup>762</sup>, electo cada cinco años por sufragio universal directo. Esos dos organismos aprueban las leyes europeas bajo la

---

761 [http://www.consilium.europa.eu/cms3\\_fo/showPage.asp?lang=IT](http://www.consilium.europa.eu/cms3_fo/showPage.asp?lang=IT) <acessado em junho de 2013>.

762 [http://pt.wikipedia.org/wiki/Parlamento\\_Europeu](http://pt.wikipedia.org/wiki/Parlamento_Europeu) <acessado em junho de 2013>.

forma de Directivas, Reglamentos o Decisiones. El Tribunal Europeo<sup>763</sup>, que constituye el Poder Judicialio supranacional, tiene la misión de garantizar el cumplimiento del derecho y la aplicación e interpretación de los tratados constitutivos y de las disposiciones adoptadas por las instituciones competentes. En las diversas categorías de recursos judiciales, en materia tributaria, el recurso por incumplimiento<sup>764</sup> y el de anulación. El primero permite al Tribunal controlar el cumplimiento, por los estados miembros, de sus obligaciones referentes al Derecho de la Comunidad, obligándolos a cumplirlos y castigándolos con una multa coercitiva en caso de incumplimiento. El segundo permite a los estados miembros, al Consejo o a la Comisión, solicitar la anulación total o parcial de las disposiciones de la Comunidad, así como solicitar a los particulares la anulación de los actos jurídicos que los afecten directamente. El Tribunal de Justicia<sup>765</sup> se encargará de velar la normativa de la Comunidad, y los Tribunales de cada Estado de dirimir los conflictos resultantes de las legislaciones tributarias nacionales. Estos también son órganos jurisdiccionales de la Comunidad, ya que están sujetos a su control en la ejecución administrativa del Derecho de la Comunidad y en la aplicación de la decisión del Tribunal de Justicia en cada litigio en cuestión. Además de esto, las interpretaciones del Derecho de la Comunidad establecidas en sus sentencias sirven de orientación para los órganos jurisdiccionales nacionales. Los contribuyentes deben entrar con sus acciones en los Tribunales nacionales.<sup>766</sup> Una vez que la causa está encaminada al Tribunal

---

763 [http://pt.wikipedia.org/wiki/Tribunal\\_de\\_Justi%C3%A7a\\_da\\_Uni%C3%A3o\\_Europeia](http://pt.wikipedia.org/wiki/Tribunal_de_Justi%C3%A7a_da_Uni%C3%A3o_Europeia) <acessado em junho de 2013.

764 GOMES, Eduardo Biachhi, **Blocos Econômicos e solução de Controvérsias**, 2ª edição. Curitiba: Juruá, 2005. p. 173.

765 Idem, ibidem, pp. 164 -169

766 <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=MEMO/06/393&format=HTML&aged=0&language=PT&guiLanguage=fr> <acessado: junho de 2013>



Europeo, sus decisiones son finales. Las sentencias del Tribunal de Justicia son adoptas por mayoría y en audiencia pública.

*Primeras conclusiones.*

En lo expuesto anteriormente podemos concluir que la armonización tributaria es un proceso a través del cual varios países pretenden en común acuerdo modificar sus sistemas tributarios para hacerlos compatibles, de modo de no generar distorsiones que afecten sus relaciones económicas en el contexto de un tratado de integración económica.

En esta línea, es imperioso destacar que, con relación a la tributación sobre el consumo, la armonización tributaria pretende impedir distorsiones en la libre competencia entre productos y servicios provenientes de todos los países integrados.

No obstante, entre los países que componen el MERCOSUR, Brasil, como vimos, es aquel que tiene la mayor carga fiscal y el más complejo sistema tributario.

En este escenario, el ICMS, impuesto sobre consumo, se ha destacado como la especie tributaria más complicada e intrincada, dado que su competencia es estatal, lo que ocasiona una desarmonía en su cobranza, resultando, así, un perjuicio al proceso de armonización tributaria previsto en el art. 7º del Tratado de Asunción. No sin razón, fue que la Comisión de Aspectos Tributarios concluyó, al final de los trabajos, que el proceso de armonización tributaria exige decisiones de carácter político-económico que escapan a su competencia.

De esta forma, en el capítulo siguiente, vamos a considerar este problema, haciendo un análisis percuciente sobre el ICMS, estudiando sus principales institutos, sin olvidar la cuestión de los beneficios fiscales concedidos, el cual consideramos ser este, el impulsor que genera la desarmonía fiscal en el escenario nacional, lo que refleja directamente la dificultad de consolidar el proceso de armonización tributaria pretendido por el MERCOSUR.

## **CAPÍTULO – III: ICMS – Aspectos generales y controvertidos**

### **8. Contextualización**

Para la presente investigación nuestro propósito es estudiar la forma de compatibilizar el ICMS con la armonización de la legislación tributaria pretendida por el Tratado de Asunción, como ya lo hicimos saber a lo largo de este trabajo, aunque el camino a recorrer es largo y problemático, en vista de las dificultades ampliamente señaladas en los capítulos anteriores. No se trata de desafíos pequeños debido a que los caminos indicados para la tan anhelada armonización tributaria pueden requerir de los entes federados la pérdida de un cierto grado de autonomía.

Entendemos que el proceso en curso para lograr su objetivo podrá ser gradual en virtud de las peculiaridades de nuestro federalismo, ya tratado en un capítulo específico, en que se demostró claramente que la estructura tributaria, en lo que respecta al ICMS, es más descentralizada que la de los otros países del bloque en estudio.

Esta organización tributaria de Brasil más descentralizada en relación a la de los otros países constituye un problema para la futura armonización tributaria del MERCOSUR. El ICMS, como un impuesto general sobre las ventas, es el que genera el mayor volumen de recaudación, habiendo sido adoptado a nivel estatal (26 estados y un Distrito Federal) y no por el Gobierno Central. Su modificación en el sentido de armonizarlo con el IVA adoptado en Argentina, en Paraguay y en Uruguay a nivel del Gobierno Central, puede llegar a resultar un problema institucional.

En el ámbito del Derecho comparado, especialmente entre los países miembros del MERCOSUR, debemos mencionar un hecho de suma importancia. Mientras en Brasil, el IVA (el ICMS) es parcial (porque la mayor parte de los servicios sufre la incidencia del Impuesto sobre Servicios – ISS –), cobrado de acuerdo con un principio mixto de origen y destino y de competencia de los gobiernos estatales, el IVA de Argentina, Paraguay y Uruguay es de base amplia (incide sobre bienes y servicios) cobrado por el principio de destino, de competencia de los gobiernos centrales. El hecho de que el IVA brasileño (Impuesto sobre Circulación de Mercancías y Servicios –ICMS –) sea parcial y de competencia de los estados hace más difícil su armonización con los demás países porque se tendrán que vencer fuertes resistencias de estas unidades de gobierno, tanto a la pérdida de un cierto grado de autonomía que tal medida implica, como al uso de este impuesto como instrumento de política de desarrollo de sus economías.

Otra característica que se debe destacar de nuestro sistema tributario brasileño, que se aleja de la tradición internacional, es el hecho de la existencia de dos impuestos sobre el consumo del tipo valor agregado, administrados por diferentes niveles de gobierno: el

IPI (Impuesto sobre producto industrializado – Unión – ) y el ICMS (operaciones sobre circulación de mercancías – Estados –). Esta coexistencia es un factor que, sin duda, contribuye a la complejidad e ineficiencia del sistema así como también a acaloradas disputas entre las esferas subnacionales cuando se habla de una posible modificación del sistema por la consolidación de los mismos en un único tributo. Es de concluir, entonces, que la existencia de dos impuestos incidentes sobre el valor agregado en un único sistema tributario, así como el hecho de ser uno de ellos – el ICMS – de competencia de los Estados, constituyen errores de definición que persisten hasta la actualidad, teniendo en cuenta que se trata de uno de los grandes obstáculos para el debate que desde hace muchos años se mantiene sobre la reforma tributaria en curso en Brasil.

Por lo hasta aquí expuesto es fácil notar que Brasil tiene un sistema tributario que no ha evolucionado como debería hacerlo. El modelo adoptado, principalmente para la tributación indirecta, no se concilia con el nuevo concepto de integración ya que grava el producto nacional, aumentando los precios, teniendo como resultado una reducción en el consumo, lo que ocasiona una contracción en el Producto Bruto Interno – PBI – y el empleo.

Otro aspecto importante es el hecho de que el legislador nacional se haya inspirado en un impuesto de vocación nacional – el TVA (*Taxe sur la Valeur Ajoutée* –) adoptado en Francia – país unitario – para crear el entonces Impuesto sobre la Circulación de Mercancía - ICM, de competencia estatal. Este impuesto, creado después de la reforma tributaria de 1965, en sustitución del Impuesto de Ventas y Consignación (IVC), incidía “en cascada” sobre la circulación de mercancías, generando una gran presión inflacionaria debido a su efecto acumulativo, ocasionando el aumento de los precios de los productos

que sufrían varias etapas comerciales hasta llegar al consumidor final. Habiendo notado el error, el legislador le imprimió el carácter de la no acumulación, compensándose lo que se adeude en cada operación con el importe cobrado en las anteriores por el mismo u otro Estado o por el Distrito Federal.

Sin embargo, la vocación del principio de la no acumulación es nacional y no regional, lo que acarrea una serie de diferencias que llevan a conflictos horizontales y verticales entre las Unidades federativas, *generando incentivos en un Estado* – como por ejemplo las *exenciones, reducciones de base imponible, créditos presuntos y diferimientos* – y causando perjuicio a otro debido a que aquel que es obligado a compensar el impuesto del Estado que concedió el estímulo fiscal sabe que el tributo no se cobró en ese o fue devuelto por financiaciones subordinadas. De esta forma, la recaudación disminuye en virtud de un tributo ficticio generado en el estado estimulador, causando una verdadera *guerra fiscal*<sup>767</sup> entre los Estados que se pelean por el cobro del ICMS<sup>768</sup>, creando una *federación de enemigos* que, indudablemente, debilita el pacto federativo. Además, la generalidad de las empresas existentes en el territorio del Estado incentivador, ya demasiado gravadas, terminan soportando las cargas para que otras reciban incentivos fiscales<sup>769</sup>.

---

767 Tema que se discutirá más adelante.

768 No obstante constitucionalmente (art. 155, §2º, XII, g) las exenciones, incentivos y beneficios fiscales sólo se puedan otorgar o revocar mediante decisión de los Estados, en la forma prevista en la LC 24/75, la práctica ha demostrado que los Estados, aun sin aprobación de los demás, utilizan artificios tales como financiaciones y subsidios financieros para atraer inversiones, generando empleo e ingresos en su territorio, en detrimento del desarrollo de los demás, lo que genera la tan famosa guerra fiscal.

769 Sin embargo, hay que destacar que la guerra fiscal, aunque cause un gran perjuicio, no tiene solamente aspectos negativos. En cierto punto es necesaria porque al ser Brasil un país de tan grandes desigualdades

Además, por el hecho de que el tributo incida sobre la circulación de mercancías y servicios en sus sucesivos movimientos producidos desde la fuente productora hasta el consumo final, habiendo operaciones interestatales, resulta difícil controlar y fiscalizar el tributo por parte de los Estados productores y por los Estados donde se localizan los destinatarios finales del producto o servicio.

Por otro lado, la regionalización del ICMS hace que cada Estado – a la par de la legislación federal – tenga su propio marco legal, lo que dificulta la realización de acuerdos internacionales, tan importantes para el futuro de Brasil en el MERCOSUR.

Por consiguiente, convivimos con 27 legislaciones estatales, innumerables alícuotas y reglamentos, los cuales transmiten las más diversas obligaciones accesorias, complicando mucho la vida del contribuyente que se encuentra luchando con libros, documentos y formularios diferentes dependiendo del Estado, lo que demuestra la complejidad del sistema, gravoso no sólo para el contribuyente sino también para el fisco, que necesita una estructura administrativa cada vez mayor para fiscalizar y recaudar el impuesto, lo que implica, consecuentemente, el aumento de los gastos públicos.

Como se ha visto, la simplicidad no es una característica del actual sistema tributario, afectando enormemente el proceso de integración regional, siendo la mejor solución para la economía brasileña y para la integración del MERCOSUR, estudiar y encontrar una forma de adaptar el ICMS al proceso de armonización tributaria. Por lo tanto, entendemos que cualquier reforma tributaria fiscal deberá obligatoriamente tener en cuenta al

---

regionales, termina siendo, ante la falta absoluta de una política nacional de desarrollo económico, un programa de desarrollo y reducción de desigualdades, ya que fuerza a los gobernadores a buscar mecanismos que posibiliten generar ingresos y empleo en sus estados.

MERCOSUR, realidade que no puede evitar el legislador del naciente siglo XXI, dada la interpretación de los bloques regionales, por lo que debe estar muy atento a los requerimientos de esta nueva construcción política institucional.

Por consiguiente, contextualizado las nociones controvertidas y polémicas acerca del ICMS, y con el objetivo de comprender mejor a esta especie tributaria, comenzaremos con comentarios sobre su historia, realizaremos luego una breve síntesis sobre sus principios, institutos y aspectos normativos y, por último, trataremos el tema de la guerra fiscal.

## 9. Antecedentes del ICMS

El primer impuesto que surgió en Brasil sobre la venta o teniendo como base el tráfico de mercancías fue el Impuesto al Sello, como nos recuerda el Profesor Alcides Jorge Costa:

“El Decreto en el 4.505, del 31 de diciembre de 1870, reglamentó el cobro del impuesto al sello que incide sobre “letras de cambio y de tierra, escritos a la orden, créditos y escrituras de títulos y orden de obligación o exoneración de sumas y valores” y declaró que se incluían en esta clase “créditos, facturas o cuentas firmadas”. Quedaban éstas, por lo tanto, sujetas al impuesto al sello que incidía sobre un documento y no sobre el negocio jurídico de la compraventa pero que, desde el aspecto económico, no dejaba de ser un impuesto de ventas<sup>770</sup>.

Luego, en el año 1922, se realizó en la ciudad del Río de Janeiro el primer congreso de las Asociaciones Comerciales de Brasil, en el que se elaboró una propuesta (proyecto de ley) para cobrar “el impuesto del sello proporcional sobre las ventas mercantiles, a plazo o en efectivo, efectuadas dentro del país. A partir de esta propuesta se creó el “Impuesto de Ventas Mercantiles”, cuya competencia era de la Unión.

---

770 COSTA. Alcides Jorge. **O ICM na Constituição e na Lei Complementar**. São Paulo: Ed. Resenha Tributária, 1978, p. 2.

Conviene destacar que el legislador constituyente de 1934 resolvió, entonces, transferir “el Impuesto de Ventas Mercantiles” a la competencia de los Estados, cambiando su nueva denominación a: “IVC – Impuesto sobre Ventas y Consignaciones –”, siendo preservada esta competencia a los Estados por las Constituciones de 1937 y 1946.

El IVC (Impuesto sobre Ventas y Consignaciones) considerado como un impuesto del tipo “en cascada”, multifásico acumulativo fue, en virtud de la Enmienda Constitucional n.º 18, del 1.º de diciembre de 1965, sustituido por el ICM (Impuesto sobre Operaciones Relativas a la Circulación de Mercancías).

Es importante aclarar que el impuesto antes mencionado fue introducido en el ordenamiento jurídico patrio por la Enmienda Constitucional N.º 18/65, que estructuró en su plenitud al Sistema Tributario Nacional.

Sin embargo, el antiguo Impuesto sobre Ventas y Consignaciones (I.V.C), impuesto del tipo “en cascada”, multifásico acumulativo, fue, en virtud de la Enmienda Constitucional n.º 18, sustituido por el Impuesto sobre Operaciones Relativas a la Circulación de Mercancías (ICM), actual impuesto de valor agregado y, por lo tanto, no acumulativo. Tal sustitución tuvo como fundamento la necesidad de eliminar “los notorios maleficios económicos de superposición en cascada, de incidencias repetidas sobre bases imponibles cada vez más elevadas, por la incorporación de nuevos márgenes de ganancias, de nuevos gastos accesorios, y del propio impuesto que recayó sobre las operaciones anteriores<sup>771</sup>. Agréguese a ello la necesidad de orden práctica por parte de

---

771 REFORMA TRIBUTÁRIA NACIONAL. Publicação nº 17 da Comissão de Reforma do Ministério da Fazenda, 1966, pág. 49.



los órganos de fiscalización que tiene en el ICM un instrumento de control de innegable eficacia<sup>772</sup>.

Cabe señalar que también se presentaban otros problemas. El impuesto antes mencionado, en lo que se refiere a su estructura como impuesto al consumo, nos recuerda José Cassiano Borges y Maria Lúcia Américo dos Reis, basados en las enseñanzas de Bernardo Ribeiro de Moraes<sup>773</sup>:

1º) *Limitación del campo de Incidencia Fiscal*

El IVC era un impuesto que recaía exclusivamente sobre operaciones de ventas y consignaciones. De esta forma, como el IVC tenía su incidencia estrictamente vinculada a la figura jurídica de la venta mercantil, y no a hechos económicos propiamente dichos, el impuesto no cubría la serie de casos representativos de la circulación de riquezas.

2º) *Crecimiento excesivo y desordenado de la Competencia Fiscal de los Estados*

Ante la limitación del campo de la incidencia fiscal del IVC, los Estados procuraban alcanzar, con este impuesto, las figuras Económicas similares a la compraventa, aumentando las hipótesis pasibles de tributación por el IVC, para incluir en la incidencia del impuesto a las fusiones e incorporaciones de sociedades, la dación en pago hecha en mercancías, las cesiones de título representativos de mercancías, el trueque o permuta de mercadería, etc. Esta ampliación excesiva y desordenada del ámbito de competencia

---

772 JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES, A Reforma do Sistema Tributário Nacional”, CRAM-Recife, 1967, pág. 15.

773 MORAES *apud* BORGES e REIS. **O ICMS ao alcance de todos**. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Forense. 1995, pp. 19-20.

fiscal de los Estados terminó generando graves problemas en la recaudación y cobro del impuesto.

### 3º) *Incidencia acumulativa en cascada*

El impuesto incidía todas las veces en que las mercancías fueran vendidas o consignadas, independientemente de las oportunidades anteriores en que ya se hubieran sometido a la tributación por el IVC. La incidencia del impuesto era, entonces, en “cascada” y la mercancía que diera lugar a tres operaciones de venta (desde la fábrica al mayorista, del mayorista al minorista y del minorista al consumidor), en tres ocasiones sufría tributación por el IVC y siempre por el valor total de la operación.

En consecuencia, la acumulación del impuesto se reflejaba directamente sobre la composición de los precios finales, gravándolos excesivamente.

De ahí surgió la necesidad de modernizar la tributación sobre el consumo en Brasil a través de un impuesto que presentara una estructura jurídica más amplia y adaptada a la realidad nacional, especialmente con relación a los hechos económicos no tributados.

Fue entonces que se inspiraron en el IVA francés, ya en uso en aquel país durante algunos años y que se presentaba como un tributo extremadamente justo, eficiente en su utilización como instrumento de captación de recursos debido a su alto poder de recaudación.

De esta forma, la Enmienda Constitucional n.º 18/65 introdujo en nuestro sistema tributario al ICM en sustitución del antiguo IVC, con una estructura jurídica bastante diferenciada y adaptada a la tributación de hechos económicos producidos hasta entonces.

En el período de 1967 a 1988 el ICM se utilizó como el principal impuesto de los Estados en lo que se refiere a su recaudación tributaria, así como también a su utilización como instrumento de política tributaria.

Con el advenimiento de la Constitución de 1988, por causa de la descentralización del modelo político, el ámbito de incidencia del ICMS fue enormemente ampliado, agregando nuevas actividades Económicas que pasaron a componer la base de tributación de este impuesto.

Dichas actividades eran anteriormente tributadas a través de impuestos federales, de competencia de la Unión, que representaban una substancial fuente de ingresos para el presupuesto federal.

Con la descentralización política y la inserción en el ámbito de incidencia del ICMS de tales bases tributarias, los Estados fueron dotados de fuentes económicas mínimas necesarias para la búsqueda y el mantenimiento del equilibrio de sus sistemas financieros, así como también de los medios para lograr su independencia del poder central, fortaleciendo, así, al federalismo nacional mediante una autonomía real, material, de las unidades federadas periféricas (Estados).

## **10) Estructura Legal del ICMS (Constitución Federal, Ley nacional del ICMS y sus principios)**

### *10.1) Constitución Federal de 1988 (art. 155)*

El ICMS tiene como fuente normativa a la Constitución Federal. En la misma el legislador constituyente quiso establecer las principales reglas y, principalmente, algunos principios con el fin de establecer límites a los legisladores ordinarios. Para ser más

claros, la Carta Magna estableció la competencia de los Estados y del Distrito Federal para crear el ICMS. Asimismo, determinó de forma exhaustiva el campo de incidencia del ICMS. Ejerció su poder político al elegir que en determinados hechos económicos el ICMS no incidiría, lo que la doctrina denominó inmunidades. Por último, circunscribe el campo a ser regulado por ley complementaria en términos de normas básicas relativas al ICMS, así como remite poder al Senado Federal, a través de resolución, para determinar las alícuotas interestatales y para el exterior.

#### *10.2) Ley Complementaria n.º 87/96*

La Ley Nacional del ICMS que establece las reglas y los procedimientos en el ámbito federal es la Ley Complementaria n.º 87/96, más conocida como “Ley Kandir”, en homenaje al ex ministro de Planificación, en la época del Gobierno de Fernando Henrique.

#### *10.3) Concepto del ICMS*

La sigla ICMS (Impuesto sobre Operaciones relativas a la Circulación de Mercancías y sobre Prestaciones de Servicios de Transporte Interestatal e Intermunicipal y de Comunicación) contiene por lo menos cinco impuestos distintos. Según el Profesor Roque Carrazza:

“a) el impuesto sobre operaciones mercantiles (operaciones relativas a la circulación de mercancías) que, de algún modo, comprende lo que se origina con la entrada de mercancías importadas del exterior; b) el impuesto sobre servicios de transporte interestatal e intermunicipal; c) el impuesto sobre servicios de comunicación; d) el impuesto sobre producción, importación, circulación, distribución o consumo de lubricantes y combustibles líquidos y gaseosos y de energía eléctrica; y, e) el impuesto sobre la extracción, circulación, distribución o consumo de minerales. Existen, por lo tanto, un mínimo de cinco núcleos distintos de incidencia del ICMS<sup>774</sup>.

---

<sup>774</sup> **ICMS, Roque Antônio Carrazza** – 8ª edição, revista, ampliada e atualizada até a Emenda Constitucional 35/2001-Ed. Malheiros, pp. 30-31.

Sin embargo, la fórmula adoptada por la Constitución de 1988, de aglutinar impuestos diferentes dentro del mismo rótulo (ICMS), además de no ser de las más loables, desde el aspecto técnico está, en la práctica, causando grandes confusiones. De hecho, el legislador común, no muy afecto a la mejor técnica, frecuentemente ha dispensado el mismo tratamiento jurídico a los distintos hechos económicos que el impuesto puede alcanzar, en vista de que no se puede, por ejemplo, dispensar el mismo tratamiento jurídico a las operaciones relativas a la circulación de mercancías que implican obligaciones de dar y a las prestaciones de servicios, que implican obligaciones de hacer.

Para entender mejor acerca de este impuesto, trataremos de explicar a continuación las expresiones utilizadas por el legislador constituyente.

#### *10.3.1) Operaciones*

Cabe aclarar inicialmente que desde la época del antiguo IVC el vocablo “operaciones” era utilizado para designar no sólo los negocios jurídicos tributados (la venta y la consignación), sino también los no tributados (donaciones) y los actos jurídicos materiales (los simples envíos de mercancías), requiriéndose, en cualquiera de estos casos, como por ejemplo en el transporte de mercancías, el cumplimiento de obligaciones accesorias, es decir, que estén acompañadas de la factura.

Al respecto, Alcides Jorge Costa<sup>775</sup> opina que la operación a la que se refiere la Constitución es cualquier acto voluntario que mueva las mercancías desde la fuente de producción hasta el consumo, tenga o no naturaleza de negocio jurídico. Al concluir, afirma: “la operación es un acto jurídico material en que la voluntad se manifiesta en el

---

<sup>775</sup> **ICM na Constituição e na Lei Complementar**: Autor: Alcides Jorge Costa. – Ed. Resenha Tributária - São Paulo – 1978, p. 89 a 91.

sentido de promover la circulación de mercancías. Esta manifestación de voluntad puede ser relevante para el Derecho privado y entonces se tratará de un negocio jurídico; puede no ser relevante y se tratará de un hecho jurídico “stricto sensu”. En cualquier caso, será un hecho jurídico para el Derecho tributario pues éste tiene en cuenta no la voluntad de promover la circulación de la mercancía sino el hecho resultante del acto; para el Derecho tributario es irrelevante la voluntad de promover la circulación.

### 10.3.2) *Circulación*

Notables tributaristas, entre ellos, José Souto Maior Borges, Geraldo Ataliba, etc., entienden, de modo general, que para que haya circulación es imprescindible que se produzca la transferencia de posesión o de propiedad de las mercancías, teoría ésta no aceptada por los Fiscos. Por otro lado, José Nabantino Ramos la interpretó como “la única excepción a la regla, plenamente justificable”, refiriéndose a transferencias interestatales. Arnoldo Wald, por su parte, piensa que la ley estadual no puede tributar las transferencias de mercancías pero que la ley complementaria puede determinar que los Estados cobren el ICM ante tal hipótesis.

Nuevamente traemos los conocimientos del ilustre tributarista, Alcides Jorge Costa<sup>776</sup>, que tiene un concepto muy singular de la expresión circulación: “la circulación es la serie de operaciones que llevan a las mercancías desde la fuente de producción hasta el consumo final, de acuerdo con su naturaleza y finalidad, agregándoles valor en cada etapa de tal recorrido.” Y por último, Alcides Jorge Costa afirma que circulación es el encaminamiento de la mercancía en dirección al consumo, inclusive al llamado autoconsumo; este encaminamiento se hace a través de operaciones que pueden o no

---

776 Id., *ibid.*, 1978, p. 88.

ocasionar la transferencia de propiedad o de posesión de la mercancía. En este encaminamiento es importante cualquier operación de la que resulte un agregado de valor a la mercancía.

En sentido lato, del concepto de circulación de mercancías se obtienen tres divisiones, de acuerdo con el Profesor Hugo de Brito Machado<sup>777</sup>, para quien la noción de circulación significa:

- 1) del punto de vista económico, implica la idea de trayecto desde la producción hasta el consumidor final;
- 2) del punto de vista jurídico, la circulación parece significar la transferencia de propiedad;
- 3) y desde el aspecto físico, la circulación significa desplazamiento de un lugar a otro, de un establecimiento a otro.

### *10.3.3) Mercancía*

Mercancía es cualquier cosa mueble que el comerciante adquiera, produzca o posea para vender, es decir, es la cosa comercial por excelencia.

### *10.3.4) El Vocablo Prestación de servicios*

La persona natural o jurídica de Derecho público o privado que preste servicios descriptos como hecho imponible del ICMS. Sin embargo, se debe agregar que el ámbito de incidencia del ICMS abarca, además de lo ya visto precedentemente, dos especies de prestación de servicio, según el art. 155 de la Carta Magna, a saber: a) prestación de servicio de transporte intermunicipal o interestatal; y b) prestación de servicio de comunicación, “textualmente:”

“Art. 155. Le compete a los Estados y al Distrito Federal establecer impuestos sobre: I - transmisión causa mortis y donación, de cualquier bien o Derecho; II - operaciones relativas

---

<sup>777</sup> **Imposto de Circulação de Mercadorias**. Ed. Sugestões Literárias, 1.<sup>a</sup> edição, São Paulo, 1971, p. 23.

a la circulación de mercancías y sobre **prestaciones de servicios de transporte interestatal e intermunicipal** y de **comunicación**, aun cuando las operaciones y las prestaciones se inicien en el exterior;" (la negrita nos pertenece)

#### *10.4) Selectividad*

En los términos del art. 155, § 2º, 111, de la CF/1988, el ICMS podrá ser selectivo según la esencialidad de las mercancías y de los servicios, conforme lo disponga la ley. Esta selectividad se aplica tributándose con alícuotas diferentes mercancías diversas. Dependiendo del Estado, bebidas, tabacos, yates, energía eléctrica y comunicaciones están gravadas por el ICMS con una alícuota superior a la aplicable a las demás mercancías y servicios (entre el 25% al 33% para las mercancías y servicios citados, y del 17% al 18% para otras mercancías y servicios).

#### *10.5) Inmunidades y No Incidencia del ICMS*

##### *10.5.1) El ICMS no incide sobre operaciones:*

a) que destinen mercancías al exterior, ni sobre servicios prestados a destinatarios en el exterior, garantizado el mantenimiento y el aprovechamiento del importe del impuesto cobrado en las operaciones y prestaciones anteriores.

b) que destinen a otros Estados petróleo, inclusive lubricantes, combustibles líquidos y gaseosos derivados del mismo, y energía eléctrica;

c) con oro, cuando esté definido en la ley como activo financiero o instrumento cambiario;



d) que abarquen libros, diarios, periódicos y el papel que se destina para su impresión.

e) en las prestaciones de servicios de comunicación en las modalidades de radiodifusión sonora y de sonidos e imágenes de recepción libre y gratuita.

#### *10.6) Las alícuotas del ICMS*

Recogemos de las enseñanzas del ilustre Profesor Roque Carraza<sup>778</sup> el concepto de alícuota en el sentido de: “La alícuota es el criterio legal, normalmente expresado en porcentaje (%) que, unido a la base imponible, permite discernir el “quantum debeatur” (monto adeudado en concepto de tributo).”

##### *10.6.1) Alícuotas mínimas y máximas*

Resolución del Senado Federal, de iniciativa del Presidente de la República o de un tercio de los Senadores, aprobada por la mayoría absoluta de sus miembros, establecerá las alícuotas aplicables a las operaciones y prestaciones, interestatales y de exportación.

Se facultado al Senado Federal:

a) establecer alícuotas mínimas en las operaciones internas, mediante resolución de iniciativa de un tercio y aprobada por la mayoría absoluta de sus miembros;

---

778 CARRAZZA, Roque Antônio. **ICMS**. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 44.

b) fijar alícuotas máximas en las mismas operaciones para resolver un conflicto específico que implique interés de Estados, mediante resolución de iniciativa de la mayoría absoluta y aprobada por dos tercios de sus miembros.

#### *10.6.2) Alícuotas internas - Piso*

Salvo decisión en contrario de los Estados y del Distrito Federal en los términos de lo dispuesto en el inciso XII, "g", art. 155 de la CF/88 (que trata sobre la necesidad de una Ley Complementaria para regular la forma en cómo, mediante decisión de los Estados y del Distrito Federal, las exenciones, incentivos y beneficios fiscales sean concedidos y revocados) las alícuotas internas del ICMS no podrán ser inferiores a las previstas para las operaciones interestatales.

#### *10.6.3) Alícuotas – Consumidor*

Con relación a las operaciones y prestaciones que destinen bienes y servicios al consumidor final localizado en otro Estado, se adoptará:

- a) la alícuota interestatal, cuando el destinatario sea contribuyente del impuesto;
- b) la alícuota interna, cuando el destinatario no sea contribuyente del mismo.

#### *10.6.4) Diferencial de Alícuotas*

En la hipótesis de aplicación de la alícuota interestatal, cuando el destinatario sea contribuyente del impuesto, será del Estado de la localización del destinatario el impuesto correspondiente a la diferencia entre la alícuota interna e interestatal.

De esta forma, en el momento de la adquisición, por parte de contribuyentes del impuesto, de mercancías para consumo propio, deberán estos pagar, al entrar la

mercancía en el Estado de destino, el ICMS por la diferencia entre la alícuota interna del Estado de destino y la alícuota interestatal del Estado de origen, llamándose tal diferencia, en este caso, “diferencial de alícuotas”.

#### *10.7) Lugar de la Operación y de la Prestación*

Como es sabido, el ICMS es un tributo de alcance nacional que afecta no sólo a la circulación de bienes y mercancías sino también a la prestación de servicios intermunicipales, interestatales e internacionales, como por ejemplo ocurre con los servicios de comunicación iniciados en el exterior. De ahí surge la necesidad de que se defina el lugar de la operación o de la prestación, como condición indispensable, para:

1. que se realice la recaudación y el pago del impuesto;
2. la identificación del sujeto activo de la obligación tributaria, entendiéndose por tal al Estado que tiene el derecho de exigir el crédito tributario (débito del contribuyente);
3. la determinación del responsable de su pago.

Por lo tanto, es importante que se defina el lugar de la operación y prestación para poder establecer así la relación jurídica de tributación, determinando cuáles son los sujetos de dicha relación (sujeto activo y sujeto pasivo).

Como por ejemplo, la ley nacional del ICMS prevé que en la hipótesis de mercancía o bien importado del exterior se considera el lugar de la operación o de la prestación, el del establecimiento donde se produzca la entrada física o el del domicilio del adquirente cuando éste no se haya establecido.

Así, en la hipótesis de que la mercancía sea importada por contribuyente domiciliado en otra unidad de la Federación, por ejemplo de San Pablo, pero venga directamente del exterior para contribuyente o no domiciliado en el Estado de Ceará, se considera el lugar

de la operación, a los efectos de definir el sujeto pasivo, al Estado de Ceará, territorio para donde la mercancía fue físicamente destinada.

Se adopta, en estas operaciones, el principio del destino físico de la mercancía o bien que indica como sujeto activo de la relación tributaria al estado donde es gastado el recurso para uso o consumo del producto objeto de la tributación.

Si el importador es persona jurídica, el lugar de la operación es el de su establecimiento y, tratándose de persona física, es el de su domicilio.

A título de conclusión final sobre este tema, vale la pena hacer un breve comentario sobre el principio de la no acumulación que repercute directamente en la falta de armonía tributaria que contiene el ICMS en las operaciones interestatales y de importación, lo que ha ocasionado la famosa “guerra fiscal”, tema que será tratado a continuación.

Como vimos anteriormente, el ICMS es un impuesto plurifásico no acumulativo, esto significa que en las operaciones en las que participan dos o más contribuyentes, el impuesto que incide en determinada transacción comercial da derecho al próximo contribuyente, quien adquirió la mercancía en esta transacción, a descontarlo del valor del impuesto a pagar que es de su responsabilidad. Este hecho, cuando implica transacciones comerciales interestatales, es decir, un determinado contribuyente domiciliado en un Estado “A” vende determinada mercancía a otro domiciliado en un Estado “B”, el valor del impuesto que incidió en la primera operación (Estado “A”), da derecho de crédito al contribuyente perteneciente al Estado “B”.

Este tipo de operaciones normalmente ocurren con el ICMS, tanto en operaciones interestatales como de importación, el problema es cuando determinado Estado concede beneficios fiscales en desacuerdo con las normas que prevén la forma de la concesión de

tales beneficios. Produciéndose tal hecho, según el ejemplo anterior, se ocasionará perjuicio financiero al Estado “B”.

Para explicar mejor esta situación, el tema se tratará más adelante en, “El cobro del ICMS debido en las Importaciones”, como también en las concesiones de los beneficios fiscales en las que se encuentre el ICMS.

#### *10.8) Base Imponible*

Base imponible, tal como lo define Geraldo Ataliba, es una “perspectiva mensurable del aspecto material de la hipótesis de incidencia que la ley califica, con la finalidad de establecer un criterio para determinar, en cada obligación tributaria concreta, el *quantum debeat*”. Es decir, es el aspecto fundamental de la estructura de cualquier tipo tributario por contener la dimensión de la obligación pecuniaria, que tiene la virtud de cuantificar el objeto imponible.

Con respecto al ICMS, la base imponible vinculada a las salidas de mercancías del establecimiento del contribuyente será el importe de la operación aunque pudiendo agregar otros importes. Sin embargo, es necesario que estas adiciones tengan previsión legal y se puedan asociar jurídicamente a la operación tributada.

En cambio, en la prestación de servicio de transporte y de comunicación, la base imponible del ICMS es el valor del servicio; no se debe considerar ninguna otra carga para el usuario o contratante del servicio.

#### *10.9) Sujeción pasiva*

##### *10.9.1) Contribuyentes*

Contribuyente es en realidad el sujeto pasivo por excelencia de la obligación tributaria principal, es decir, de la obligación de pagar tributo. La ley nacional del ICMS dice que contribuyente del ICMS es cualquier persona, física o jurídica, que realice, con habitualidad o en un volumen que caracterice la finalidad comercial, operaciones de circulación de mercancía o prestaciones de servicios de transporte interestatal e intermunicipal y de comunicación, aun cuando las operaciones y las prestaciones se inicien en el exterior.

También es contribuyente del ICMS la persona física o jurídica que, aun sin habitualidad o finalidad comercial:

I - importe mercancías del exterior, cualquiera que sea su finalidad;

II - sea destinataria de servicio prestado en el exterior o cuya prestación se haya iniciado en el exterior;

III - adquiera en licitación mercancías o bienes aprehendidos o abandonados;

IV - adquiera lubricantes y combustibles líquidos y gaseosos derivados de petróleo y energía eléctrica provenientes de otro Estado, cuando no se destinan a la comercialización o a la industrialización.

#### *10.9.2) Responsabilidad*

Para favorecer a la Administración Tributaria, la responsabilidad del pago del tributo se podrá atribuir a otra persona que, sin estar personal y directamente relacionada con el hecho imponible de la obligación tributaria, asume, por imposición legal, la responsabilidad del pago del tributo.

La responsabilidad se podrá atribuir con relación al impuesto incidente sobre una o más operaciones o prestaciones, ya sean antecedentes, concomitantes o subsecuentes.

#### *10.9.3) Principales contribuyentes del ICMS*

Los principales contribuyentes del ICMS son los comerciantes, los industriales, los productores y los prestadores de servicios de transporte interestatal e intermunicipal y de comunicación.

##### *10.9.3.1) Comerciante*

Comerciante es la persona natural o jurídica que, profesional y habitualmente, practica actos de comercio por naturaleza en su nombre.

##### *10.9.3.2) Industrial*

Es la persona física o jurídica, de Derecho público o privado, que realice operaciones en virtud de las cuales se modifique su naturaleza, funcionamiento, uso, acabado, o presentación del producto, tales como beneficiación, transformación, montaje, acondicionamiento o reacondicionamiento, así como también las de reparación o restauración, con el objetivo de reventa.

##### *10.9.3.3) Productor*

Es la persona física o jurídica de Derecho público o privado que se dedique a la producción agrícola, animal o extractiva, en estado natural con beneficiación elemental.

##### *10.9.3.4) Establecimiento*

La Ley Complementaria n° 87/96<sup>779</sup> considera como establecimiento al lugar, privado o público, edificado o no, propio o de tercero, donde personas físicas o jurídicas ejerzan sus actividades en carácter temporal o permanente, como también donde se encuentren almacenadas mercancías. Ante la imposibilidad de determinar el establecimiento, en los términos del enunciado del mencionado artículo, se considera como tal al lugar en que se haya realizado la operación o la prestación o en el que haya estado la mercancía.

En otras palabras, establecimiento es el lugar donde una persona, física o jurídica, (industrial, comerciante, productor, generador, prestador de servicio de transporte interestatal o intermunicipal o de comunicación, cooperativa, sociedad civil con fin económico etc.) ejerce su actividad como contribuyente del impuesto estadual.

#### *10.10) El cobro del ICMS debido en las Importaciones*

Este tema se trata de otra situación clara de la distorsión del ICMS, como ya se informó, y que está provocando conflictos entre los Estados.

Bajo la Constitución anterior, constituía hecho imponible del ICMS en la importación la entrada de la mercancía en el establecimiento del importador, lo cual, asimismo, se encontraba expresamente previsto en la *Resolución 577 del STF*: “En la importación de mercancías del exterior, el hecho imponible del ICM se produce en el momento de su entrada en el establecimiento del importador”.

Con la promulgación de la Constitución Federal de 1988, el STF declaró que no se aplicaría más su Resolución 577, y explicó que se había modificado el aspecto temporal del hecho imponible del ICMS en la importación, tornando legítimo, en la actualidad,

---

779 art. 11, § 3°.



condicionarse el despacho aduanero de las mercancías o del bien importado al pago, no sólo de los tributos federales sino también del ICMS incidente sobre la operación ya que el hecho generador del ICMS se produjo en la recepción de la mercancía por parte del importador<sup>780</sup>. Este tema está contenido actualmente en la Resolución 661 del STF, transcripta a continuación:

“661 - En la entrada de mercancía importada del exterior, es legítimo el cobro del ICMS en el momento del despacho aduanero.”

En cuanto al Estado a quien corresponde el ICMS incidente en la importación, el texto constitucional estableció que es el estado donde esté situado el establecimiento destinatario de las mercancías o del servicio. Es así porque puede ocurrir que el destinatario no sea el importador. Las mercancías pueden ser importadas por la empresa “X” pero ser enviadas desde el exterior directamente a la empresa “Y”, su adquiriente, situada en otro estado. En tal hipótesis el ICMS le corresponde al estado donde se encuentra la empresa “Y”.

Es oportuno aclarar que la Enmienda Constitucional n° 33, del 11 de diciembre de 2001, introdujo una importante modificación a dicho dispositivo de la Constitución. Observamos que el constituyente derivado tuvo la intención explícita de manejar el criterio que el STF había fijado sobre la imposibilidad de que el ICMS incida sobre importaciones realizadas por personas físicas.

---

780 RREE 192.625; 192.711; 193.817; 210.970; 214.303.

Efectivamente, antes de la promulgación de la Enmienda Constitucional n° 33/2001, el Plenario del Supremo Tribunal Federal había establecido la interpretación según la cual el texto original de ese ítem “a” del art. 155, § 2°, inciso IX, de la Carta de la República, solamente se aplicaba a establecimiento comercial y no a la persona física que realizara la importación para su goce y disfrute. Por lo tanto, antes de ésta ya se había establecido jurisprudencia pacífica prohibiendo la incidencia del ICMS sobre las operaciones de importación de bienes realizadas por persona física para uso propio<sup>781</sup>. Este criterio, como ya se ha dicho, anterior a la Enmienda Constitucional n° 33/2001, está expresado en la Resolución 660 del STF (Resolución STF 660 – “No incide el ICMS en la importación de bienes por persona física o jurídica que no sea contribuyente del impuesto.”).

Sin embargo, desde la Enmienda Constitucional n° 33/2001 no hay ninguna posibilidad de duda. El ICMS incide en las operaciones de importación realizadas por persona física o jurídica, aun cuando no sea contribuyente habitual del impuesto, cualquiera sea la finalidad de los bienes importados. En lo que respecta al estado a quien le corresponde el ICMS, no hubo ninguna modificación. El ICMS incidente en la importación le corresponde al estado donde se encuentre el domicilio o el establecimiento del destinatario de la mercancía, bien o servicio.

No obstante ello, en la práctica percibimos la existencia de conflicto por el hecho de que dos o más Estados se consideran como legítimos para el cobro del impuesto en una misma operación de importación. El debate tiene como elemento de partida la discrepancia en la redacción de artículos de la Constitución y de la Ley Complementaria n° 87, de 1996. Mientras la Constitución prescribe que le corresponderá el impuesto "al

---

781 RE 203.075; AGRRE 233.935.

Estado donde se encuentre el domicilio o el establecimiento del destinatario de las mercancías", la ley determina que el impuesto debe pagarse al Estado donde esté ubicado el: "establecimiento donde se produzca la entrada física".

Las dudas surgen cuando el importador tiene establecimiento en un ente federativo distinto de aquel donde se produce el desembarque físico, o inclusive, cuando la situación se repite con el agravante de que la mercancía importada es enviada al destinatario final en un tercer estado, sin que haya circulado físicamente por el establecimiento importador.

El Supremo Tribunal Federal (STF) cuando analizó el tema por primera vez, en 2004, estableció el criterio de que la entidad competente para cobrar el impuesto es aquella donde se encuentre el establecimiento importador (donde hay entrada legal), sin importar dónde se haya realizado el desembarque físico. De este modo, un establecimiento de Pernambuco importó mercancías (por cuenta propia), realizando su desembarque en Río de Janeiro y las transfirió, sin que hubiera entrada física en su establecimiento, a otro contribuyente también ubicado en territorio fluminense. En este caso se determinó que la entidad competente para cobrar el impuesto era el Estado de Pernambuco ya que era allí donde se situaba el establecimiento importador de las mercancías (el lugar donde se produjo su entrada jurídica).

El tema ha cobrado una nueva dimensión con el dictado de una segunda sentencia del STF en 2005. En este segundo "leading case", a diferencia de la situación de hecho llevada al primer juicio, la importación la realizaba un establecimiento ubicado en Espírito Santo, por cuenta y orden de un establecimiento paulista, siendo las mercancías despachadas también en el territorio de San Pablo. En este caso, el tribunal entendió que

el impuesto se debería pagar en el Estado "en el que se encuentra el puerto de desembarque y el destinatario de la mercancía", fijando a San Pablo como la entidad competente.

En un primer análisis se tiene la impresión de que hubo un cambio radical desde la primera dirección presentada. Sin embargo, no es esa la interpretación que debe prevalecer ya que existen peculiaridades en la construcción fáctica del segundo juzgamiento que impiden la comprensión simplista de cambio en la dirección jurisprudencial. La primera y más importante diferencia reside en el hecho de que en el primer juzgamiento la importación se realizaba directamente, mientras que en el segundo caso la importación se daba por cuenta y orden de tercero. Considérese también como aspecto de fundamental importancia el hecho de que el tribunal, en la segunda hipótesis, comprueba la existencia de "un evidente cuadro de simulación" que tenía como objetivo el aprovechamiento indebido de incentivos fiscales concedidos por el Estado de Espírito Santo.

En un intento de sistematización y eculización de estos criterios, como inclusive parece haber hecho el STF en una reciente sentencia<sup>782</sup>, es necesario separar las importaciones realizadas por cuenta propia de aquellas realizadas por cuenta y orden de terceros. En el primer caso, así como en la importación por encomienda, prevalece la primera, el ICMS se pagará al Estado donde se encuentre el destinatario jurídico de las mercancías, sin importar el lugar donde se realice su desembarque. En cambio, en las importaciones realizadas por cuenta y orden, las operaciones se tendrán que analizar caso por cada caso, teniéndose en cuenta, por ejemplo, la existencia o no de interpósitas

---

782 RE nº 405.457/SP.

personas o de falta de correspondencia entre la forma y el contenido de las operaciones, resultando impracticable la indicación de una regla objetiva, a pesar de que sea posible afirmar que, en tales casos, la tendencia jurisprudencial es que se establezca un estado competente para el cobro del impuesto basado en la localización del establecimiento del adquirente de la mercancía importada por su cuenta y orden.

La línea de criterio presentada preserva al pacto federativo, permitiendo que Estados no portuarios mantengan la recaudación del ICMS sobre las importaciones realizadas en su territorio, aunque sin descuidarse de la posibilidad de existencia de operaciones simuladas.

Como se ve, este es un ejemplo de discrepancia en la interpretación de las normas que rigen al ICMS, perjudicando la relación entre los Estados, así como la del contribuyente con los Estados. Volveremos a este debate al tratar el tema de la “guerra fiscal”.

#### *10.11) Principio de la no acumulación fiscal*

El ICMS debe ser "no acumulativo, compensándose lo adeudado en cada operación relativa a la circulación de mercancías o prestación de servicios con el importe cobrado en las anteriores por el mismo u otro Estado o por el Distrito Federal"<sup>783</sup>.

Por su parte, la exención o no incidencia, salvo determinación contraria a la legislación, no implicará crédito para compensación con el importe adeudado en las

---

783 Art. 155, § 2º, I, de la CF/88.

operaciones o prestaciones; por el contrario, causará la anulación del crédito relativo a las operaciones anteriores<sup>784</sup>.

Al comienzo del tema vimos que el ICMS es un impuesto multifásico, de incidencia múltiple y, por lo tanto, la Constitución Federal, al establecer el principio de la no acumulación, consideró el ciclo económico recorrido por la mercancía (circulación), desde su producción hasta su consumo, como un todo. Por eso, el objetivo del legislador constituyente fue el de repartir la carga tributaria entre los contribuyentes, de manera que cada uno de ellos respondiera solamente por la parte que le corresponda en el todo, en consonancia con las operaciones o prestaciones realizadas.

La esencia de la no acumulación es el derecho a la compensación que permite al contribuyente acreditarse del ICMS cobrado en las operaciones o prestaciones anteriores, impidiendo, de esa forma, el cobro de impuesto sobre impuesto.

Como regla general, en virtud del principio de la no acumulación, se garantiza al contribuyente, con la excepción de las hipótesis de exención o no incidencia, el derecho de acreditarse del impuesto anteriormente cobrado, con relación a las mercancías que ingresaron a su establecimiento o en lo relativo a las prestaciones de servicios de transporte interestatal e intermunicipal y de comunicación tomadas por el mismo.

En síntesis, la regla es genérica y amplia, dando derecho al crédito, con la salvedad de las hipótesis de no incidencia o exención. Por consiguiente, se concluye que cualquier crédito no prohibido se encuentra permitido.

---

784 CF/88, art. 155, §2º, II, a y b.

El ICMS sólo incide sobre el valor añadido realizado en cada operación o prestación. En la sistemática brasileña, el Fisco no considera el valor añadido en cada operación o prestación para exigir el ICMS, lo que, evidentemente, sería demasiado complicado, trabajoso y gravoso. En nuestro país se prefirió adoptar el sistema de determinación por período, calculándose en cada operación el importe del impuesto a pagar que, por regla general, se indicará en la factura por el total (base imponible x alícuota) y arrojado en los libros fiscales (Registro de Salidas y Registro de Determinación del ICMS), permitiéndose, sin embargo, la deducción del impuesto pagado en la operación anterior. En síntesis, la confrontación de los débitos y créditos se hace mensualmente. Los débitos son arrojados en el Registro de Salidas y los créditos en el Registro de Entradas. A su vez, el cotejo de los débitos y créditos se realiza en el Registro de Determinación del ICMS, pudiendo tener como resultado un saldo deudor, un saldo acreedor o un saldo cero (empate entre débitos y créditos).

### **11) IVA en el Mercado Común Europeo**

No debe pasarse por alto que fue en Europa donde se desarrolló enormemente este tipo de tributación, directamente influenciada por la experiencia francesa de la *taxe sur le valeur ajoutée*.

Este impuesto surgió en Francia con la sanción de la ley fechada el 10 de abril de 1954, reemplazando a la anterior *taxe à production*, y en la misma se preveía el empleo tanto de las deducciones físicas como de las deducciones financieras.

Cuando se creó la Comunidad Económica Europea, el Tratado de Roma (25/03/1957) determinó sobre la necesidad de *armonización* de las disposiciones legislativas y administrativas de los Estados miembros con el propósito de establecer y hacer funcionar al mercado Común, y se mostraba preocupado con el hecho de que los tributos cobrados internamente pudieran perjudicar la libre competencia (artículos 99 y 100).

Con este objetivo fueron realizados estudios por un Comité Fiscal y Financiero, cuyo presidente y relator era Fritz Neumark, quien elaboró un informe, comúnmente denominado Informe Neumark, y un proyecto de 1ª directriz para CEE proponiendo la *armonización de las legislaciones tributarias* por medio de la adopción, por parte de los países miembros, de un impuesto sobre el valor agregado. Este mismo proyecto preveía una 2ª directriz regulando la estructura y los métodos para la aplicación de un sistema común del Impuesto sobre el Valor Agregado – IVA –. Estas directrices fueron aprobadas por el Consejo de CEE el 11 de abril de 1967, siguiendo de ahí en adelante su difusión entre los países miembros.

En líneas generales, la 1ª directriz trataba de “aplicar un impuesto general sobre el consumo de bienes y servicios, directamente proporcional al precio de los bienes y servicios, sin considerar el número de transacciones durante el proceso de producción y distribución que preceden a la etapa en que incide el impuesto. En cada transacción el impuesto sobre el valor agregado, calculado en base al precio del bien o servicio, se debe pagar después de deducir el monto del impuesto que haya afectado directamente el costo de los distintos componentes del precio. El sistema común del impuesto sobre el valor agregado se debe aplicar inclusive en la etapa de comercio minorista”.



Por lo tanto, el impuesto sobre el valor agregado tenía las siguientes características:

- a) impuesto sobre el consumo de bienes y servicios;
- b) impuesto multifásico, cobrado en todas las etapas del ciclo de la producción y de la comercialización;
- c) impuesto no acumulativo: en cada etapa, del importe a pagar se deduce el impuesto que anteriormente incidió sobre el costo de los distintos componentes del precio de venta (sistema impuesto sobre impuesto);
- d) la base imponible es el precio de los bienes y servicios;
- e) impuesto directamente proporcional a este precio.

La 2ª directriz detalló el IVA adoptado por la CEE explicando sus hechos imponibles, sujetos pasivos, bases imponibles y, también, las deducciones permitidas, las cuales sufrían y sufren algunas limitaciones.

En síntesis, al IVA se lo puede caracterizar como: a) impuesto indirecto, plurifásico, no acumulativo y neutro; b) tributación del consumo total, ampliándose el hecho imponible de las transmisiones de bienes y de las prestaciones de servicios, como por ej., si el bien utilizado de la empresa ha sido para uso propio de su titular, del personal o ha sido para fines ajenos a la misma (es servicio prestado que genera débito), de acuerdo con los artículos 3º y 4º del Código del IVA; c) adopta el principio del país de destino, donde el impuesto se cobra en el país en que la mercancía es consumida; d) permite el ejercicio del Derecho al crédito (Derecho a la deducción), aunque sujeto a limitaciones, según los

arts. 19, 20 y 21 del Código del IVA c/c los arts. 19, 20 y 21 del RITI – Régimen del IVA en las Transacciones Intracomunitarias –.

Se debe destacar que existen claras diferencias entre el IVA Europeo y nuestro ICMS actualmente vigente. Comenzando por la circunstancia de que el campo de incidencia de ambos es bastante diferente: mientras el primero abarca a todos los bienes y servicios, el segundo sólo alcanza las operaciones relativas a la circulación de mercancías y las prestaciones de servicios de transporte interestatal e intermunicipal y de pasajeros. Otra cuestión importante reside en la forma de reglamentación jurídica debido a que el ICMS está expresamente delimitado en la Carta Constitucional en sus características esenciales dejando escaso margen de actuación al legislador infraconstitucional.

## **12) El ICMS y la concesión de los beneficios fiscales (aspectos polémicos)**

Según la información conocida por todos, el ICMS es un impuesto de carácter nacional y, por ese motivo, es tratado con precisión en la Constitución Federal, principalmente en lo relativo a la concesión de incentivos fiscales.

En los términos del artículo 155, § 2.º, inciso XII, ítem “g”, de la Constitución Federal<sup>785</sup>, a la ley complementaria se le otorgó la regulación de la forma en cómo,

---

785 Art. 155. Compete a los Estados y al Distrito Federal instituir impuestos sobre:

[...]

II – operaciones relativas a la circulación de mercancías y sobre prestaciones de servicios de transporte interestatal e intermunicipal y de comunicación, aun cuando las operaciones y las prestaciones se inicien en el exterior;

[...]

§ 2.º El impuesto previsto en el inciso II considerará lo siguiente:

mediante deliberación de los Estados y del Distrito Federal, las exenciones, los incentivos y los beneficios fiscales se concederán y revocarán.

La ley complementaria sancionada para regular la concesión y revocación de las exenciones, incentivos y beneficios fiscales fue la Ley Complementaria n.º 24, del 7 de enero de 1975. Esta ley, como es de público conocimiento, fue acogida por la actual Constitución Federal. Esta norma, vale destacar, fue la creadora del CONFAZ – Consejo Nacional de Política de Hacienda –, órgano responsable de la administración y gestión del ICMS en el ámbito nacional. Cualquier beneficio fiscal para ser concedido o revocado deberá cumplir con la norma en cuestión, según surge de su artículo primero:

“Art. 1º - Las exenciones del impuesto sobre operaciones relativas a la circulación de mercancías se concederán o revocarán en los términos de convenios celebrados y ratificados por los Estados y por el Distrito Federal, según esta Ley.

De acuerdo con el procedimiento defendido por la Ley Complementaria n.º 24/75, los Convenios son celebrados por los Estados y el Distrito Federal en reuniones para las cuales hayan sido convocados representantes de todos los Estados y del Distrito Federal<sup>786</sup>. Estas reuniones son presididas por representantes del Gobierno Federal y se

---

[...]

XII – le corresponde a la ley complementaria:

[...]

g) regular la forma en cómo, mediante decisión de los Estados y del Distrito Federal, exenciones, incentivos y beneficios fiscales se concederán y revocarán.

786 Art. 2º - Los convenios a que alude el art. 1º se celebrarán en reuniones para las cuales hayan sido convocados representantes de todos los Estados y del Distrito Federal, bajo la presidencia de representantes del Gobierno federal.

realizan con la presencia de representantes de la mayoría de las unidades de la Federación<sup>787</sup>, siendo éste el quórum obligatorio.

La concesión de beneficios del ICMS siempre dependerá de la decisión unánime de los Estados representados. El quórum para la revocación, total o parcial, de beneficios fiscales dependerá de la aprobación de, como mínimo, 4/5 de los Estados representados en las reuniones<sup>788</sup>.

El Poder Ejecutivo de cada Unidad de la Federación publicará un decreto ratificando o no los convenios celebrados, dentro del plazo de quince días, contados desde la publicación de los mismos en el Diario Oficial de la Unión, independientemente de cualquier otra manifestación<sup>789</sup>.

No habiéndose manifestado en el plazo de 15 días, los convenios se considerarán tácitamente ratificados. La ratificación de los convenios, expresa o tácita, también se aplicará a las Unidades de la Federación cuyos representantes no hayan comparecido a la reunión en la que fueron celebrados<sup>790</sup>.

Los Convenios se deben declarar ratificados, a nivel federal, mediante un acto declaratorio de la Comisión Técnica Permanente – Cotepe –, que funciona en el

---

787 § 1º - Las reuniones se realizarán con la presencia de representantes de la mayoría de las Unidades de la Federación.

788 § 2º - La concesión de beneficios siempre dependerá de la decisión unánime de los Estados representados; su revocación total o parcial dependerá de la aprobación de cuatro quintos, por lo menos, de los representantes presentes.

789 § 3º - Dentro de los 10 (diez) días, contados desde la fecha final de la reunión a la cual se refiere este artículo, la resolución adoptada en la misma se publicará en el Diario Oficial de la Unión.

790 Art. 4º - Dentro del plazo de 15 (quince) días contados desde la publicación de los convenios en el Diario Oficial de la Unión, e independientemente de cualquier otra comunicación, el Poder Ejecutivo de cada Unidad de la Federación publicará un decreto ratificando o no los convenios celebrados, considerándose ratificación tácita de los convenios la falta de manifestación en el plazo señalado en este artículo.

Ministerio de Economía, Hacienda y Planificación en Brasilia, DF, que se publicará en el Diario Oficial de la Unión hasta los 10 días contados desde el plazo de ratificación a nivel estadual.

En este sentido, se considerará rechazado el convenio que no sea, expresa o tácitamente, ratificado por el Poder Ejecutivo:

- a) de todas las Unidades de la Federación, en los casos de concesión de beneficios;
- b) de, como mínimo, 4/5 de las Unidades Federativas, en el caso de revocación de beneficios concedidos.<sup>791</sup>

Los convenios entran en vigencia en el trigésimo día posterior a la publicación de su ratificación, a nivel federal, salvo disposición en contrario, es decir, excepto si dispusieran expresamente cuándo entrarán en vigencia<sup>792</sup>.

Los Convenios pueden disponer que la aplicación de sus cláusulas sea limitada a una o algunas de las Unidades de la Federación, siendo este último criterio adoptado por los Protocolos<sup>793</sup>.

---

791 § 2º - Se considerará rechazado el convenio que no sea expresa o tácitamente ratificado por el Poder Ejecutivo de todas las Unidades de la Federación o, en los casos de revocación a que se refiere el art. 2º, § 2º, de esta Ley, por el Poder Ejecutivo de, como mínimo, cuatro quintos de las Unidades de la Federación.

792 Art. 6º - Los convenios entrarán en vigencia en el trigésimo día posterior a su publicación a la que se refiere el art. 5º, salvo disposición en contrario.

793 Art. 3º - Los convenios pueden disponer que la aplicación de cualquier de sus cláusulas se limite a una o a algunas Unidades de la Federación.

Después de ratificados, los mismos obligan a todas las Unidades de la Federación, inclusive las que, regularmente convocadas, no se hayan hecho representar en las reuniones del Consejo de Política de Hacienda – Confaz<sup>794</sup> –.

Dicha Ley Complementaria también prevé que el incumplimiento de sus preceptos ocasionará (i) la nulidad del acto y la ineficacia del crédito fiscal atribuido al establecimiento que recibe la mercancía; e (ii) la exigibilidad del impuesto impago o devuelto y la ineficacia de la ley o acto que conceda remisión del débito correspondiente<sup>795</sup>.

Sin embargo, a pesar de que las reducciones y desgravaciones del ICMS tienen que ser concedidas por medio de convenio, ratificado por decreto legislativo, los Estados, contrariando las disposiciones de la Ley Complementaria n.º 24/1975, crean y conceden unilateralmente incentivos variados y una gama de subterfugios para manejar las restricciones de dicha ley, lo que causa incertidumbres e inseguridad jurídicas derivadas de las graves consecuencias tanto para los contribuyentes como para los agentes políticos.

Este estado de beligerancia fue llamado por los Tribunales, la prensa y la literatura especializada como “Guerra Fiscal<sup>796</sup>”, es decir, se trata de la expresión que representa

---

794 § 1º - Lo dispuesto en este artículo también se aplica a las Unidades de la Federación cuyos representantes no hayan comparecido a la reunión en que fueron celebrados los convenios.

795 Art. 8º - El incumplimiento de los dispositivos de esta Ley ocasionará, acumulativamente:

I - la nulidad del acto y la ineficacia del crédito fiscal atribuido al establecimiento que recibe la mercancía;

II - la exigibilidad del impuesto impago o devuelto y la ineficacia de la ley o acto que conceda la remisión del débito correspondiente.

796 Según la definición de Ricardo Varsano, “la guerra fiscal es, como el propio nombre lo indica, una situación de conflicto en la Federación. El ente federado que gana – cuando de hecho existe alguna ganancia – impone, en la mayoría de los casos, una pérdida a alguno o a algunos de los demás, ya que la guerra difícilmente sea un juego positivo. El federalismo, que es una relación de cooperación entre las unidades de gobierno, es sacudido. También la Federación – de gran valor para los brasileños al punto de que la

metafóricamente el esfuerzo competitivo entre personas políticas para que la asignación de inversiones privadas se dirija a sus respectivos territorios. Esta práctica opera mediante concesiones de beneficios fiscales, financieros y de infraestructura para las empresas interesadas en invertir o transferir sus inversiones al estado que concede el beneficio.

Una de las formas de competir por la inversión privada, como señalamos, se produce mediante la manipulación, por parte de los Estados miembros, de la intensidad de la incidencia del ICMS relativo a las operaciones de determinadas empresas que se pretende atraer al respectivo territorio.

Es necesario subrayar que esta gradación de carga tributaria se produce mediante modificaciones en el panorama normativo y, para hacerlo, las personas políticas se sirven de las respectivas competencias tributarias – importante concepto para que se entienda el fenómeno de la guerra fiscal.

Por lo tanto, estas concesiones procedidas de forma unilateral ocasiona, consecuentemente, la represalia de otros Estados, como veremos más adelante, de las más diversas formas posibles, desde la desestimación de los créditos gravados de incentivo hasta la interposición de acciones con el objetivo de que se retire del ordenamiento jurídico la medida que concedió el incentivo.

Entre los factores indicados por la doctrina que determinan el estadio que ha alcanzado la Guerra Fiscal, indicaremos los principales:

- a) desequilibrio entre las diversas regiones y Estados, con respecto a la oferta de mano de obra calificada y de infraestructura de instalación, de acceso a los insumos y al mercado, unida a la

---

Constitución contiene una cláusula pétrea que impide su abolición – pierde" (Guerra Fiscal del ICMS: quién gana y quién pierde IPEA. *Planejamento e Políticas Públicas*, n. 15, jun. 1997, p. 6).

inoperancia del gobierno central en la promoción de políticas públicas de desarrollo regional, haciendo que aquellos que no tengan otros medios de atraer a determinados tipos de empresas se valgan de la exoneración fiscal (cuanto más desfavorable la localización, mayor el costo fiscal involucrado). Esta incapacidad regulatoria del gobierno central se produce de modo directo en la asignación regional de la inversión pública y, de modo indirecto, en la asignación de la inversión privada<sup>797</sup>;

b) atribución a los Estados miembros (entidades subnacionales) de la competencia para instituir y cobrar el principal tributo sobre el consumo, al contrario de lo que se considera un estándar mundial<sup>798</sup>. El carácter nacional, intrínseco al funcionamiento del ICMS, discrepa con el modo en que se implementó en Brasil, aunque se hayan creado medios de armonización normativa, mediante leyes complementarias, convenios, resolución del Senado, etc.; basta depender, para la efectiva posibilidad de cobro (integración de la regla matriz de incidencia), de la sanción de leyes ordinarias estaduais, a detallar el perfil de incidencia para que se abra un espacio a la guerra fiscal. Son 27 legislaciones diferentes en ámbito local, propiciando una amplia desigualdad en el cobro del tributo, generando desequilibrio competitivo entre las empresas e inseguridad de los contribuyentes a la hora de definir el lugar de la inversión;

c) adopción del llamado “Principio del Origen”, de modo de concentrar el impacto fiscal en el Estado en que se localiza la empresa que dará lugar a la operación de salida. Los citados autores destacan: el principio del origen es la condición esencial que permite al gobierno local negociar con cada empresa las condiciones y, eventualmente, la obligatoriedad del pago del impuesto. Aun en una situación en que toda la producción sea vendida a otro Estado, el gobierno del Estado que retiene la producción puede, como destinatario legal de la recaudación, conceder incentivos, aplazamientos del plazo de pago y exenciones. En síntesis, la posibilidad de utilizar la competencia estadual sobre el impuesto como instrumento de políticas de desarrollo regional<sup>799</sup>, originalmente estaba circunscripta en el modelo adoptado para el impuesto sobre el valor agregado

d) otra causa de fondo institucional se refiere a la falta de aptitud del Poder Judicial en dar respuesta al problema. Basta ver que el propio STF, aun teniendo una posición tomada en el sentido de repudiar los beneficios fiscales concedidos sin amparo en convenio interestatal, muchas veces termina, por causa de la lentitud de rito y sobrecarga de procesos, entrando en espera con el ritmo requerido por las demandas de este tipo. Las disculpas formales, formuladas en el centro de las técnicas de control de constitucionalidad, contribuyen con este escenario. Eso ocurre, por ejemplo, en la falta de proseguimiento del proceso cuando la norma local concesiva del beneficio pierde su vigencia, haciendo que el Tribunal Supremo deje de dar seguimiento al proceso por pérdida de objeto<sup>800</sup>. Otro ejemplo, también relativo a las “autolimitaciones” establecidas por el Tribunal Supremo en el ámbito

---

797 Cf. PRADO, Sergio; CAVALCANTI, Carlos Eduardo Gonçalves. Aspectos da Guerra Fiscal no Brasil: uma síntese. In: Guerra Fiscal no Brasil; três estudos de caso – Minas Gerais, Rio de Janeiro e Paraná. Série Estudos de Economia do Setor Público, V. 5. São Paulo: FAPESP, 1999, P. 7.

798 Idem, Ibidem.

799 Idem, p. 8

800 En estos casos, aunque haya pérdida del objeto en cuanto al futuro de la norma revocada, el Tribunal termina sin dar una solución jurídica a las situaciones consolidadas con anterioridad. Además, hay casos en que los Estados, en conocimiento de esta postura del STF, acaban “jugando” con esta limitación, burlando el control de sus actos. Esto ya fue hecho por el Estado de San Pablo al reeditar el mismo beneficio fiscal en normas diferentes y con vigencia temporal (esta situación ha sido claramente explicada por el propio STF en la ADI n.º 2.021-8/SP, en que el Estado de Río Grande do Sul cuestionaba el beneficio fiscal concedido por San Pablo). Tampoco se juzgaron, por pérdida de objeto, las ADI n.º 2155-9 y n.º 2166-4 (contra beneficios concedidos por Paraná) y las ADI n.º 2157-5 y 2156-7 (contra beneficios concedidos por Bahía).



del control de constitucionalidad se produjo en el juicio de la ADI n.º 3350/SP, en que la Excelsa Corte perdió la oportunidad de fijar posición acerca del controvertido Comunicado CAT en el 36/04, con el argumento de que no se trata de “acto normativo” en los términos requeridos por el art. 102, I, a, de la CF. La resolución es consistente con el criterio del STF acerca de los presupuestos formales de la ADI; aunque inconsistente, sin embargo, con el tipo de respuesta requerida por su papel institucional<sup>801</sup>.

Asimismo, podemos afirmar que el ICMS, como se dijo anteriormente, es cobrado por los estados que poseen un enorme poder de legislar sobre la fijación de alícuotas, incentivos y políticas de cobro. En este caso, el control fundamental sobre legislación, alícuotas y políticas es siempre ejercido por el nivel federal. Como consecuencia de este poder conferido a los estados surge en Brasil la posibilidad de la guerra fiscal que acaba por interferir directamente en las relaciones con el MERCOSUR ya que algunos estados brasileños, preocupados con la obtención de inversiones directas para el desarrollo de sus respectivas regiones, terminan renunciando a gran parte de los ingresos del ICMS. Consecuentemente, la práctica de renuncia por algunos estados del Brasil acaba desgravando demasiado algunos productos, provocando claros desequilibrios.

Además, teniendo en cuenta que gran parte del poder decisorio en cuanto a las reglas del ICMS está concentrado en los estados, el país tiene serias dificultades para

---

<sup>801</sup> Celso Fernandes Campilongo señala con bastante nitidez este comportamiento evasivo de los Tribunales que, mediante disculpas procedimentales, dejan de lado la presentación de la cuestión de fondo en algunos “casos difíciles”. Revela que: “la teoría jurídica crea diversos instrumentos para la actuación práctica del *non liquet*. Probablemente, lo más común para justificar resoluciones obligatorias más difíciles son las disculpas formales. Nulidades procesales, prescripciones, vicios formales y la falta de regulación legal suelen funcionar como un alivio y auxilio a la obligación de decidir. Alivio porque permite una resolución con economía de argumentos y amparada en la ley. Auxilio porque actúan como salida operativa a los dilemas judiciales. Se utiliza al derecho como disculpa para la falta de aplicación del derecho. La ampliación de la libertad del juzgador – aparentemente limitada por cuestiones de gran complejidad procesal – es enorme. No sin razón algunos analistas de esta situación destacan que el Supremo Tribunal Federal, en Brasil, dedica la mayor parte de sus resoluciones a cuestiones de derecho procesal y no a cuestiones substantivas” (Política, sistema jurídico e decisão judicial. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 163)

definir una política de recaudación de impuestos indirectos que se pueda adoptar a los efectos de comercio con los países miembros del bloque.

Trataremos a continuación el tema de la guerra fiscal existente en nuestro país, en el ámbito del ICMS.

### *12.1) La Guerra Fiscal en el Ámbito del ICMS*

### *12.2) Síntesis histórica sobre la Guerra Fiscal*

Para entenderlo mejor, nos referiremos a esa contienda entre los Estados. A comienzos de la década del 80 se inicia un movimiento que busca el fortalecimiento de los estados y municipios. Con la promulgación de la Constitución de 1988, se confirma el éxito de ese grupo formado principalmente por intendentes y gobernadores.

La Carta Magna transfiere una mayor porción de la torta tributaria y concede una mayor autonomía a estas Unidades Federativas para legislar sobre sus fuentes de recaudación. Esta libertad fiscal propició que se intensificara la llamada Guerra Fiscal, estimulando la disputa entre los estados que tenían como objetivo la promoción del desarrollo regional y utilizaron la concesión de beneficios a las empresas para instalar nuevas plantas industriales en su territorio. Tal guerra no es un hecho nuevo en la política brasileña. Existen registros de dicha práctica desde la década del 20 pero la misma adquiere proporciones significativas y preocupantes a partir de la década del 90.

El incentivo fiscal no es una práctica reciente. En 1923 se creó el Impuesto sobre Ventas de Mercancías (IVM), y en 1934 se transformó en el Impuesto sobre Ventas de Consignaciones (IVC). Los espacios en la ley permitían la disputa tributaria entre las Unidades Federativas. En este período, los estados tenían autonomía sobre dichos impuestos en la exportación y concedían reducciones en las alícuotas para exportadores

instalados en su estado, generando variaciones en las alícuotas y, por lo tanto, *desigualdades* arancelarias en el sistema de cobro.

Con la creación de la ley nº 5.172 del 25 de octubre de 1966 (Código Tributario Nacional), y la institución del ICM (Impuesto sobre Circulación de Mercancías) la práctica de incentivos no desapareció.

A mediados de la década del 70, la gestión de los incentivos para el desarrollo regional quedó a cargo del gobierno federal que aconsejó el uso de esos instrumentos y de otros incentivos federales para estimular el desarrollo regionalizado, principalmente en la región Norte y Nordeste del país. Estos estímulos federales se redujeron drásticamente en función de la crisis financiera a comienzos de la década del 80. A partir de entonces, los estados trataron de atraer inversiones para su órbita aunque sin grandes resultados ya que la regulación de modificaciones en las alícuotas del ICM necesitaría pasar por el escrutinio del CONFAZ, y ser aprobada por el Congreso Nacional.

La promulgación de la Constitución de 1988 culminó con una mayor descentralización político-fiscal, mediante la ampliación de la autonomía federativa entre los estados y municipios. A partir de entonces se desarrolló el proceso de la llamada "guerra fiscal". La disputa tributaria siempre existió pero en proporciones reducidas en virtud de las legislaciones vigentes. Con la Carta Magna de 1988, que transfirió la mayor porción tributaria a los estados y municipios, y concedió poderes para que las entidades tributantes legislaran sobre sus ingresos, es decir, el IPVA y el ICMS en el ámbito estadual, y el IPTU y el ISS en el ámbito municipal.

### 12.3) *Tipos de incentivos fiscales estaduais utilizados en la guerra fiscal*

Ya hemos visto los tipos de beneficios fiscales que se relacionan con el ICMS, sin embargo, en esta guerra, los tipos más utilizados por los Estados son dos, *el crédito financiero* y *el crédito presunto*, y otros menores que interfieren menos en la competencia financiera entre los Estados.

El crédito financiero consiste en la financiación subsidiada de una parte o del total del débito del ICMS de la empresa, en este caso, un fondo estadual hace la financiación, en general a largo plazo, a través de una institución financiera.

Para la concesión del crédito presunto se utiliza la sistemática de la no acumulación inherente al ICMS, en la que el Estado concede una reducción del importe del impuesto adeudado (indicado en la factura), sin modificar dicho importe en el documento fiscal. La reducción se realiza en el momento del pago del impuesto y el comprador recibe el crédito total indicado en la factura.

Algunos Estados optan por conceder el crédito presunto, dejando en segundo plano el crédito financiero debido a que la financiación del ICMS se calcula sobre el impuesto adeudado y recaudado, lo que hace que el Estado, al desembolsar la financiación, no haya modificado sus ingresos y, consecuentemente, las particiones constitucionales (el 25% de los Municipios y el 15% del FUNDEF - Fondo de Mantenimiento y Desarrollo de la Enseñanza Fundamental y de Valorización del Magisterio)<sup>802</sup> que toman como base el

---

802 El Fondo de Mantenimiento y Desarrollo de la Enseñanza Fundamental y de Valorización del Magisterio (FUNDEF) fue instituido por la Enmienda Constitucional nº 14, del 12 de septiembre de 1996, y reglamentado por la Ley nº 9.424, del 24 de diciembre del mismo año, y por el Decreto nº 2.264, del 27 de junio de 1997 se implementó 1º de enero de 1998. Trajo como innovación un cambio de la estructura de financiación de la enseñanza fundamental en el país, por la subvinculación de una parte de los recursos destinados a ese nivel de enseñanza. El FUNDEF, Fondo de Mantenimiento y Desarrollo de la Enseñanza Fundamental y de Valorización del Magisterio es un fondo instituido en cada Estado de la Federación y en el Distrito Federal,

total de los ingresos, incluida en los mismos la parte financiada, mientras que en la sistemática del crédito presunto se reduce el pago del contribuyente y, por consiguiente, se reducen los ingresos y la base imponible de las particiones constitucionales.

Otros Estados ofrecen facilidades para el registro de licitaciones y asistencia técnica en la elaboración de proyectos. El Estado de San Pablo ofrece diversas formas de incentivo para atraer nuevas inversiones, como: FIDES (Fondo Estadual de Incentivo al Desarrollo Económico y Social); FIDEC (Fondo Estadual de Incentivo al Desarrollo Económico) y el PITE (Programa de Asociación para Innovación Tecnológica), entre otras.

Los Estados de la región nordeste, principalmente, se han disputado ferozmente a las empresas interesadas en instalar sus plantas. Los incentivos concedidos por la región norte desencadenan una dura competencia; dependiendo de las características de la empresa, es decir, de su capacidad financiera, se pueden conceder otras ventajas. Lo que beneficia directamente a las empresas es la donación o venta facilitada de terrenos, proyectos de infraestructura con aprobación desburocratizada.

---

cuyos recursos se deben aplicar exclusivamente en el mantenimiento y desarrollo de la enseñanza fundamental pública y en la valorización de su magisterio. En cada Estado el FUNDEF está compuesto por recursos del propio Estado y de sus Municipios, constituyéndose por el 15% del: Fondo de Participación del Estado (FPE); Fondo de Participación de los Municipios (FPM); Impuesto sobre Circulación de Mercancías y Servicios (ICMS) Recursos relativos a las exenciones de exportaciones que trata la Ley Complementaria nº 87/96; y el Impuesto sobre Productos Industrializados, proporcional a las exportaciones (IPI-exp.). Los recursos del FUNDEF constituidos en la forma antes referida son redistribuidos, automáticamente, al Estado y sus Municipios proporcionalmente al número de matrículas en la enseñanza fundamental de las respectivas redes de enseñanza, que constan en el Censo MEC del año anterior, consultado en: [www.http://qese.edunet.sp.gov.br/fundef/saiba\\_más.htm](http://qese.edunet.sp.gov.br/fundef/saiba_más.htm).

El Estado de Ceará posee, entre otros, un modelo destinado a los proyectos sociales.

Bahía cuenta con un conjunto de incentivos, entre ellos se destaca un segmento especial en el sector automotor.

En Río Grande do Sul se conceden financiaciones para la instalación, ampliación, modernización o reactivación de plantas industriales, con intereses y plazos alargados; entre los programas ofrecidos el más famoso es el FUNDOPEM – Fondo Operación Empresa<sup>803</sup>.

Para no quedarse afuera, Río de Janeiro ofrece incentivos a las nuevas industrias que tratan de aumentar su capacidad productiva, entre los programas se encuentran el Fondo de Desarrollo Económico y Social – FUNDES – instituido por el Decreto-Ley Estadual nº 8/75, y sus modificaciones posteriores, a través de una cartera de programas diferenciada, las empresas obtienen financiaciones en condiciones especiales, pudiendo su valor llegar al 100% o al 200% de la inversión fija, conforme el programa, siendo el plazo promedio de carencia y usufructo de 5 años para una amortización con un interés del 6% anual<sup>804</sup>.

---

803 DECRETO N° 38.609, DEL 23 DE JUNIO DE 1998. Dispone sobre el Reglamento del FUNDOPEM/RS, instituido por la LEY N° 11.028, del 10 de noviembre de 1997. EL GOBERNADOR DEL ESTADO DE RIO GRANDE DEL SUL, en el uso de las atribuciones que le confiere el artículo 82, inciso V, de la Constitución del Estado y de conformidad con lo dispuesto en la LEY N° 11.028, del 10 de noviembre de 1997, con sus modificaciones, DECRETA: Art. 1° - El Fondo Operación Empresa del Estado de Rio Grande do Sul – FUNDOPEM/RS –, instituido por la LEY N° 11.028, del 10 de noviembre de 1997, a los efectos de financiar y subsidiar inversiones en emprendimientos industriales para el desarrollo socioeconómico integrado del Estado, tiene su estructura y funcionamiento regulados por este Decreto.

804 Decreto-ley 8/75 | Decreto-ley N° 8, del 15 de marzo de 1975 de Rio de Janeiro. Art. 6° - Queda instituido el Fondo de Desarrollo Económico y Social (FUNDES), destinado a financiar programas y proyectos prioritarios en sectores estratégicos para el desarrollo económico y social del Estado.

El Distrito Federal, que en el pasado era el lugar que más ofrecía beneficios a las microempresas y pequeñas empresas, extendió sus incentivos a proyectos industriales y a la ampliación de nuevos parques fabriles, dirigiendo los estímulos a las empresas segmentadas en la exploración de metales preciosos y productos de informática.

Goiás participa de la guerra fiscal a través de un incentivo fiscal llamado FOMENTAR, se trata de un programa de incentivo para industrialización, donde el Estado hace un empréstito del 70% del ICMS debido por las empresas, con el 2,4% de interés anual, sin corrección monetaria. La empresa obtiene 10 años de goce de los beneficios y un plazo ampliado de pago. Desde entonces Goiás obtuvo un crecimiento industrial, con la creación de polos industriales como el DAIAG en Aparecida de Goiânia, DAÍ en Anápolis y otras en la región<sup>805</sup>. En 2000, el programa fue reemplazado por el programa de Desarrollo Industrial – Produzir – a través de la ley nº 13.591/00, y reglamentada por el Decreto nº 5.265/2000, con el objetivo de perfeccionar el programa de incentivos fiscales del Estado, proporcionando mayores beneficios a los contribuyentes, con un porcentaje de incentivos del 73% y un mayor plazo de usufructo de hasta 15 años. Sin embargo, mediante la Resolución nº 1.301/08, de la Secretaría de Industria y Comercio de Goiás, se dificultó la entrada de micros y pequeñas empresas que no contaban con capacidad técnica y financiera como para merecer el programa.

---

805 El Fondo de Participación y Fomento a la Industrialización del Estado de Goiás - FOMENTAR, creado por la Ley nº 9.489, del 19 de julio de 1984 en la Secretaría de Industria y Comercio, con modificaciones posteriores y reglamentado por el Decreto nº 3.822, del 10 de julio de 1992, con modificaciones procesadas por los Decretos nº 3.914, del 14 de enero de 1993, Decreto nº 4.004, del 23 de junio de 1993, Decreto nº 4.248, del 16 de mayo de 1994, Decreto nº 4.453, del 22 de mayo de 1995, Decreto nº 4.727, del 26 de noviembre de 1996, Decreto nº 4.825, del 10 de septiembre de 1997, Decreto nº 4.858, del 26 de enero de 1998, Decreto nº 5.297, del 18 de octubre de 2.000 y Decreto nº 5.627, del 24 de julio de 2002.

Espírito Santo oferece uno de los más polémicos incentivos fiscales, el fondo de desarrollo de las actividades portuarias FUNDAP, se trata de una financiación para el apoyo a empresas con sede en Espírito Santo que realicen operaciones de comercio exterior tributadas por el ICMS en Espírito Santo. Las empresas industriales que utilizan insumos importados podrán acceder a las financiaciones del FUNDAP, creando una filial especializada en comercio exterior<sup>806</sup>.

Existen otros incentivos concedidos por los Estados pero estos fueron apenas algunos ejemplos para que se pueda tener un conocimiento más exhaustivo sobre el tema: “Guerra Fiscal del ICMS”.

*12.4) En la práctica, la operatividad de los beneficios fiscales concedidos por el Estados y la forma en cómo los mismos perjudican el proceso de armonización de la legislación tributaria y el pacto federativo.*

A partir de este tema, comentaremos sobre algunos beneficios concedidos, al margen de la Ley Complementaria n.º 24/1975, por los principales Estados involucrados en esta guerra<sup>807</sup>. Comenzaremos por el Estado del Paraná. En éste, la norma que establece tal beneficio es la Ley n.º 13.212, del 29 de junio de 2001, substituida por la Ley n.º 14.578/2004.

---

806 Fundap- Ley n.º 2.508/70 ( Institución) Artículo 1º - El Poder Ejecutivo está autorizado a crear junto al Consejo de Desarrollo Económico del Estado (CODEC), un Fondo especial denominado Fondo para el Desarrollo de las Actividades Portuarias (FUNDAP), cuyos recursos se destinarán a promover el incremento de las exportaciones e importaciones a través del Puerto de Vitória.

807 Son varios los Estados que conceden los beneficios fiscales citados, sin embargo presentaremos solamente los dos siguientes ejemplos comentados pero los mecanismos de beneficios utilizados no difieren entre sí.



El incentivo establecido por dicha legislación consiste en la concesión de crédito otorgado del 7% sobre el valor de la operación de salida de los productos resultantes del sacrificio de aves (§ 2.º, artículo 2.º)<sup>808</sup>, de ganado vacuno, bufalino o porcino (artículo 4.º)<sup>809</sup> y de la industrialización de pescados (§ 1.º, artículo 6.º)<sup>810</sup>.

Entonces: supongamos que el contribuyente “A”, localizado en el Estado de Paraná, hace uso del incentivo tributario previsto en la Ley n.º 13.212/2001, venta producto resultante del sacrificio de aves – como pollo condimentado congelado – al contribuyente “B”, localizado en el Estado de San Pablo. Considerando que la alícuota del ICMS, para las operaciones interestatales, es del 12%<sup>811</sup>, el contribuyente “A” pagaría al Estado de Paraná el ICMS incidente sobre tal operación, a la alícuota de 5%, tomaría el crédito

---

808 Art. 2.º [...]

§ 2.º El matadero de aves podrá, en sustitución al aprovechamiento de cualquier crédito, optar por el crédito de valor equivalente a la aplicación del 7% (siete por ciento) sobre el valor de su operación de salida de los productos resultantes del sacrificio, aunque se encuentren sometidos a otros procesos industriales, opción ésta que se declarará en un acta en el libro Registro de Utilización de Documentos Fiscales y Actas de Denuncias, debiendo la renuncia a la misma ser objeto de una nueva acta.

809 Art. 4.º El establecimiento frigorífico que realice el sacrificio de ganado vacuno, bufalino o porcino, o aquel que haya encomendado este sacrificio podrá, en sustitución al aprovechamiento de cualquier crédito, optar por el crédito de valor equivalente a la aplicación del 7% (siete por ciento) sobre el valor de su operación de salida de productos resultantes del sacrificio de estas especies de ganado, aunque se encuentren sometidos a otros procesos industriales.

810 Art. 6.º [...]

§ 1.º El establecimiento que realice la industrialización de pescados, en sustitución del aprovechamiento de cualquier crédito podrá optar por el crédito de valor equivalente a la aplicación del 7% (siete por ciento) sobre el valor de su operación de salida de productos resultantes de la industrialización aunque se encuentren sometidos a otros procesos industriales, opción ésta que se declarará en un acta en el libro Registro de Utilización de Documentos Fiscales y Actas de Denuncias, debiendo la renuncia a la misma ser objeto de una nueva acta.

811 Ley n.º 11.580/1996: Art. 15. Las alícuotas para operaciones y prestaciones interestatales son: I – El 12% (doce por ciento) para las operaciones y prestaciones interestatales que destinen bienes, mercancías y servicios a contribuyentes establecidos en los Estados de Minas Gerais, Rio Grande do Sul, Río de Janeiro, Santa Catarina y San Pablo.

correspondiente al 7% del valor de la operación, y especificaría el 12% en concepto del ICMS en la factura de salida que acompañaría al producto.

A su vez, el contribuyente “B”, localizado en el Estado de San Pablo, al recibir ese “pollo condimentado congelado”, emitiría una factura de entrada del producto con la especificación del 12% del ICMS, y registraría dicho importe como “crédito” en el Libro de Cálculo del ICMS.

#### *12.4.1) Espírito Santo y el caso FUNDAP.*

Uno de los casos más debatidos en lo que respecta a la problemática de la concesión de beneficios fiscales es el “caso FUNDAP – Fondo para el Desarrollo de las Actividades Portuarias” –, incentivo concedido por el Gobierno del Estado de Espírito Santo para las empresas de importación y exportación que se establecen allí. Su fundamento normativo es la Ley Estadual n.º 2.508, del 22.5.1970<sup>812</sup>.

Para tener acceso a dicho incentivo, las empresas deben cumplir los siguientes requisitos: (i) tener sede en el Estado de Espírito Santo; (ii) realizar, en este lugar, el despacho aduanero; y (iii) estar sujetas al pago del ICMS. Otro requisito consiste en (iv) ejercer actividad exclusiva de comercio exterior.

En líneas generales, son concedidos los siguientes beneficios a las llamadas “fundapianas”: (a) diferir el ICMS hasta el momento en que se produzca la operación de salida de las mercancías importadas<sup>813</sup>; (b) obtener financiación a través del BANDES –

---

812 Esta ley fue reglamentada por el Decreto n.º 163-N, del 15.7.1971, y sus modificaciones posteriores.

813 Según la técnica del diferimiento, el impuesto deja de ser cobrado en la entrada al establecimiento importador para ser cobrado en la operación de salida de la mercancía importada. No hay impuesto en la entrada pero, consecuentemente, no hay crédito a ser descontado en la salida, de modo que, en términos

Banco de Desenvolvimento do Espírito Santo S/A. – de hasta el 8% del valor de la operación (así considerado el importe de las salidas de las mercancías realizadas por el establecimiento importador), y la empresa tendrá hasta 20 años para liquidar el empréstito, con un interés del 1% anual y sin corrección monetaria.

Un ejemplo ilustrativo de la una operación hecha por el FUNDAP es el siguiente. La empresa “A” importa por el Puerto de Vitória y realiza un contrato de compraventa con una empresa “B”, localizada en el Estado de San Pablo. En la operación de remesa de la mercancía importada, “A” pagará íntegramente el ICMS debido, especificando en la factura el respectivo importe a los efectos de que la compradora pueda, posteriormente, mediante el mecanismo de la no acumulación, descontar del monto debido en la subsiguiente operación (salida de “B” a “C”) el importe del ICMS cobrado en la operación anterior.<sup>814</sup> Con el correspondiente comprobante del previo pago del impuesto, “A” se dirige al BANDES y obtiene una financiación parcial del valor pagado, debiendo invertir una parte de este monto en proyectos sociales, industriales, de pesca, turismo o agropecuarios, en los límites geográficos del Estado. Estos proyectos, enumerados en la legislación estadual, deben ser previamente registrados y aprobados por el referido gestor financiero.

### *12.5) Consecuencias de la Guerra Fiscal: perdedores y ganadores*

---

pragmáticos, no hay renuncia de ingresos, sólo postergación del momento en que el tributo incidente en la importación será pagado.

<sup>814</sup> El precepto general de la no acumulación está incluido en la CF, art. 155, § 2.º, I, en el que el ICMS “será no acumulativo, compensándose lo debido en cada operación relativa a la circulación de mercancías o prestación de servicios con el monto cobrado en las anteriores por el mismo u otro Estado o por el Distrito Federal.”

El principal perdedor es el ordenamiento jurídico porque la concesión de beneficios fiscales es hecha sin el conocimiento, como se ha visto anteriormente, del CONFAZ, órgano creado por Ley Complementaria que vincula la legalidad de los incentivos a su aceptación. Los gobernadores ignoran la ley, partiendo del presupuesto de que los estados son autónomos para legislar en materia del ICMS, concediendo incentivos a través de leyes estatales y a veces por actos del Poder Ejecutivo, sin la aprobación de la Asamblea Legislativa.

Para hacer valer la ilegalidad y la nulidad de la concesión, el estado directa o indirectamente perjudicado tiene legitimidad activa para, ante el Supremo Tribunal Federal, interponer una acción contra la concesión de los beneficios alegando incumplimiento de ley federal. Tal incumplimiento torna al estado infractor pasible de intervención federal, lo que resulta prácticamente imposible porque los perjuicios con la inestabilidad institucional son mayores que los obtenidos con los incentivos.

Pasando de la cuestión jurídica se observa la cuestión económica de los beneficios. Preliminarmente no se debe inculcar la idea de que el tributo es malo. El producto de la recaudación de un tributo es simplemente una transferencia monetaria del sector privado al sector público. Como tal, el mismo no es un costo para la sociedad. El costo social de un impuesto se origina por las distorsiones que el mismo causa en la asignación de los recursos de la economía, y en escala generalmente mucho menor, por la necesidad que el mismo crea de asignar recursos productivos para, por un lado administrarlo, y por el otro lado dar cumplimiento a las obligaciones fiscales de los contribuyentes.<sup>815</sup>

---

815 VARSANO, Ricardo. A Guerra Fiscal do ICMS: Quem Ganha y Quem Perde. 1996

En la práctica no es posible crear y eliminar tributos en cualquier momento, en función de cambios que se producen en las condiciones económicas. Aunque la tributación sufra cambios prácticamente todos los días, el elenco de tributos como sus características básicas es bastante estable. Así como también planificar inversiones del sector privado en el sector público.

Las inversiones generalmente son de empresas extranjeras o nacionales de gran tamaño, de las que dependen otras empresas. Por ejemplo: si hay una ensambladora de automóviles que viene a instalarse en un determinado estado, la misma necesitará una empresa que le provea los tornillos, los asientos, el tapizado, los vidrios, etc.

Para reducir costos de la producción, tales empresas tienden a establecerse lo más cerca posible de la ensambladora para que los costos de transporte de materiales se reduzcan. Luego, el estado que concede incentivos a la ensambladora ganará en términos tributarios lo que sea pagado por las empresas dependientes, pues éstas no están dentro del paquete de incentivos. De esta forma, el estado gana en términos económicos y sociales ya que habrá más empleos.

A pesar de supuestamente haber una ganancia con la *guerra fiscal*, ya se ha dicho que el estado pierde y el país también pierde. Para Varsano, sólo se justifica la concesión de incentivos fiscales si, socialmente, genera beneficios a la población de la Unidad. "Sólo tiene sentido utilizar recursos públicos para estimular emprendimientos que generen un agregado – que no existiría ante la falta del incentivo – a los ingresos futuros de los

residentes, que sea mayor que el valor atribuido por los mismos al bien cuja provisión pública se redujo o dejó de existir".<sup>816</sup>

Es indudablemente aceptable, en virtud de la dinámica del desarrollo, que se incluyan entre los objetivos de la política industrial la desconcentración de la producción y el desarrollo regional, y que se utilicen recursos públicos con estas finalidades. Tales objetivos, sin embargo, son necesariamente nacionales y, por ello, se deben perseguir bajo la coordinación del gobierno central. Cuando, a través de la guerra fiscal, los estados intentan asumir esa carga, el resultado tiende a ser desastroso. Primero los vencedores de la guerra fiscal son, en general, estados de mayor capacidad financiera, que vienen a ser los más desarrollados, con mayores mercados y mejor infraestructura. Segundo, al renunciar a la recaudación, el estado está renunciando a la prestación de servicios (educación, salud, infraestructura, etc.) que son insumos del proceso productivo o del equilibrio fiscal, generando inestabilidad macroeconómica.

#### *12.6) Efecto de la guerra fiscal en la vida de los contribuyentes y de los Estados*

En virtud de la adopción de medidas que reducen alícuotas o base imponible sin la necesaria deliberación de otros Estados, por medio de actos jurídicos unilaterales, conforme lo prevé la Constitución, algunos Estados han obstaculizado la utilización de créditos obtenidos en operaciones de circulación de mercancía en los Estados que no cumplen con la norma constitucional.

##### *12.6.1) Los actos administrativos tendientes a la desestimación de los créditos*

---

816 Varsano, R. (1996). **A evolução do sistema tributário brasileiro ao longo do século**: anotações e reflexões para futuras reformas. Pesquisa e Planejamento Econômico, v. 27, n. 1, p. 40.

El Estado de San Pablo, por medio de la Ley n.º 6.374/89-SP, en especial en su art. 36, § 3º, estableció la desestimación de créditos<sup>817</sup> del ICMS con miras a minimizar los efectos de los beneficios concedidos en contra del CONFAZ. Con ello, hace que los contribuyentes de San Pablo tengan que soportar el tributo en su totalidad en caso de que la mercancía haya sido adquirida de un proveedor localizado en un Estado diverso y que practique los beneficios mencionados.

Otro acto administrativo se trata de la Resolución n.º 52/93: desestimando créditos del ICMS bajo la afirmación de que se considera “impuesto cobrado en las operaciones anteriores” al importe efectivamente recaudado y/o pagado al Estado de origen, es decir, no considera cobrado el importe especificado en la factura.

De la misma forma, corresponde mencionar las disposiciones contenidas en el acto normativo CAT n.º 36/2004<sup>818</sup> que enumera, en dos anexos, los beneficios que desde su punto de vista son considerados inconstitucionales. El mismo dispone lo siguiente:

1. El crédito del ICMS correspondiente a la entrada de mercancía remetida o servicio prestado a establecimiento localizado en territorio paulista, por establecimiento localizado en otra Unidad federada que se beneficie con incentivos fiscales (referidos en los Anexos I y II del Comunicado), solamente se aceptará hasta el monto en que el impuesto haya sido efectivamente cobrado por la Unidad federada de origen.
2. El crédito del ICMS relativo a cualquier entrada de mercancía o recepción de servicio con origen en otra Unidad federada solamente se aceptará lo deducido, de conformidad con lo dispuesto en el ítem 1, aunque las operaciones y prestaciones estén beneficiadas por incentivos derivados de actos normativos no enumerados expresamente en los mencionados Anexos I y II.

---

817 “Desestimación de créditos”, según la jerga fiscal, es la invalidación de los créditos relativos a las operaciones anteriores (entradas), no pudiendo ahora descontarse en las operaciones subsiguientes (salidas) – descuentos estos que deberían realizarse en condiciones normales, como resultado del precepto constitucional de la no acumulación.

818 Publicado en el Diario Oficial el 31.7.2004.

Otro ejemplo que merece mencionarse es el hecho de que los Estados de Ceará, Minas Gerais, Paraná, Río de Janeiro, Río Grande del Sul, Santa Catarina y San Pablo, representados por sus respectivos Secretarios de Hacienda, Finanzas, Renta o Tributación, celebraron el Protocolo ICMS 19/2004 publicado el 12.04.2004<sup>819</sup>.

Dicho instrumento dispone sobre la prohibición de la apropiación de crédito del ICMS en las entradas derivadas de operaciones interestatales, de mercancías cuyos remitentes estén beneficiados con incentivos fiscales concedidos en desacuerdo con la legislación de regencia del impuesto.

El Protocolo establece que el crédito del ICMS correspondiente a la entrada de mercancía o recepción de servicio en establecimiento localizado en esos estados, remitida a cualquier título, o prestada por contribuyente que se beneficie de incentivos concedidos en las actividades comerciales y de prestación de servicios en desacuerdo con la Ley Complementaria 24/1975, solamente se aceptará hasta el monto en que el impuesto haya sido efectivamente cobrado por la Unidad de la federación de origen<sup>820</sup>.

---

819 El Protocolo entró en vigencia el 12 de abril de 2004 y tendrá vigencia por plazo indeterminado, pudiendo ser denunciado por cualquiera de las partes signatarias, siempre que las otras sean notificadas con una antelación mínima de 60 (sesenta) días.

820 Es decir, hay una clara dificultad impuesta al contribuyente porque no siempre el contribuyente comprador de la mercancía de otro Estado cuenta con los medios para saber si el crédito, especificado en la factura que la acompaña, se encuentra comprometido por incentivo fiscal al margen de convenio. Según advierte Luiz Fernando Mussolini Jr., "es literalmente imposible para quien está localizado en San Pablo acompañar el dictado de todos los actos normativos de cada unidad federativa, incluso porque no se trata de un deber instrumental que se le pueda exigir a la escasez de previsión legal. (In: CARVALHO, Paulo de Barros; SANTI, Eurico Marcos Diniz de (Coords.). II Congresso Nacional de Estudos Tributários. Segurança Jurídica na Tributação no Estado de Direito. São Paulo: Noeses, 2005, pp. 417-418.



Es decir: la fiscalización de los estados podrá “descalificar” los créditos del ICMS a un contribuyente situado en su territorio porque hubo incentivo fiscal concedido a otro contribuyente, en otro estado. La situación en que se encuentra la seguridad jurídica en nuestro país, en el ámbito tributario, es la siguiente.

En concepto de aclaración para el destinatario o tomador, conforme el caso, la fiscalización podrá informar en el documento fiscal que registre la operación o la prestación, la prohibición de acreditar el impuesto relativo a la operación o prestación y/o la parte que el mismo está autorizado a acreditar o a deducir. *La falta de la información en el documento de la operación o prestación, sin embargo, no autoriza al destinatario a acreditar el ICMS especificado en desacuerdo con los preceptos del Protocolo*<sup>821</sup>.

Asimismo, las Unidades signatarias del presente protocolo se obligan, mutuamente, a proveer información sobre los contribuyentes involucrados y las operaciones o prestaciones interestatales en las situaciones definidas en el mismo.

Ante el alboroto general, dicho Protocolo fue declarado sin efecto por el Despacho 02/2004 del CONFAZ. Sin embargo, las bases de la restricción continúan válidas porque su origen es la Ley Complementaria 24/1975, acogida por la Constitución Federal de 1988<sup>822</sup>.

---

821 Es realmente absurdo, típico de la legislación autoritaria. ¿Dónde están los derechos del contribuyente? ¿Quién defenderá la legitimidad en este país? ¿Hasta dónde el terrorismo fiscal comprometerá nuestro crecimiento económico?

822 art. 155, parágrafo 2º inciso XII, letra "g".

Por su parte, el Estado del Paraná instituyó el Decreto n.º 2.183, del 26.11.2003, disponiendo que el crédito del ICMS correspondiente a la entrada de mercancía o de bien remetido a establecimiento que se beneficie con incentivos fiscales indicados en el Anexo Único será aceptado en la misma proporción en que el impuesto esté siendo efectivamente pagado a la unidad federada de origen conforme el mencionado Anexo.

El Estado de Ceará estableció en la Instrucción Normativa n.º 32, del 29.12.2003, en su art. 1º, que el crédito del ICMS correspondiente a la entrada, a cualquier título, de mercancía en establecimiento localizado en territorio cearense, por establecimiento que sea usuario de beneficio fiscal concedido sin amparo en Convenio celebrado en el ámbito del Consejo de Política de Hacienda (CONFAZ) sólo se aceptará en la misma proporción en que el impuesto haya sido efectivamente pagado a la Unidad de la Federación de origen. El art. 2.º dispone que la autoridad administrativa que compruebe, en el ejercicio de sus actividades, la apropiación, por parte de contribuyentes de este Estado, de créditos tributarios en desacuerdo con el referido art. 1.º, deberá emitir una notificación para devolución de crédito. En la hipótesis de incumplimiento por parte del contribuyente, se deberá labrar un acta de infracción acusando la acreditación indebida registrada en su cuenta gráfica del ICMS (art 3º).

En Minas Gerais se dictó la Resolución n.º 3.166, del 11.7.2001: solamente considera “impuesto cobrado en las operaciones anteriores” el importe efectivamente recaudado y/o pagado al Estado de origen. Prohíbe la apropiación de crédito del ICMS en las entradas derivadas de operaciones interestatales, de mercancías cuyos remitentes estén beneficiados con incentivos fiscales concedidos en desacuerdo con la legislación del impuesto.

En el Estado de Mato Grosso do Sul, constatamos la existencia del Decreto n.º 989, del 23.7.2003. En su art. 1º § 3º se establece que: no acepta el crédito del ICMS superior al 7% en las compras realizadas por los contribuyentes de Mato Grosso de distribuidoras instaladas en Goiás, Brasília, etc. Prohíbe al contribuyente matogrosense la utilización, como crédito fiscal, de un importe superior al autorizado en el § 1º, al adquirir mercancías de un establecimiento localizado en Espírito Santo, Goiás, Pernambuco o Distrito Federal.

En Bahía, el Decreto n.º 8.511, del 06.05.2003: establece que el distribuidor de Bahía, al adquirir mercancía para revenderla directamente de la industria o laboratorio, podrá descontar en la base imponible del ICMS anticipado el porcentaje del 18,53%, no obteniendo ese beneficio si la adquiere de otra distribuidora y/o recibe en transferencia.

Indicamos por último que entre los Estados seleccionados para analizar el tema, el Estado de Pernambuco, que promueve la desacreditación del Acta de Acuerdo de Régimen Especial (TARE) para el pago del ICMS en el mes subsiguiente al cobro del mismo en un porcentaje no inferior al 10% del valor de las entradas, es decir, si el contribuyente pernambucano compra mercancías de Estados donde la alícuota interestatal sea del 12% – como Goiás y DF –, éste no tendrá cómo cumplir el pago mínimo del 10% de los valores de las entradas.

Por todo lo expuesto, se puede observar que la dinámica y la dialéctica de la Guerra Fiscal se encuentran presentes, tal como se demostró en la adopción de medidas abusivas por algunas unidades federadas, que justifica la sanción, por parte de otros Estados, de medidas igualmente abusivas en forma y tenor.

Las concesiones de créditos presuntos y la ampliación del plazo de pago de este tributo mediante la financiación estadual y, en fin, todo aquello que se refiere a beneficio fiscal, ocasionan, según las legislaciones mencionadas precedentemente, un claro perjuicio al Estado de destino que acaba por proveerse de todos los medios posibles para defender su economía local.

### *12.7) Efectos de la Guerra Fiscal y el Escenario Jurisprudencial*

Inicialmente es necesario destacar que la preocupación de los Estados en obtener ingresos para cubrir deficiencias de caja, muchas veces ha llevado a tomar decisiones que implican una violación a preceptos constitucionales, en función de una mayor recaudación, lo que no es admisible en el Estado Democrático de Derecho, en que la primera preocupación debe ser el cumplimiento de la Constitución, como tantas veces lo resolvió el STF, en el sentido de que la Constitución está por encima de programas de gobierno, como afirmó el Min. Sepúlveda Pertence<sup>823</sup>, citado por el Min. Néri de la Silveira, en su voto:

“Nuestra primera preocupación deber ser la defensa de la Constitución. Ningún hecho de la vida económica o de la vida social, en el instante en que somos llamados a decir si un determinado acto normativo o una ley está de acuerdo con la Constitución, puede colocarse con prioridad con relación al cumplimiento de la Constitución.”

De esta forma, la jurisprudencia nacional ha sido reiterativa en el sentido de declarar la inconstitucionalidad de la ley estadual que concede incentivos fiscales para el ICMS sin cumplir las condiciones establecidas por la Constitución, como se puede constatar, entre otros, en las siguientes sentencias:

---

823 Cfe. ADIn en el 447-DF-RTJ 145/15.

"ACCIÓN DIRECTA DE INCONSTITUCIONALIDAD - MEDIDA CAUTELAR - Nº 1247 - JUICIO: 17/08/1995.

SUMARIO: Acción Directa de Inconstitucionalidad - Inexistencia de plazo de decadencia. ICMS - Concesión de exención y de otros beneficios fiscales, independientemente de previa deliberación de los demás estados miembros y del Distrito Federal - Limitaciones constitucionales al poder del Estado miembro en tema del ICMS (CF, art. 155, 2º, XII, "g") - Norma legal que trasmite inadmisibles delegación legislativa externa al Gobernador del Estado - Precedentes del STF - Medida Cautelar concedida en parte.

(...)

ICMS Y REPULSA CONSTITUCIONAL A LA GUERRA TRIBUTARIA ENTRE LOS ESTADOS MIEMBROS: El legislador constituyente republicano, con el propósito de impedir la "guerra tributaria" entre los Estados miembros, enunció postulados y prescribió directrices generales de carácter subordinante destinadas a componer el estatuto constitucional del ICMS.

Los principios fundamentales consagrados por la Constitución de la República, en el tema del ICMS, (a) realzan el perfil nacional de que se reviste este tributo, (b) legitiman a institución, por el poder central, de reglamento normativo unitario destinado a disciplinar, de modo uniforme, esa especie tributaria, especialmente en virtud de su carácter no acumulativo, (c) justifican la sanción de ley complementaria nacional destinada a regular el modo y la forma en cómo los Estados miembros y el Distrito Federal, siempre después de deliberación conjunta, podrán, por acto propio, conceder y/o revocar exenciones, incentivos y beneficios fiscales.

CONVENIO Y CONCESIÓN DE EXENCIÓN, INCENTIVO Y BENEFICIO FISCAL EN TEMA DE ICMS: La celebración de los convenios interestatales constituye un presupuesto esencial a la válida concesión, por los Estados miembros o Distrito Federal, de exenciones, incentivos o beneficios fiscales en el tema del ICMS.

Tales convenios – como instrumentos de exteriorización formal del previo consenso institucional entre las unidades federadas investidas de competencia tributaria en materia del ICMS – se destinan a componer los conflictos de intereses que necesariamente resultarían, una vez ausente tal deliberación intergubernamental, de la concesión, por parte de los Estados miembros o del Distrito Federal, de exenciones, incentivos y beneficios fiscales correspondientes al impuesto en cuestión.

El pacto federativo, sustentándose en la armonía que debe presidir las relaciones institucionales entre las comunidades políticas que componen el Estado Federal, legitima las restricciones de orden constitucional que afectan el ejercicio, por parte de los Estados miembros y del Distrito Federal, de su competencia normativa en el tema de exoneración tributaria correspondiente al ICMS. Concedidas mediante ley específica, prohibiéndose al Poder Legislativo conferir al Jefe del Ejecutivo la prerrogativa extraordinaria de disponer, normativamente, sobre tales categorías temáticas, bajo pena de ofensa al postulado central de la separación de poderes y de transgresión al principio de la reserva constitucional de competencia legislativa. Precedente: ADIn 1.296/PE, Rel. Min. CELSO DE MELLO"

"ACCIÓN DIRECTA DE INCONSTITUCIONALIDAD - INEXISTENCIA DE PLAZO DE DECADENCIA - ICMS - CONCESIÓN DE EXENCIÓN Y DE OTROS BENEFICIOS FISCALES, INDEPENDIENTEMENTE DE PREVIA DELIBERACIÓN DE LOS DEMÁS ESTADOS MIEMBROS Y DEL DISTRITO FEDERAL – LIMITACIONES CONSTITUCIONALES AL PODER DEL ESTADO MIEMBRO EM EL TEMA DE ICMS (CF, ART. 155, 2., XII, "G") - NORMA LEGAL QUE TRASMITE INADMISIBLES DELEGACIÓN LEGISLATIVA EXTERNA AL GOBERNADOR DEL ESTADO - PRECEDENTES DEL STF - MEDIDA CAUTELAR CONCEDIDA EN PARTE. ACCIÓN DIRECTA DE INCONSTITUCIONALIDAD Y PLAZO DE DECADENCIA: "

ACCIÓN DIRECTA DE INCONSTITUCIONALIDAD. ÍTEMS “A”, “B”, Y “C” DEL INCISO III DEL ARTÍCULO 3º DE LA LEY Nº 7508, DEL 22 DE SEPTIEMBRE DE 1999, ARTÍCULO 008, INCISOS I, II, Y III Y §§ 1º Y 2º DEL DECRETO Nº 7699, DEL 09 DE NOVIEMBRE DE 1999 Y ARTÍCULO 9, INCISOS I Y II DEL MISMO DECRETO TODOS DEL ESTADO DE BAHÍA, PEDIDO DE MEDIDA CAUTELAR – INEXISTENCIA DE ILEGITIMIDAD ACTIVA POR FALTA DE PERTENENCIA TEMÁTICA. (). En el mérito es relevante la alegación de inconstitucionalidad en causa con base en el dispositivo del art. 155, § 2º, XII, “g”, de la Constitución, que exige ley complementaria – que evidentemente es federal – tratándose del ICMS, regular la forma en cómo, mediante deliberación de los Estados y del Distrito Federal, las exenciones, incentivos y beneficios fiscales se concederán y revocarán”. – En el caso ni siquiera hay necesidad de cotejar entre las normas de la Ley ahora impugnada y la Ley Complementaria nº 24/75, solamente entre aquellas y lo dispuesto en el art. 155, § 2º, XII “g” de la Constitución que presupone la deliberación de los Estados y del Distrito Federal para la concesión y la revocación de beneficios fiscales concernientes al ICMS – Conveniencia de la concesión de la cautelar. 21 Cautelar concedida para suspender, *ex nunc*, la eficacia de los ítems “a”, “b” y “c” del inciso III del art. 3º de la Ley Nº 7.508 del 22.09.1999 y consecuentemente, de los arts. 8º I, II y III y §§ 1º, 2º y 9º, I y II, del Decreto Nº 7.699, del 09.11.1999, todos del Estado de Bahía. Acción Directa de Inconstitucionalidad. Ítem “a”, “b” y “c” del inciso III del art. 3º de la Ley 7.508, del 22.09.1999, art. 8º incisos I, II y III y §§ 1º y 2º del Decreto Nº 7.699 de 09.11.1999 y art. 9º, incisos I y II, del mismo decreto, todos del Estado de Bahía – habiendo la Ley estadual nº 7.981 del 12.02.2001 revocado expresamente a la Ley Estadual Nº 7.508 del 22.09.1999, de la cual fue atacado el art. 3º, III, “a”, “b” y “c” y no más subsistiendo por su naturaleza accesoria del Decreto estadual nº 7.699/99 los dispositivos también impugnados del mismo, se encontró afectada la presente acción directa por pérdida superveniente de su objeto, dado que ya se estableció la jurisprudencia de esta Corte en el sentido de que el interés de actuar, en acción de esa naturaleza sólo existe mientras esté en vigencia la norma jurídica impugnada, independientemente de si esa norma ha producido o no efectos concretos (así, a título ejemplificativo, en las ADIs 420-QO, 747-QO y 1952). Acción Directa que se considera afectada (ADIn Nº 2.157-SP, rel. Moreira Alves). La concesión mediante acto del poder público local, de exenciones, incentivos y beneficios fiscales en el tema del ICMS depende, a los efectos de su validez, de la previa y necesaria deliberación consensual adoptada por los Estados miembros y por el Distrito Federal, cumplida la celebración de dicho convenio intergubernamental, la forma estipulada en ley complementaria nacional sancionada con fundamento en el art. 155, § 2º, XII, g de la Carta Política. Este precepto constitucional que permite a la Unión Federal fijar estándares normativos uniformes en tema de exoneración tributaria correspondiente al ICMS, se encuentra teleológicamente vinculado a un objetivo de evidente carácter político-jurídico: impedir la “guerra tributaria” ente los Estados miembros y el Distrito Federal.(ADIn Nº 930-3 AM, Rel. Min. Celso de Mello).

TRIBUTARIO. RECURSO ESPECIAL. RECURSO DE AMPARO. ICMS. OPERACIÓN INTERESTADUAL. REDUCCIÓN DEL DESCUENTO DE LA ALÍCUOTA INTERESTADUAL (ICMS/ST) POR EL ESTADO DE DESTINO EN VIRTUD DE INCENTIVO FISCAL (CRÉDITO PRESUNTO) CONCEDIDO POR EL ESTADO DE ORIGEN. IMPOSIBILIDAD. INTERPRETACIÓN DEL ART. 8º, § 5º, DE LA LC 87/96. RETENCIÓN DE LAS MERCANCIAS COMO FORMA DE COERCIÓN AL PAGO DE TRIBUTO INDEBIDO. NO HA LUGAR. DERECHO CIERTO Y DETERMINADO EVIDENCIADO.<sup>824</sup>

1. Recurso especial en el cual se discute el porcentaje a deducir del Impuesto sobre Circulación de Mercancías y Servicios en Régimen de Sustitución Tributaria -ICMS/ST debido al estado de destino (Mato Grosso), en la medida en que el estado de origen (Mato Grosso do Sul) concede beneficio fiscal

en la forma de crédito presunto del 60% del valor del impuesto calculado en la operación de salida. 2. Surge de los autos que el recorrido, Estado de Mato Grosso, aprehende la mercancía de la recurrente, reteniendo sus camiones en la frontera, al fundamento de que la empresa no paga la diferencia del ICMS/ST tal como lo determina el Decreto Estadual 4.540/2004 que, según lo consignado por la sentencia, sólo permite que la contribuyente se acredite de la alícuota del 2% del importe debido en la operación anterior. 3. Las instancias ordinarias reconocieron la ilegitimidad del mencionado decreto para conceder parcialmente la seguridad, permitiendo a la querellante que descuenta de la operación de entrada en el Estado de Mato Grosso el porcentaje del 4,8%, al fundamento de que, por causa del beneficio fiscal concedido por el estado de Mato Grosso do Sul, esa es la fracción efectivamente pagada en el origen. 4. Dispone el § 5º del art. 8º de la LC 87/96: "El impuesto a pagar por sustitución tributaria, en la hipótesis del inciso II del enunciado, corresponderá a la diferencia entre el valor resultante de la aplicación de la alícuota prevista para las operaciones o prestaciones internas del Estado de destino sobre la respectiva base imponible y el valor del impuesto debido por la operación o prestación propia del sustituto". 5. Para solucionar la presente controversia, a la luz del principio de la estricta legalidad, que orienta la interpretación de las normas de Derecho tributario, es imprescindible diferenciar las expresiones "importe del impuesto adeudado" e "impuesto efectivamente pagado".

6. En el caso concreto, se hace necesario reconocer que el impuesto adeudado ante al estado de origen corresponde a la totalidad de la alícuota del 12% (doce por ciento) relativa a la sustitución tributaria en las operaciones interestatales. Es así porque la acreditación concedida por el Estado de Mato Grosso do Sul presupone la existencia de impuesto adeudado; o, desde otro punto de vista, no es posible acreditarse de algo que no se debe. 7. La hipótesis de acreditación difiere sustancialmente de los casos de exención o no incidencia porque en estas situaciones no hay, de hecho, "impuesto adeudado". 8. De esta forma, constatado que el beneficio fiscal concedido por el estado de origen no modifica el cálculo del impuesto adeudado sino que sólo resulta en un menor pago en virtud de la concesión de crédito presunto, se debe descontar el porcentaje del 12% del ICMS/ST debido al estado destinatario. Pensar diferente resultaría, en el caso concreto, en la posibilidad de que el estado de destino, en perjuicio al contribuyente, se apropiara de la totalidad del incentivo fiscal concedido por el estado de origen, tornándolo sin efecto, situación ésta que conspira contra la autonomía fiscal de los entes federados, que sólo puede ser regulada por norma de carácter nacional. 9. La presente interposición no procura una providencia ejecutoria de carácter normativo sino una medida judicial que le garantice la no aprehensión de mercancía como forma de coerción al pago de diferencias del ICMS previstas en el decreto estadual cuyo carácter imperativo, inclusive, ya ha sido rechazado en las instancias ordinarias. Se muestra así perfectamente posible conceder la presente orden en el sentido de determinar que la autoridad coautora se abstenga de aprehender las mercancías de la querellante como instrumento de cobro de diferencias del ICMS determinadas por el Decreto estadual 4.540/2004, pudiendo proceder libremente a la fiscalización y a la actuación fiscal se encontradas otras irregularidades eventualmente practicadas por la contribuyente. 10. Recurso especial proveído.

**SENTENCIA** Vistos y discutidos los autos en que son partes las indicadas precedentemente, acuerdan los Ministros de la Primera Sala del Superior Tribunal de Justicia, por unanimidad, hacer lugar al recurso especial, en los términos del voto del Sr. Ministro Relator. Los Sres. Ministros Hamilton Carvalhido, Luiz Fux y Teori Albino Zavascki votaron con el Sr. Ministro Relator. Brasilia (DF), 18 de mayo de 2010 (Fecha del Juzgamiento) **MINISTRO BENEDITO GONÇALVE** Relator.

Como se puede ver, la guerra fiscal es realmente de carácter nacional, alcanzando a todos los Estados de Brasil.

Por último, es conveniente recordar el interesantísimo precedente del STF que trata el aspecto distinto de la concesión indiscriminada de incentivos fiscales, en lo que respecta a la transferencia de la cuota parte del ICMS a los Municipios.

Como se sabe, la Constitución dispone sobre el sistema de repartición de ingresos tributarios, determinando que el 25% (veinte y cinco por ciento) de la recaudación del ICMS se debe transferir a los Municipios, estando prohibida su retención o cualquier restricción a la entrega de los recursos.

Por consiguiente, la renuncia de ingresos de los Estados recurrentes de incentivos fiscales no puede afectar el valor de la transferencia a los Municipios. Fue en ese sentido que el STF resolvió al juzgar el RE 572762/SC.

CONSTITUCIONAL. ICMS. REPARTICIÓN DE INGRESOS TRIBUTARIOS. PRODEC. PROGRAMA DE INCENTIVO FISCAL DE SANTA CATARINA. RETENCIÓN, POR EL ESTADO, DE PARTE DE LA PORCIÓN PERTENECIENTE A LOS MUNICIPIOS. INCONSTITUCIONALIDAD. RE IMPROCEDENTE. I - La parte del impuesto estadual sobre operaciones relativas a la circulación de mercancías y sobre prestaciones de servicios de transporte interestatal e intermunicipal y de comunicación, a que se refiere el art. 158, IV, de la Carta Magna pertenece de pleno Derecho a los Municipios. II – La transferencia de la cuota constitucionalmente debida a los Municipios no puede estar sujeta a la condición prevista en programa de beneficio fiscal de ámbito estadual. III - Limitación que configura indebida interferencia del Estado en el sistema constitucional de repartición de ingresos tributarios. IV - Recurso extraordinario rechazado. (RE 572762/SC – SANTA CATARINA, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, juzgado el 18.06.2008, publicado en el DJ del 05.09.2008, PP-00737)

Como se observa, la postura del Poder Judicial es ostensivamente contraria a la guerra fiscal trabada por los Estados, en consonancia con lo que dispone la Constitución Federal, todo en nombre del Principio Federativo, inclusive en lo relativo a la posibilidad de que los Municipios sean afectados por limitaciones en la transferencia de la cuota parte del ICMS a la que tiene derecho en razón de la renuncia de ingresos derivada de la concesión de incentivos fiscales.



### *12.8) La Guerra Fiscal perjudica al Pacto Federativo*

De antemano, es muy conocido por todos que la guerra fiscal es una de las graves consecuencias de la falta de una política de desarrollo verdaderamente nacional, como también de la desvirtuación del pacto federativo brasileño, debido a la concentración de ingresos tributarios en la Unión, como se verá más adelante.

Brasil, como ya vimos, es un Estado Federal en que la Unión y los Estados miembros ocupan jurídicamente el mismo plano jerárquico. Por consiguiente, no existe diferencia jerárquica entre las personas jurídicas de Derecho Público Interno sino apenas en lo que concierne a las respectivas competencias otorgadas constitucionalmente. Como en toda Federación, los Estados miembros son autónomos, es decir, poseen autonomía legislativa, administrativa, jurídica y financiera, esta última garantizada por la repartición de la competencia tributaria.

Se destaca que la capacidad financiera de autogestión es fundamental para garantizar verdaderamente la autonomía del Estado miembro, pues sin recursos propios no es viable mantener una estructura legislativa, administrativa y judicial eficiente.

Hay que tener presente que en Brasil la repartición de competencia tributaria ha sido muy bien delineada en la Constitución Federal de 1988, en que todos los entes federativos (Unión, Estados, Distrito Federal y Municipios) pasaron a tener competencia privativa para crear determinados impuestos, además de los tributos de competencia común (tasas y contribuciones de mejoras). Por otro lado, se otorgó exclusivamente a la Unión la

competencia para instituir las llamadas contribuciones parafiscales (art. 149, *enunciado*, CF/88).

La Carta Constitucional de 1988 dispone sobre la repartición de los ingresos tributarios en sus artículos 157 y 158. Así, la Carta Magna contempla de forma expresa, no solamente la competencia tributaria de cada ente federativo, sino también cómo se realizará la repartición de los ingresos tributarios entre los mismos, todo esto a los efectos de garantizar sus respectivas autonomías financieras y, con ello, fortalecer el federalismo. Este es el denominado federalismo fiscal cooperativo.

Sin embargo, se percibe que a lo largo de los años, el federalismo fiscal cooperativo era cada vez más desequilibrado por la concentración de los ingresos tributarios a favor de la Unión, hecho que indudablemente es uno de los reflejos del federalismo centrípeto que hubo en Brasil, cuyo gobierno central siempre tuvo una tendencia a concentrar poderes y atribuciones para sí mismo.

En este sentido, veremos a continuación la evolución del federalismo fiscal en Brasil y su relación con la guerra fiscal. Percibiremos al final que la concentración de los ingresos tributarios a favor de la Unión ha sido uno de los factores determinantes para el recrudecimiento de la guerra fiscal entre los Estados miembros.

### *12.9) Evolución del federalismo fiscal en Brasil y su relación con la guerra fiscal*

La competencia entre los Estados miembros por inversiones de la iniciativa privada por intermedio de mecanismos fiscales no es un problema reciente. Durante la República Vieja (1889-1930), la guerra fiscal era bastante común, según afirma Bercovici<sup>825</sup>.

En el período de la Constitución Federal de 1891 la guerra fiscal se daba por el cobro de impuestos interestatales que afectaban demasiado la circulación de bienes y servicios, demorando la creación de un mercado interno nacional<sup>826</sup>.

A pesar de que la Constitución de 1891 prohibió de forma expresa los impuestos que dificultaran la circulación de bienes y servicios, diversos Estados, con el objetivo de mejorar su situación económica – en virtud de los considerables ingresos derivados del cobro de los impuestos interestatales – ignoraron el mandamiento constitucional. Sin embargo, con relación al cobro sobre sus productos, algunos Gobiernos Estaduales crearon impuestos solamente sobre los productos provenientes de los Estados en que sufrían la exacción fiscal, dando comienzo, por consiguiente, a las guerras fiscales de la República Vieja.

Incluso después de la Revolución de 1930, no obstante la Constitución Federal de 1934 haber prohibido nuevamente la institución de los impuestos interestatales<sup>827</sup>, su

---

825 BERCOVICI, Gilberto. **Desigualdades Regionais, Estado e Constituição**. São Paulo: Max Limonad, 2003, pp. 183-184.

826 Cf. Gilberto Bercovici.

827 Art. 17. Se prohíbe a la Unión, a los Estados, al Distrito Federal y a los Municipios:

IX – cobrar, bajo cualquier denominación, impuestos interestatales, intermunicipales viales o de transporte, o cualquier tributo que, en el territorio nacional, graven o perturben la libre circulación de bienes o personas y de los vehículos que los transporten;

cobro continuó hasta el Estado Nuevo. Desde la promulgación del Decreto-Ley n.º 379, del 18 de abril de 1938, estos tributos fueron gradualmente reducidos hasta su efectiva extinción en 1943<sup>828</sup>, lo que disminuyó en gran medida la guerra fiscal entre los Estados miembros.

Por lo visto, los orígenes de la guerra fiscal están íntimamente ligados a las transformaciones del federalismo brasileño a lo largo de la historia, principalmente en lo que se refiere al proceso de descentralización fiscal y autonomía de los entes federativos.

Con la Constitución de 1937, el presidente Getúlio Vargas, contrariando la Carta Constitucional de 1934, prácticamente suprimió el federalismo en Brasil, concentrando en sí mismo poderes evidentemente dictatoriales.

Con la caída de la Dictadura Vargas al final del Estado Nuevo, una nueva etapa de descentralización se inicia como consecuencia del proceso de redemocratización, caracterizada por una mayor autonomía de los entes federados y una significativa reestructuración del sistema constitucional tributario. En esta nueva estructura, la Unión no sólo aumentó la transferencia de los ingresos tributarios a los Estados y Municipios, como también concedió una mayor autonomía fiscal y presupuestaria, fortaleciendo al federalismo brasileño.

La Constitución de 1946 se asemeja a la Carta Magna de 1891, aunque con la incorporación de algunas innovaciones, como la escasa interferencia de la Unión en la

---

828 Cf. Gilberto Bercovici.

política Económica de los Estados y el restablecimiento de la autonomía de los Municipios debido a la mayor transferencia de ingresos tributarios antes mencionada.

En 1964, con el golpe militar, la Constitución sufrió extremas transformaciones. En lo que se refiere específicamente al federalismo, el principal cambio fue la reducción de las prerrogativas del Estado y la subsiguiente centralización del poder de la Unión.

Por otro lado, la Constitución de 1967, promulgada bajo el yugo militar, debilitó todavía más el ya quebrantado federalismo brasileño al ampliar fuertemente las competencias y atribuciones legislativas de la Unión, así como también conceder al Supremo Tribunal Federal la competencia para solucionar litigios entre los Estados miembros y la Unión. Durante el régimen militar, por lo tanto, subsistía un federalismo meramente formal, toda vez que, de hecho, el poder estaba excesivamente concentrado en la Unión, en detrimento de los Estados miembros.

A partir de 1984, se abrieron las puertas para el nuevo fortalecimiento del federalismo consubstanciado en la Constitución Federal de 1988. La nueva Carta Constitucional reforzó al federalismo brasileño, trayendo consigo diversas innovaciones, entre las cuales se destacan la dimensión federativa conferida a los Municipios, y la repartición de competencias tributarias entre los entes federativos – que ya existía pero en menor grado –, con el objetivo de garantizar su autonomía financiera.

La Constitución Federal de 1988, como ya se ha dicho, instituyó un sistema tributario federado (pacto federativo), cuyo poder tributario es dividido verticalmente, de acuerdo

con los distintos niveles de gobierno del Estado Federal (poder federal, estadual o municipal) y horizontalmente, es decir, el poder de legislar, administrar y juzgar.

Para los Estados, el proceso de descentralización y aumento de la autonomía financiera tuvo como factor más importante la competencia privativa para instituir y recaudar el ICMS.

La conjunción de esos dos factores – crisis financiera de los años 80 derivada de la centralización financiera del gobierno militar y la descentralización de la competencia tributaria instituida por la Constitución de 1988 – hizo renacer con renovada intensidad la guerra fiscal entre los Estados miembros.

En este sentido, Gilberto Bercovici<sup>829</sup> afirma:

“A partir de la década de 1980, la crisis del Estado brasileño acabó con las políticas nacionales de desarrollo que hasta entonces articulaban los intereses federativos. Con la falta de una política deliberada de desarrollo, la guerra fiscal entre los Estados se vuelve a manifestar, ya no más con el cobro de los impuestos interestatales sino con la concesión de incentivos fiscales estaduais, reduciéndose, unilateralmente, las alícuotas del principal impuesto estadual, el ICMS, para atraer nuevas inversiones. El ICMS, fue tal vez el principal cambio de la Constitución de 1988 para el avance de la autonomía federativa, pues dio a los Estados la capacidad de influir efectivamente en la política fiscal.

En el modelo actual, el ICMS se divide en origen y destino, quedando la mayor parte con el Estado productor en la mayoría de las situaciones, lo que da margen a la guerra fiscal, es decir, que los gobiernos ofrezcan a las empresas incentivos fiscales, en la forma de reducción o exención del impuesto para la instalación de nuevos emprendimientos en sus territorios.

---

829 Op. cit., p. 185.

De acuerdo con lo anterior, la guerra fiscal se agrava por el hecho de que, a pesar de los avances en la consolidación del federalismo brasileño implementados por la Carta Constitucional de 1988, aún subsiste un grave y antiguo problema: la concentración de recursos en la Unión en detrimento de los Estados y Municipios, lo que afecta directamente la autonomía de dichos entes federativos, debilitando el pacto federativo.

En efecto, el proceso de concentración de los ingresos tributarios en la Unión es una realidad, ejerciendo un fuerte papel en la búsqueda por parte de los Estados del incremento de la recaudación mediante la concesión de incentivos fiscales de forma unilateral, sin la necesaria aprobación del CONFAZ, conforme ya se vio anteriormente.

Sobre el tema, Régis Fernandes de Oliveira<sup>830</sup> explica:

“En Brasil, actualmente, el pacto fiscal está errado. Hay un manifiesto desequilibrio en favor de la Unión. A ésta se le deben atribuir recursos suficientes y necesarios para cumplir con sus fines principales, es decir, la seguridad externa del país, la representación diplomática, la Justicia Federal, el mantenimiento de la estructura burocrática de los Ministerios y de la Administración Directa, los recursos instrumentales para el pago de sus servidores y del mantenimiento de sus equipos, edificios, etc. El resto se transfiere a los Estados y Municipios ya que es de estos la mayor deuda. Si tuvieran mayores recursos, sería innecesario además de sus deudas por la Unión o la transferencia anual de fondos perdidos o de ayuda para obras de saneamiento básico, vehículos, etc.”

En ese mismo sentido concluye Gilberto Bercovici<sup>831</sup>:

“La guerra fiscal, la cuestión del endeudamiento de los Estados, la “descentralización por ausencia” de políticas sociales y la reconcentración de los ingresos tributarios en la esfera federal demuestran la existencia de una crisis del pacto federativo brasileño.”

Uno de los mayores ejemplos de esta concentración es la creación indiscriminada de contribuciones por parte de la Unión (como PIS, COFINS y CSLL), en vez de impuestos

---

830 In “Federalismo Fiscal e Pacto Federativo”. **Revista Tributária e de Finanças Públicas**, n. 61, p. 190.

831 Op. cit., p. 189.

compartidos (Impuesto a las Ganancias e Impuesto sobre Productos Industrializados), ya que el sistema constitucional de repartición de ingresos prevé que pertenecen al Estado y al Distrito Federal solamente las ganancias provenientes del Impuesto a las Ganancias retenido por los Estados, entidades autárquicas y fundaciones mantenidas por el mismo o del producto de la recaudación del impuesto que la Unión instituya en el ejercicio de su competencia (art. 157, incisos I y II, CF/88). De este modo, el producto de las contribuciones no entra en la repartición, lo que afecta la autonomía financiera de los Estados.

El hecho es que el federalismo brasileño, que debería ser cooperativo, en realidad no lo es. Por el contrario, lo que existe es una feroz disputa entre los Estados por inversiones de la iniciativa privada mediante la concesión indiscriminada de incentivos fiscales<sup>832</sup>.

No obstante ello, se debe observar que la Carta Constitucional de 1988, impregnada de los ideales del Estado Social (el llamado *Welfare State*), creó una serie de obligaciones sociales de los Estados miembros, las que se deben cumplir en la forma de políticas públicas.

En esta ocasión, la concentración de ingresos obtenida de la recaudación tributaria en favor de la Unión, combinada con la competencia privativa de los Estados para instituir

---

832 Sobre el concepto de federalismo cooperativo, Reinhold Zippelius afirma en *“Teoria Geral do Estado”*, 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 512: “aquel que acarrea una ‘obligación al entendimiento, es decir, el deber de las partes en el sentido de armonizar entre las mismas y, en caso necesario, aceptar compromisos. El involucramiento funcional de los Estados miembros (y eventualmente hasta el de los cuerpos territoriales a nivel autárquico) en los procesos centrales de planificación y regulación, puede servir de ejemplo al respecto.”



y cobrar el ICMS, establecida por la Carta Magna de 1988, así como la necesidad de los Estados de hacer frente a los requerimientos sociales consagrados por el nuevo orden constitucional, crearon un ambiente fértil por el cual la guerra fiscal puede prosperar hasta alcanzar los alarmantes niveles que se vislumbran en la actualidad.

Además de la desvirtuación del pacto federativo debido a la concentración de la recaudación tributaria en la Unión, otra cuestión importante para el agravamiento de la guerra fiscal debe mencionarse: la enorme desigualdad económica entre las regiones de Brasil.

El histórico abismo social y económico entre las regiones menos desarrolladas – especialmente las Regiones Norte y Nordeste – y las Regiones Sur y Sudeste, también ha sido un factor determinante para el debilitamiento del federalismo brasileño, en la medida en que obliga a los Estados menos favorecidos a buscar inversiones privadas a cambio de incentivos fiscales, fomentando así la guerra fiscal.

En una breve síntesis, podemos concluir, por todo lo que se ha tratado, que la guerra fiscal está estrechamente ligada a la evolución del federalismo fiscal en Brasil. A pesar de los avances en la consolidación del federalismo brasileño introducidos por la Carta Constitucional de 1988, todavía subsiste el grave antiguo problema de la concentración de recursos en la Unión en detrimento de los Estados miembros y Municipios, afectando directamente la autonomía de dichos entes federativos, lo que termina por debilitar al propio pacto federativo. A esto se suma la desvirtuación del pacto federativo, que combinada con la necesidad de hacer frente a una cada vez mayor demanda social por políticas públicas, agravada por la ausencia de la Unión en la implementación de un plan

nacional de desarrollo, llevó a los Estados a hacer uso del mecanismo de incentivos fiscales como forma de atraer inversiones privadas.

Por otro lado, la desigualdad socioeconómica entre regiones de Brasil también resulta un factor determinante para el debilitamiento del federalismo brasileño, en la medida en que obliga a los Estados menos favorecidos a buscar inversiones privadas a cambio de incentivos fiscales, lo que agrava la guerra fiscal.

En este contexto, el ICMS ha sido la principal “munición” de la guerra fiscal. Es por la exención pura y simple o reducción parcial del impuesto estadual que los Gobiernos Estaduales están trabando una batalla cada vez más feroz, en detrimento del espíritu del federalismo cooperativo, que debería orientar las relaciones entre los Estados miembros.

Mientras perdure la beligerancia fiscal en la federación brasileña – que puede finalmente encontrar su fin cuando se aprueba la esperada reforma tributaria, principalmente con la modificación en la forma de cobro del ICMS, pasando a ser en el destino, y no más en el origen –, le corresponde al Supremo Tribunal Federal, en su calidad de Guardián de la Constitución, continuar manteniendo su firme postura contra la guerra fiscal, en la forma de las innumerables declaraciones de inconstitucionalidad de instrumentos normativos creados por Estados de todo Brasil, siempre con el objetivo de burlar la clara y expresa determinación constitucional de que todos los incentivos fiscales estaduais deben pasar por el escrutinio del CONFAZ.

En conclusión, la guerra fiscal desde el punto de vista federativo es una competencia no cooperativa que afecta a la Federación porque no sigue los criterios establecidos en la ley complementaria n.º 24 de 1975. Además, genera desequilibrio entre los entes

federativos forzando una autonomía confederativa por parte de los estados o siendo presionados por una centralización unitaria de la Unión para garantizar los intereses nacionales. Por consiguiente, se constata que este escenario perjudica a la población, al federalismo, a Brasil y al MERCOSUR.

Como podemos percibir, el tema tratado es de una innegable claridad, no permitiendo otro pensamiento más que el de concluir que en Brasil existe, sin lugar a dudas, una desarmonía tributaria cuando se habla del ICMS. Por lo tanto, de la forma en como está afecta a los Estados, a los contribuyentes, a la nación y como va en contra de lo pretendido por el Tratado de Asunción, que tiene por objetivo la armonización de la legislación tributaria entre sus miembros. Cómo resolver ese embrollo y brindar sugerencias que ayuden a poner fin a este estado de cosas será el tema abordado en nuestra conclusión presentada a continuación.

## **CONCLUSIÓN**

Como hemos visto, el proceso de globalización está generando profundos cambios en la economía mundial. Esta globalización muchas veces ha sido asociada con un proceso positivo de integración de las economías mundiales, relacionado con la flexibilización de los movimientos de mercancías, capitales y personas entre países.

Dentro de este contexto, el Mercosur es una realidad que no puede pasar a segundo plano. Es por ello que el bloque deberá buscar constantemente adaptarse a esta nueva realidad.

Por consiguiente, la *armonización de la legislación tributaria* deberá concretarse plenamente. Con ese mismo criterio el Tratado de Asunción trató el tema como uno de sus objetivos. En el art. 1.º establece que los Estados miembros se comprometen a *armonizar sus legislaciones*, en las áreas pertinentes, para lograr el fortalecimiento del proceso de integración. Tal postura fue establecida en el art. 2.º donde se destaca que el Mercosur ha sido fundado en la reciprocidad de derechos y obligaciones entre los Estados parte. Además, se percibe que el art. 7.º, al determinar el tratamiento de igualdad de los Estados miembros con relación a los impuestos, tasas y otros tributos, no tiene como finalidad principal la cuestión tributaria en sí misma sino garantizar la libre competencia entre los mercados que están integrados.

En esta línea de razonamiento, Brasil debe ajustar la legislación tributaria en lo que se refiere al ICMS, con el fin de reducir las distorsiones existentes entre Brasil y los sistemas tributarios de los otros países del MERCOSUR, así como también las de otros bloques económicos, siguiendo las tendencias internacionales.

Por ello, basándonos en estas consideraciones preliminares, comentaremos a continuación nuestras impresiones sobre el tema para luego presentar nuestras propuestas respecto del problema destacado en el proyecto de investigación aprobado por la UMSA.

Como punto de partida, se debe tener presente que uno de los aspectos importantes estudiados en esta investigación es el hecho de saber si un acuerdo internacional puede estar por encima de la soberanía del Estado y proyectar su propio orden tributario. Así fue que en un capítulo específico comprobamos la cuestión de la incorporación de los Tratados Internacionales al Derecho Interno. Para ello, encontramos en la doctrina las teorías monista y dualista. Son dos corrientes doctrinarias que tienen por objetivo explicar la prevalencia del Derecho Interno (aquél constituido por el conjunto normativo vigente dentro de los límites territoriales de un determinado Estado) o del Derecho Internacional (compuesto por convenciones y tratados celebrados entre dos o más Estados independientes con el objetivo de surtir el efecto jurídico por ambos anhelado), en el momento en que se produzca el conflicto normativo entre los dos ámbitos de actuación.

*El monismo* presupone que el Derecho Internacional y el Derecho Interno son elementos de un único orden jurídico y, siendo así, existiría una norma jerárquicamente superior rigiendo este único ordenamiento.

En oposición a la doctrina monista se encuentra la doctrina *dualista*. A ésta se la considera como el derecho internacional y nacional, es decir, son dos ordenamientos jurídicos autónomos y distintos. Los sistemas no deben entrar en conflicto entre sí. El derecho nacional es responsable de los ciudadanos que pertenecen a un Estado, a diferencia del derecho internacional que es responsable de la relación entre los Estados.

La conclusión a la que se arriba es que para la doctrina nacional en la Constitución Federal no se menciona a ninguna de las corrientes, ya sea la monista o la dualista. Por

eso resulta controvertida la respuesta a la sistemática de incorporación de los tratados – si la Carta de 1988 adoptó la incorporación automática o no automática –.

Por consiguiente, la doctrina predominante es que, en virtud del vacío y el silencio constitucional, Brasil adopta la corriente dualista, por la cual existen dos órdenes jurídicos diferentes, es decir, el orden interno y el orden internacional. Por lo tanto, para que el tratado ratificado produzca efectos en el ordenamiento jurídico interno, resulta necesario que se promulgue un acto normativo nacional.

Entonces, una vez realizada esta breve digresión del tema de estudio, vale la pena mencionar que para que se comprenda el nivel de integración de un bloque es de suma importancia preguntarse si el mismo está pautado en la *intergubernabilidad* o en la *supranacionalidad*. Debe destacarse que en la intergubernabilidad, como es el caso del MERCOSUR, las resoluciones son tomadas mediante consenso entre los gobiernos, requiriéndose la presencia de todos los miembros, no hay instituciones superiores (supranacionales), se trata, en nuestra opinión, de un sistema defectuoso, no propicio para una integración profunda, dependiente de la buena voluntad política, constituyendo una dinámica de simple entendimiento entre Estados.

Por otro lado, la *supranacionalidad* da forma al sistema vigente en la Unión Europea (UE), con instituciones superiores –supranacionales–, en que la norma de la Comunidad Europea está jerárquicamente por encima de las normas nacionales, lo que da al sistema de toma de decisiones más seguridad y posibilidad de una mayor integración al bloque.

Al cabo de estas consideraciones, concluimos que el Tratado de Asunción y, principalmente, sus dispositivos que tratan específicamente del objeto de nuestro estudio,

tales como el art. 1.º, el art. 2.º y el art. 7.º, no tienen un efecto inmediato en nuestro ordenamiento jurídico.

Ante esta realidad, la solución que vislumbramos es realizar ajustes en la legislación tributaria para que el ICMS se adecue al anhelo de la *armonización de la legislación tributaria* defendida por el Tratado de Asunción.

Después de lo expuesto, presentamos a continuación nuestras sugerencias.

*Algunos preceptos que se deben cumplir en la institución del nuevo ICMS en el Sistema Tributario Nacional*

Como ya se demostró durante nuestra investigación, hemos visto que los principales problemas del Sistema Tributario Brasileño son: a) complejidad y falta de claridad en la incidencia del tributo, b) excesiva tributación sobre el consumo y la producción, c) insuficiencia de mecanismos inductores en la reducción de la desigualdad regional, d) guerra fiscal entre los entes subnacionales, e) incidencia de tributos sobre las exportaciones, etc.

En lo que se refiere a la complejidad, vale destacar que el ICMS, centro de nuestro estudio, de competencia estatal, presenta 27 diferentes legislaciones, con una enorme variedad de alícuotas y distintos criterios de determinación.

En virtud de lo expuesto, entendemos, desde ya, que sólo la *institución de un nuevo ICMS similar al IVA*, podrá permitir una moderna y justa tributación sobre el consumo, analizando las distorsiones del sistema, en especial los conflictos entre Estados,

propiciando transparencia y eficiencia fiscales, lo que resultará en un mayor desarrollo interno del país, así como también en un mayor fortalecimiento en la integración tributaria en el Mercosur que facilitaría, en una segunda etapa, la integración con otros bloques.

Pensamos que es evidente que la institución de este nuevo ICMS no violará el *Principio Federativo*, condicionando, obviamente, algunas reglas básicas que expondremos a continuación.

#### *Competencia conjunta de los Estados*

De acuerdo con la antes mencionado, los impuestos cobrados según la técnica del valor agregado y sobre el consumo se adaptan mejor al ámbito de competencia del poder central, sin embargo, percibimos que si la competencia del nuevo ICMS estuviera a cargo de la Unión, esta hipótesis podría ir en contra de una de las cláusulas pétreas de la Constitución Federal.

De esta forma, con el fin de evitar cuestionamientos judiciales y doctrinarios, sugerimos que el nuevo ICMS sea de la *competencia conjunta* de los Estados y del Distrito Federal, condicionado a las siguientes reglas:

- a) a una *legislación única*, siendo establecida por ley complementaria sancionada por el Congreso Nacional;
- b) el Senado Federal fijará sus alícuotas;
- c) previsión de que los beneficios fiscales y tributarios, tales como las *Exenciones, Reducción de Base Imponible, Crédito Presunto, Amnistía, Remisión*, sean uniformes en todo el territorio nacional;



d) prohibida la posibilidad de institución de normas autónomas con el fin de evitar algunos problemas, como la evasión fiscal y la *guerra fiscal* entre los Estados;

e) en las operaciones interestatales, el producto de la recaudación pertenecerá al Estado de destino de la mercancía o servicio, sin embargo, el cobro del impuesto, es decir, el momento de su pago, se producirá en el origen, como se explicará más adelante.

Aclaremos previamente que la competencia conjunta no implica, necesariamente, la pérdida de autonomía de los entes federados, no violando el Principio Federativo debido a que la competencia continúa siendo de los Estados; lo que ocurre es que antes la competencia era individualizada y ahora pasa a ser conjunta. Además, pensamos que al constituirse el nuevo ICMS en un impuesto *neutro* se producirá un aumento en su recaudación.

#### *Recaudación y fiscalización de responsabilidad de los Estados*

Como quedó claro en el tema anterior, el nuevo ICMS no implica, necesariamente, la pérdida de la autonomía de los Estados miembros<sup>833</sup>, en la medida en que la competencia será de los Estados y, además, la recaudación y la fiscalización continuará en su propio ámbito – desapareciendo así el gran temor manifestado, principalmente, por los Estados y el Distrito Federal, que es el de depender de la Unión – de forma que el *principio federativo*, que tiene como base la mutua cooperación entre las personas

---

833 En realidad, la autonomía de los Estados y Municipios en cuanto a sus tributos sobre el consumo no es tan grande como se dice, debido a que en muchos aspectos están sujetos a lo dispuesto en las leyes complementarias que regulan los principales aspectos materiales, personales y temporales de la hipótesis de incidencia de dichos impuestos, en el caso del ICMS, la LC 87/96 y del ISS, la LC 116/03.

políticas, quedaría fortalecido en vez de prevalecer los intereses de un ente sobre los demás.

El modelo ahora propuesto de fiscalización de la exacción por parte de los Estados también se justifica porque se aprovecharía así toda la estructura fiscalizadora y la experiencia de aquellos entes federados en lo que se refiere a impuestos sobre consumo de bienes y mercancías.

*Mantener el cobro en el origen asignando los recursos al Estado de destino.*

Otra importante cuestión se relaciona con el régimen de cobro de la exacción, ya sea en el Estado de origen o en el Estado de ubicación del destinatario final de los productos, bienes, mercancías o servicios.

En consecuencia, se trata de un acalorado debate que incluye a la mayoría de los estudiosos. En vista de ello, con la opción de la tributación en el destino, el problema es saber cómo realizar las transferencias tributarias de manera segura, sin que se perjudique a ninguna entidad federada; en este caso, se cree que la solución sería la adopción de una especie de *cámara de compensación*, en la cual el Estado que cobraría, después de determinar el valor que se debe al Estado de destino, llevaría ese importe a la cámara, en la cual las distintas operaciones entre los Estados se compensarían. Sin embargo, creemos que éste no es el método adecuado por causa de la inseguridad entre las entidades tributantes, pues existiría el riesgo de que se produzcan fallas en el momento de las transferencias.

Vale la pena señalar que este problema se constató en la *Unión Europea*, que tributaba cualquier consumo según el principio del destino y, desde 1997, adoptó el principio del cobro en origen, con el envío del producto cobrado al Estado del destino, en vista de los innumerables fraudes que se estaban produciendo con las exportaciones debido a la finalización de los controles fronterizos, en 1994<sup>834</sup>.

Como se puede ver, si ese problema ocurría en la Unión Europea, formada por países de control históricamente más eficiente y en los que la educación tributaria de las personas es mucho más profunda que en los países latinoamericanos, citando, especialmente, el ejemplo de Brasil<sup>835</sup>, pensamos que el cobro en el destino solamente aumentará los índices de evasión fiscal, que ya son bastante altos.

Ahora bien. De acuerdo con la buena técnica tributaria moderna, en lo que se refiere a impuestos sobre el consumo, el producto de la recaudación debe pertenecer al lugar donde los bienes son efectivamente consumidos (cobro en destino) porque así se logra la capacidad contributiva manifestada por el consumidor final, al revés de los impuestos a las ganancias que deben pertenecer al lugar donde las mismas se producen (cobro en

---

834 Lo que ocurre es que, con la finalización del control de fronteras, la Unión Europea comenzó a funcionar como si fuera una sola Federación, formada por innumerables estados miembros, cuyas operaciones entre países eran similares a nuestras operaciones interestatales. Entonces, por el hecho de los productos estar destinados a la exportación pero en realidad permaneciendo en el territorio del país, los Estados comenzaron a sufrir una mayor evasión del IVA, con porcentajes que giraban alrededor del 30% en Italia y del 25% en Portugal.

835 Existen estudios que demuestran que el brasileño trata de evadir el pago de sus obligaciones tributarias debido a la pésima contraprestación del Estado de servicios como la salud, educación, previsión social, etc., lo que no justifica pero sí explica esta tendencia.

origen), revelando la capacidad de aquel lugar que generó las ganancias y no de aquel donde se gastó.

Tómese nota de que la experiencia en nuestro país con el cobro y la recaudación del ICMS en origen ha provocado la llamada guerra fiscal entre los estados brasileños, distorsionando la asignación espacial de los recursos, además de permitir que un estado transfiera a otro la carga de sus decisiones de incentivos fiscales para la ubicación de las actividades productivas.

De esta manera, para que exista justicia fiscal, entendemos que **se debe** adoptar el principio de que los impuestos de consumo (como es el caso del ICMS) pertenezcan al Estado del destino donde se produce el consumo, dejando de lado el criterio actualmente utilizado en que la mayor parte del impuesto queda en el Estado de origen y el resto en el destino.

Es este mismo también el criterio de gran parte de la doctrina, citando como ejemplo a Sacha Calmon Navarro Coelho:

“En síntesis, la armonización de los impuestos generales de consumo (IVA) parece fácil de realizar basándose en el principio del destino, teniendo en cuenta los tributos vigentes en los cuatro países. (...) En principio, los IVA vigentes en los cuatro países son capaces de facilitar la armonización en base al principio del destino. Se deberá realizar un estudio más profundo de los impuestos de consumo en Brasil (IPI e ICMS). Por otro lado, siendo Argentina y Brasil países federativos, mientras que Uruguay y Paraguay son unitarios, y no obstante el IVA en Argentina ser un impuesto nacional, **la solución por el principio del destino facilita la integración, siempre que Brasil lo adopte internamente.** Cada Estado Miembro se relacionaría con los socios del MERCOSUR y con los demás Estados brasileños como si fuera un país (exclusivamente en lo que se refiere al IVA)”.<sup>836</sup> (la negrita nos pertenece)

---

836 In: OS IMPOSTOS sobre o consumo no Mercosul. *Tributação em Revista*, ano 2, n. 7, p.60, jan./mar. 1994.

Habría que señalar otra ventaja: el cambio en el régimen de la tributación en el origen a la tributación en el destino es una forma de reducir las desigualdades regionales, objetivo de la República Federativa de Brasil (art. 3º, III) y principio del orden económico (art. 170, VII).

Por otro lado, esta nueva mentalidad de tributación en el destino ya está tomando cuerpo pues en la Enmienda Constitucional en el 42/03 se ha previsto la adopción del régimen de destino para la tributación del ICMS, (art. 91, § 2º, ADCT<sup>837</sup>), lo que da indicios de que será ese el régimen contenido en una futura propuesta de adopción del IVA.

Así, concretada esa idea se resuelve, al mismo tiempo, los problemas del efecto económico de la tributación, de la evasión fiscal y de la redistribución de ingresos entre Estados.

#### *Garantía de Ingresos – Fondo Nacional de Desarrollo Regional*

Para compensar a los Estados por eventuales pérdidas de ingresos derivadas del cambio e implementación de esta nueva sistemática se crearía un Fondo Nacional de Desarrollo Regional (FNDR). De esta forma, una ley complementaria creadora del mismo, garantizaría que ningún Estado sea perjudicado.

---

837 "Art. 91 omissis [...]"

§2º. La entrega de los recursos prevista en este artículo perdurará, según lo dispuesto en la ley complementaria, **hasta que el impuesto al que se refiere el art. 155, II, haya destinado el producto de su recaudación, predominantemente, en una proporción no inferior al ochenta por ciento, al Estado donde se produjo el consumo de las mercancías, bienes o servicios.**" (la negrita nos pertenece).

### *Principio de la No Acumulación Fiscal*

El impuesto acumulativo, o “en cascada”, como ya se vio, incentiva la integración vertical del proceso productivo, no permite que el comprador de un bien o servicio sepa exactamente cuánto está pagando de impuesto en el precio del bien y genera una gran presión inflacionaria, provocando el aumento de los precios de los productos, reduciendo el consumo, la producción y el empleo como en una bola de nieve, siendo entonces muy perjudicial para la economía.

Es una regla básica del nuevo ICMS la no acumulación fiscal con el fin de resguardar la neutralidad de la tributación, permitiendo así el desarrollo del país.

### *Utilización del sistema de créditos financieros*

En el IVA<sup>838</sup>, el Principio de la no acumulación fiscal tiene un alcance tal que permite al contribuyente acreditar (crédito fiscal) todo el impuesto incidente sobre cualquier bien adquirido, ya sea materia prima o bienes de inversión o de consumo, necesarios para el funcionamiento de su empresa. Privilegia, así, al crédito financiero, sistema en el cual los contribuyentes pueden realizar la compensación amplia e irrestricta del impuesto que gravó los elementos del precio, en detrimento del crédito físico, que sólo permite al contribuyente acreditar (crédito fiscal) los bienes utilizados en el proceso y que pasan a integrar físicamente el producto.

---

838 Se trata aquí del IVA cobrado en la Unión Europea de los otros tres países integrantes del bloque, es decir, Paraguay, Uruguay y Argentina.

Aunque de mayor complejidad, el sistema de créditos financieros es mucho más completo, permitiendo, si bien estructuradamente, una mayor transparencia en los negocios ya que posibilita al contribuyente conocer, en cada etapa del ciclo económico, el importe del impuesto incidente y el importe efectivamente pagado.

Conviene destacar que las 27 (veintisiete) legislaciones estaduais que tratan sobre el ICMS, limitan el derecho al crédito del ICMS, privilegiando el sistema del crédito físico en detrimento del crédito financiero.

De esta forma, en la adopción del nuevo ICMS se deberá privilegiar el crédito financiero que cumple con más fuerza el Principio de la no acumulación fiscal, permitiendo una mayor *neutralidad* de la competencia en la repercusión más justa de los precios, provocando menos distorsiones o alteraciones del desarrollo económico, así como alineándose al Principio de la no acumulación fiscal establecido en el sistema tributario de los demás países integrantes del bloque (Argentina, Paraguay y Uruguay).

#### *Uniformidad de Alícuotas*

Las alícuotas a establecerse podrán ser en un máximo de 5 (cinco), variando entre la mínima del 15% y la máxima del 25%, tal como la Unión Europea. Sobre este tema fue la charla de Francisco Javier Sanchez Gallardo, representante del Instituto “*del Ministerio de Hacienda*”, España, realizada en el Seminario Internacional – Eficiencia en la Política Tributaria en la Experiencia de Brasil y Unión Europea – realizado en Fortaleza-Ce<sup>839</sup>:

---

839 septiembre de 2002, con la participación de los representantes de los Fiscos Estaduales.

“Medidas de simplificación: b) se fijó un nivel de alícuota general que puede variar entre el 15% y el 25%. Existe también una lista de bienes y servicios que pueden ser tributados con una alícuota inferior. La diferencia entre el porcentaje mínimo y máximo de la alícuota general no ha generado graves distorsiones ni siquiera entre países fronterizos, como por ejemplo Dinamarca que adopta el 15% y Alemania que adopta el 25%.

## **Impactos con la adopción de las propuestas mencionadas anteriormente**

### *Fortalecimiento del Principio Federativo*

Como ya se ha explicado exhaustivamente, el nuevo ICMS tendrá la facultad de minimizar las distorsiones del sistema federativo en virtud de preservar la autonomía financiera de los componentes, ya que continuarán no sólo con la competencia tributaria sino, inclusive, con la fiscalización y recaudación; la institución del nuevo ICMS fortalecerá el pacto federativo, además de erradicar el mal de la guerra fiscal que está transformando a los Estados en enemigos acérrimos.

### *Fin de la Guerra fiscal*

Como hemos visto, por la técnica de la incidencia sobre el valor agregado, todas las operaciones interestatales cargan un factor de exoneración, que es el impuesto pagado en el otro Estado. Sin embargo, si el Estado de origen cobra el impuesto y devuelve posteriormente, a través de beneficios fiscales indirectos, concedidos ignorando a la Ley Complementaria n.º 24/1975, la cantidad recaudada del contribuyente, el Estado de destino soportará el crédito otorgado por el Estado de origen.

Así, si un Estado de origen ofrece el incentivo del 12%, el producto fabricado en su territorio será un 12% más barato que el producido en el Estado de destino, si éste no



estuviera otorgando incentivos. De este modo, la feroz competencia entre los Estados por inversiones que promuevan su desarrollo con la utilización de alícuotas tributarias – que, es de destacar, derivó, en gran parte, de la omisión de la Unión Federal que hace más de veinte años que no promueve ninguna política nacional de equiparación regional – acaba comprometiendo la libre competencia, afectando a los fabricantes ubicados en el Estado destino, privilegiando a las empresas instaladas fuera de sus límites geográficos, teniendo como resultado un menor desarrollo del mismo.

Para minimizar los efectos de esta guerra fiscal, la única solución es la unificación de la legislación del nuevo impuesto, prohibiendo la concesión de cualquier incentivo fiscal de manera unilateral. De esta forma también se producirá una uniformidad en el pago del impuesto en las operaciones de importación de mercancías, teniendo en cuenta que ante el ingreso de mercaderías procedentes del Mercosur u otros países, el total del impuesto a pagar será el mismo, independientemente del lugar donde se produce la importación, lo que no ocurre en el actual sistema, como ya lo hemos visto.

### *Simplificación*

Es un hecho, como ya se ha dicho en este trabajo de investigación, que el actual sistema tributario brasileño es verdaderamente complejo e irracional, caracterizado por el exacerbado número de tributos y por una infinidad de normas que generan tantas obligaciones accesorias que se torna prácticamente imposible, por más que se quiera, atender a todas, perjudicando no sólo al contribuyente, que tiene que destinar una mayor parte de su tiempo para realizar controles contables y burocráticos, generando un enorme costo para su administración, sino también al Erario, debido a que se requiere de una

estructura cada vez mayor para poder mantener esta gigantesca maquinaria. Entonces, la unificación de las 27 (veintisiete) legislaciones estaduais del ICMS en una única legislación es, a mi entender, uno de los principales motivos de satisfacción para los contribuyentes ya que va a existir como en el modelo de los tributos federales y municipales.

#### *Minimización de la Evasión fiscal*

El nivel de complejidad del sistema tributario está directamente relacionado con el de la evasión fiscal, ya sea por la dificultad de realizar una fiscalización eficiente y justa, ocasionando la evasión dolosa, o por la casi imposibilidad de que el contribuyente cumpla, por más que se esfuerce, con todas las prescripciones legales a las cuales está sujeto, caracterizando la evasión culposa.

En virtud de la sofocante carga tributaria, la evasión, en algunos casos, se utiliza como mecanismo de sobrevivencia con el fin de evitar la quiebra.

Se cree que la disminución de la evasión fiscal en Brasil solamente se logrará cuando se simplifique el sistema tributario.

La tributación total en el origen con el destino del producto en el Estado de destino, como se ha propuesto anteriormente, evitaría, por ejemplo, el conocido “paseo de facturas”, artificio de evasión de ingresos del ICMS muy utilizado, por medio del cual el contribuyente, con el fin de beneficiarse con la alícuota menor, declara una operación interestatal que no existe.

#### *Avance del proceso de integración regional*

En vista de los problemas ya señalados de la tributación indirecta en Brasil, creemos que la institución del nuevo ICMS en el sistema federativo brasileño, necesario para la armonización tributaria entre los países miembros del Mercosur, traerá como consecuencia una mayor flexibilidad al sistema tributario, permitiendo el avance del proceso integrativo, que hoy parece irreversible.

Se trata entonces de una tarea de los gobernantes percibir esta realidad e implementar, lo más rápidamente posible, una política tributaria pautada en el IVA. Sólo así Brasil estará en condiciones de enfrentar el proceso de globalización y de transitar un camino hacia la Unión Económica de forma más accesible.

Por último, destacamos que estamos presentando una propuesta de enmienda constitucional a la Constitución Federal de 1988, conteniendo los siguientes puntos:

1º) el nuevo ICMS será de *competencia conjunta* de los Estados y el Distrito Federal, condicionado a las siguientes reglas:

1.1) a una *legislación única*, establecida por ley complementaria sancionada por el Congreso Nacional;

1.2) el Senado Federal fijará sus alícuotas;

1.3) previsión de que los beneficios fiscales y tributarios, tales como las *Exenciones*, *Reducción de Base Imponible*, *Crédito Presunto*, *Amnistía*, *Remisión*, sean uniformes en todo el territorio nacional;

1.4) prohibida la posibilidad de institución de normas autónomas;

1.5) en las operaciones interestatales, el producto de la recaudación pertenecerá al Estado de destino de la mercancía o servicio, sin embargo, el cobro del impuesto será en el origen;

1.6) deberá ser selectivo, en función de la esencialidad de las mercancías y de los servicios;

1.7) la Recaudación y la Fiscalización estará a cargo de la competencia de los Estados;

1.8) en busca de la aplicación efectiva del Principio de la no acumulación fiscal, a un nivel de aplicación similar al del IVA del Mercosur y de la Unión Europea, previsión del sistema de créditos financieros en su totalidad, definido en ley complementaria;

2º) para compensar a los Estados por eventuales pérdidas de ingresos derivadas del cambio e implementación de esta nueva sistemática se creará un Fondo Nacional de Desarrollo Regional (FNDR);

3º) previsión de que la celebración de tratados, convenciones y actos internacionales se incorporarán inmediatamente al ordenamiento interno;

4º) conceder a la Unión la facultad de establecer exenciones de tributos de competencia de los Estados y del Distrito Federal cuando se originen en el marco de la celebración de tratados y convenciones internacionales.

5º) por último, la uniformidad de alícuotas, pudiendo ser como máximo de 5 (cinco), variando entre un mínimo del 15% y un máximo del 25%, a criterio del Senado Federal.

## BIBLIOGRAFIA

- AGUINIS, Ana Maria M. de. **Empresas e inversiones en el MERCOSUR**: sociedades y 'joint ventures'; establecimiento de sucursal y filial; inversiones extranjeras; impuestos. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1994
- ALEGRIA, Héctor, *La solución de controversias em el Mercosur*, em "Revista de Derecho Privado y Comunitario", Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, nº 1
- ALTAMIRANO. Alejandro C. **Estructura basica del impuesto al valor agregado (IVA) en la Republica Argentina** In: BALTHAZAR, Ubaldo Cesar. (Org.) *Reforma tributária & MERCOSUR*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.
- AMORIM, Celso. **Integración Latino-Americana**: 50 anos de ALALC/ALADI. Palácio Itamaraty. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2010.

ANTÔNIO SALAZAR P. et al. **MERCOSUR: perspectivas da integración.** 2ª Ed., Rio de Janeiro: Editora da Fundação Getulio Vargas, 1997

ARAUJO JUNIOR, José Rubens de. **Tributação no MERCOSUR – aspectos polêmicos.**  
In: Derecho, Revista Jurídica on line: www.Derecho.com.

ARAÚJO, Nádia de. **A creación do Tribunal Permanente de Revisão e seu papel na consolidação do sistema de revisão e interpretação das normas do MERCOSUR.** In: BRANT, Leonardo Nemer Caldeira. Anuário Brasileiro de Derecho Internacional. VII. Belo Horizonte: CEDIN, 2006,

ATALIBA, Geraldo. **República e Constitución.** 2. ed. Atual. Por Rosolea Miranda Folgosi. São Paulo: Malheiros, 2001.

BALSADÚA. Ricardo Xavier. **Mercosur Y Derecho De La Integración.**Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1999.

BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia.** São Paulo: Paz e Terra, 2000.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência política,** 10.ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

\_\_\_\_\_. **Curso de Derecho constitucional.** 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BOOTHE, P. **Relações fiscais em países federais.** Fórum das Federações. Instituto da Economia Pública.

BORGES, José Souto Maior. **Curso de Derecho comunitário: instituciones de Derecho comunitário comparado: Unión Européia e MERCOSUR.** São Paulo: Saraiva, 2005.

BORJA, Sérgio. *Derecho Constitucional: os Tratados, Convênio e Acordos Celebrados*. Florianópolis. Disponível na internet: [http://www. BuscaLegis.ccj.ufsc.br](http://www.BuscaLegis.ccj.ufsc.br), abr., 2001.

BOSON, Gerson de Britto Mello, **Constitucionalismo do Derecho Internacional: Internacionalização do Derecho Constitucional: Derecho Constitucional Brasileiro: Os caminhos da paz**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

BRASIL. **Código Tributário Nacional**. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

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

BALTHAZAR, Ezequiel Antonio Ribeiro. Fundos constitucionais como instrumento de redução das desigualdades regionais na Federação, In: CONTI, José Maurício (coord.). **Federalismo Fiscal**. São Paulo: Manole, 2004.

BERCOVICI, Gilberto. **Desigualdades Regionais, Estado e Constitución**. São Paulo: Max Limonad, 2003.

BLANCO, Sindulfo. **El impuesto al valor agrgadoen el Paraguay**. In: BALTHAZAR, Ubaldo Cesar. (Org.) *Reforma tributária & MERCOSUR*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

BRITO, Carlos Ayres. 10 Anos de Constitución. Uma Análise. XIX Congresso Brasileiro de Derecho Constitucional. São Paulo: Celso Bastos, 1998, p. 29.

CARRAZA, Roque Antônio Carrazza. **ICMS** – 1ª edição-Ed. Malheiros, 1994.

CARRAZA, Roque Antônio Carrazza. **ICMS** – 8ª edição, revista, ampliada e atualizada até a Emenda Constitucional 35/2001-Ed. Malheiros.

CIENFUEGOS MATEO, O. **La recepción y aplicación de los acuerdos internacionales del Mercosur**. Revista Eletrónica de Estudios Internacionales. ISSN 1697-5197, N° 3, 2001. Disponível em: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=826744>. Acesso em: 05/02/2011.

COELHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de Derecho Tributário Brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

CONTI, José Maurício. **Federalismo Fiscal e Fundos de Participación o**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

COSTA, José Pinto da Costa, **ICMS Mercantil**. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2008.

DARTAYETE, María Cristina. **Armonización de normas em el Mercosur**. Revista de Derecho del Mercosur. Buenos Aires, ano 3, n. 1, 1999.

DEL POZO, Carlos Francisco Molina. **Derecho de la Unión Europea**. Madrid: Reus, 2011.

MEDEIROS, Antonio Paulo Cachapuz de. *O poder de celebrar tratados: competencia dos poderes constituídos para a celebração de tratados, à luz do Derecho Internacional, do Derecho Comparado e do Derecho Constitucional brasileiro*. Porto Alegre : Sérgio Antonio Fabris Editor, 1995.

CAMPOS, João Mota de. **Derecho Comunitário**. 4 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994. Volume II.

CANO, Hugo González. **La armonización tributaria y la integración económica**. Buenos Aires: Interoceanicas, 1994.



CARRAZZA, Roque Antônio, **ICMS**, 8ª edição-revista, ampliada e atualizada até a Emenda Constitucional nº 35/2001, Ed. Malheiros, São Paulo, 2002.

CASELLA, Paulo Borba. In: MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Anuário: Derecho e globalização**. Rio de Janeiro: Livraria e Editora Renovar Ltda., 1999., p. 190.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Derecho Constitucional e Teoria da Constitución**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2000.

CLIQUEIDATO, Vera Lúcia Viegas. **Derecho internacional público e Derecho da integración**: desafios atuais. In: CASELLA, Paulo Borba e VIEGAS LIQUIDATO, Vera Lúcia (coord.) **Derecho da integración**. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

CHRISTINE MENDONÇA. **Curso de Especialização de Analistas Tributários**. Ed. Atlas, São Paulo, 2001.

COSTA, Alcides Jorge. **ICM na Constitución e na Lei Complementar**, Ed. Resenha Tributária, São Paulo, 1978.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria do Estado**. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

DANTAS, Ivo. **Derecho Constitucional Econômico: globalização e constitucionalismo**. Curitiba: Juruá, 1999, p. 32.

D'ANGELIS, Wagner Rocha. **MERCOSUR: da intergubernabilidad à supranacionalidad**. Curitiba. Juruá, 2001.

MAGNOLI, Demétrio. **Globalização Estado nacional e espaço mundial**. 2ª ed. São Paulo. Ed. Moderna, 2008.

DERZI, Misabel Abreu Machado. **A necessidade de instituição do IVA no sistema constitucional tributário brasileiro.** In: BALTHAZAR, Ubaldo Cesar. (Org.) *Reforma tributária & MERCOSUR.* Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

DOMINGUEZ, Maria Teresa Moya. **Derecho De La Integración: Mercosur: Instituciones Y Fuentes Union Europea Y Comunidad Andina: Estudio Comparado.** Ed. Ediar, 2006.

EZQUERRO, Teodoro Cordón. **Integración económica y armonización fiscal de la imposición directa.** In: *Sexto Congreso Tributario del Consejo Profesional de Ciencias Economicas de la Capital Federal.* Buenos Aires: Interamericana, 1999.

Geraldo Ataliba e Cléber Giardino . **ICM – abatimento constitucional: princípio da não-cumulatividade,** Revista de Derecho tributário.

FARIA, Werter F. **Harmonização Legislativa no MERCOSUR.** Brasília/Porto Alegre: Senado Federal/ABEI, 1995.

FARIA, Werter R. **Métodos de harmonização aplicáveis no MERCOSUR e incorporação das normas correspondentes nas ordens jurídicas internas**

Federalismo e nova ordem Económica: uma perspectiva dos cidadãos e dos procesos, In: REZENDE, Fernando, OLIVEIRA, Fabrício Augusto de (organizadores). **FEDERALISMO E INTEGRACIÓN Económica regional: Desafios para o MERCOSUR.** Rio de Janeiro: Konrad Adenauer Stiftung, 2004.

FERNANDES, Edison Carlos. **Sistema tributário do MERCOSUR.** São Paulo: Revista dos Tribunales, 1997.

FERRAZ Anna Cândida da Cunha. 10 Anos de Constitución. Uma análise. XIX Congresso Brasileiro de Derecho Constitucional. São Paulo: Celso Bastos, 1998

FERREIRA, María Carmem; OLIVEIRA, Julio. Ramos. **Las relaciones laborales em el Mercosur**. Montevideo: Fundação de Cultura Universitária, 1997

FIGUEIRAS, Marcos Simão. **O MERCOSUR no contexto latino-americano**. São Paulo: Atlas, 1994.

FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. **Curso de Derecho Constitucional**, 22. Ed. Atual. São Paulo: Saraiva, 1995.

FRANCO. René Alejandro Enrique Farias. **Derecho Comunitário, o Processo de Integración Latino-Americano e seu Paradigma Europeo**. (Dissertação apresentada na PUC, São Paulo, 2003)

GAMBINA, Julio (Compilador). **La Globalización Económico-Financiera – Su Impacto en América Latina**. Buenos Aires: CLACSO, 2002.

GANDRA da Silva Martins, Ives (coord.). **Tributação no MERCOSUR**. 2ª ed., atual. São Paulo: Revista dos Tribunales. 2002.

GASSEN, Valcir. **A tributação do consumo: o princípio de origem e de destino em procesos de integración Económica**. Florianópolis: Momento atual, 2004.

GOMES, Eduardo Biachhi, **Bloques Económicos e solución de Controvérsias**, 2ª edição. Curitiba: Juruá, 2005.

SILVA SOARES, Guido Fernando. **A Actividad Normativa do MERCOSUR**. Boletim de Integración Latino-Americana nº 12.

GUIMARÃES, Vasco Branco. **O sistema tributário como fator de integração Econômica**. Disponível em [www.plenafisco.com.br/noticiaDetalhe.asp?idNoticia=42](http://www.plenafisco.com.br/noticiaDetalhe.asp?idNoticia=42)  
Acesso em 10 jul 2007.

GOMES, Eduardo Biacchi, **Bloques económicos e solución de controversias**. 2. Ed. Curitiba, Juruá, 2005.

GOMES, Eduardo Biacchi. **Supranacionalidad e os bloques económicos**. Revista da Faculdade de Derecho da Universidade Federal do Paraná

GOMES, Luiz Flávio, PIOVESAN, Flávia. **O Sistema Interamericano de Proteção dos Derechos Humanos e o Derecho Brasileiro**. São Paulo : RT, 2000.

GRECO, Marco Aurélio. **Tributação no MERCOSUR**. Pesquisas Tributárias. Nova Série, nº 3.

GRUPENMACHER, Betina Treiger. 1999. **Tratados Internacionales em Matéria Tributária e Ordem Interna**. São Paulo: Dialética.

HESPANHA, Benedito. **Uma visão crítica de problemas constitucionais no Derecho comparado, no Derecho comunitário e no MERCOSUR**. Revista de Derecho Constitucional e Internacional. V.8, n. 30, jan.-mar/2000.

HERRERA VEGAS, Jorge Hugo. **A vigência dos tratados do MERCOSUR**. São Paulo : Gazeta Mercantil Latino-Americana. Ano 3, nº 109, de 18 a 24 de maio, 1998.

HUSEK, Carlos Roberto. **Curso de Derecho Internacional Público**. São Paulo: Ltr, 2000, p. 135.

HORTA, Raul Machado. **Crise Institucional: o problema federativo**. Advogado n. 21, 1996.

JORGE, Tárzis Nametala Sarlo. **Manual do ICMS – Derecho Tributário Material, Processual e Derecho Penal Tributário**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

KELSEN, Hans. 1984. **Teoria pura do Derecho**. Tradução de João Baptista Machado. Lisboa: Armênio Amado.

KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Derecho e do Estado**. 2ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 1992.

KLAES, Marianna Izabel Medeiros. **MERCOSUR e tribunal supranacional: um dos pressupostos essenciais à efetiva integração**. In: PIMENTEL, Luiz Otávio (org.) **MERCOSUR no cenário internacional: Derecho e sociedad**. V.I. Curitiba: Juruá, 1998.

LANGEMANN, Eugenio; BORDIN, Luís Carlos Vitali. **Federalismo fiscal no MERCOSUR**. Poá: Palloti, 1993

KLOR, Adriana Dreyzin de. **Fuentes jurídicas de la integración regional**. *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, n.º 11

LEONETTI, Carlos Araújo. **O imposto sobre a renda como instrumento de Justicia social no Brasil**. Barueri:Manole, 2003.

LAKATOS, Eva Maria & MARCONI, Mirian. 1982. **Metodologia Científica**. 2ª Ed. São Paulo: Atlas.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do Derecho**. Tradução de José Lamego. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1983.

LOPES PORTO, M. C. **Teoria da integración e políticas comunitárias: face aos desafios da globalização**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2009.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Derecho tributário**. 19. ed. São Paulo: Malheiros

Editores, 2001.

MACHADO, Diego Pereira; DEL'OLMO, Florisbal de Souza. **Derecho da Integração, Derecho Comunitário, MERCOSUR e União Europeia**: ed JusPODIVM. Bahia:, 2011.

MACHADO, Diego Pereira. **Derecho Internacional e Comunitário para concurso de Juiz do Trabalho**. São Paulo: Edipro, 2011.

MAGALHÃES, José Carlos de. **O Supremo Tribunal Federal e o Derecho Internacional**: uma análise crítica. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2.000,

MARQUES, Francisco Paes. **O Primado do Derecho da União Europeia**: do acórdão Costa c/ enel ao Tratado de Lisboa. In: CLÉMENT, Zlata Drnas de (coord). **Mercosur y União Europeia**. São Paulo: Brasil. Segundas Jornadas Científicas de EULATIN II, 17 e 18 de set., 2007.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Sistema tributário na Constituição de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1989.

MATTOS, Haroldo Gomes de. **ICMS COMENTÁRIOS À LEGISLAÇÃO NACIONAL**. Ed. Dialética, 2006.

MAXIMILIANO, Carlos. **Comentários à Constituição brasileira**. Rio de Janeiro: Jacinto Ribeiro dos Santos, 1918.

MAZZUEOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Derecho Internacional Público**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunales, 2007.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Derecho Internacional**: Tratados e Derechos Humanos Fundamentais na Ordem Jurídica Brasileira. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2001

MEDEIROS, Marcelo de A. **Um exercício comparativo entre a União Europeia e o MERCOSUR.** *Revista de Ciências Sociais*, Departamento de Sociologia, Ano XV, n. 20, jun 2002.

MEIRELLES, José Ricardo. **Impostos indiretos no MERCOSUR e Integración.** São Paulo: LTr, 2000.

MELO, José Eduardo Soares de. **ICMS Teoria e Prática**, 7ª edição-atualizada com a Emenda Constitucional nº 42/03, Ed. Dialética, São Paulo, 2004.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Curso de Derecho Internacional Público.** Rio de Janeiro : Renovar, 12ª edição, Vol. I, 2.000.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Derecho Constitucional.** 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MIDÓN, Mario A. R. **Derecho De La Integración – Aspectos institucionales del Mercosur.** Buenos Aires: Ed. Rubinzal – Culzoni, 1998.

MORAES, Jose Luis Bolzan de. **Soberania, Derechos Humanos e Ingerência: problemas fundamentais de ordem contemporânea.**

MORDIBELLI, Janice Helena Ferreri. **Um novo pacto federativo para o Brasil.** São Paulo: Celso Bastos Editor/Instituto Brasileiro de Derecho Constitucional, 1999.

MOSCHEN, Valesca Raizer Borges. **Aspectos Institucionais do MERCOSUR: 11 anos do Protocolo de Ouro Preto.** In: AMBOS, Kai; PEREIRA, Ana Cristina Paulo (coord). **MERCOSUR e União Europeia: perspectivas da integración regional.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006,

NAKAYAMA, Juliana Kiyosen. **Reforma tributária: MERCOSUR & União européia:** Curitiba: Juruá, 2003.

NAKAYAMA, Juliana Kiyosen. **Considerações acerca do imposto sobre o Valor Agregado (IVA) no MERCOSUR.** In: IX Encuentro Internacional de Derecho de América del Sur. La Paz: UCB, 2000.

NETTO, Antonio Delfim. **Federalismo e reforma tributária.** Artigo publico no *Jornal Valor Econômico*, edição de 29.04.2009

NOGUEIRA, Alberto. **Globalização, regionalizações e tributação:** a nova matriz mundial. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

OCAMPO, Raúl Granillo. **Derecho público de la integración.** Buenos Aires: Ábaco de Rodolfo Depalma, 2007.

OLIVEIRA, Odete Maria. **Velhos e novo regionalismos:** uma explosão de acordos regionais e bilaterais no mundo: Juruá, 2004.

PINAR, Gustavo E. **Mercosur Y Los Tratados Internacionales El Caso Chileno.** Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina, 1998.

PITA, Claudino. **Uma abordagem conceitual da harmonização tributária no MERCOSUR.** In: *MERCOSUR: perspectivas da integración.* Antônio Salazar P. Brandão; Lia VallsPereira [Orgs.]. Rio de Janeiro: Editora da Fundação Getúlio Vargas, 1996.

POPPER, Karl. 1993. **A lógica da pesquisa científica.** Tradução de Leonidas Hegenberg e Octanny Silveira da Mota. São Paulo: Cultrix.



PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. **Derecho Internacional Público e Privado:** incluindo noções de Derechos humanos e Derecho comunitário. 2. ed. Salvador: Podivm, 2010.

PUÑAL, Antonio Martinez. Em torno a las normas del Mercosur: clasificación y jerarquia, incorporación, vigencia (simultânea) y dificultades constitucionales. *In.*:CLÉMENT, Zlata Drnas de (coord). **Mercosur y Unión Europea**. São Paulo:P Brasil. Segundas jornadas Científicas de EULATIN II, set., 2007.

QUADROS, Fausto de. **O Princípio da Subsidiariedade no Derecho Comunitário após o tratado da Unión Europea**. Coimbra: ALMEDINA, 1995,

QUEIROZ, Cid Heráclito de. “Um Novo Enfoque para o Sistema Tributário Brasileiro”. *In.*: MORHY, **Reforma tributária em questão**. Brasília: Editora UnB, 2003,

RAMOS Rui Manoel MouraL; O MERCOSUR e a Unión Europea. *In.*: Almeida, Elizabeth Accioly Pindo de. **MERCOSUR e Unión Europea**. Curitiba: Juruá, 1996

REZENDE, Fernando, OLIVEIRA, Fabrício Augusto de. **Descentralização e Federalismo Fiscal no Brasil – Desafios da Reforma Tributária**. Rio de Janeiro: Fundação Konrad Adenauer, 2003.

REZENDE, Fernando, OLIVEIRA, Fabrício Augusto de. **Federalismo – Integración Económica Regional – Desafios para o MERCOSUR**. Rio de Janeiro: Fundação Konrad Adenauer, 2004.

REZEK, Francisco. **Derecho Internacional Público Curso Elementar**. 13ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

RIBEIRO, Maria de Fátima Ribeiro. **O preço de transferência (transfer- pricing): da coordinação à harmonização tributária no MERCOSUR.** In: IX Encuentro Internacional de Derecho de América del Sur – los procesos de integración en el nuevo milenio. La Paz: UCB, 2000

RIBEIRO, Maria de Fátima. **Considerações sobre a prevalência dos tratados internacionais sobre a legislação tributária brasileira: o caso do MERCOSUR.** In: SCIENTIA IURIS: revista do curso de mestrado em Derecho negocial da UEL. v. 1, n. 1 (jul./dez.1997). Londrina: UEL, 1997.

SANTIAGO, Igor Mauler. **A harmonização das legislações tributárias no MERCOSUR.** In: Revista do CAAP, ano II, n. 2, Belo Horizonte: Centro Acadêmico Afonso Pena, Faculdade de Derecho UFMG

SARMIENTO, Daniel. **O sistema normativo da Unión Europea e sua incorporação às ordens jurídicas dos Estados-miembros.** In: AMBOS, Kai; PEREIRA, Ana Cristina Paulo (coord.). **MERCOSUR e Unión Europea: perspectiva da integración regional.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006

SCALET, Stella Maria V. e OPORTO, Sílvia F. **Coordinación de políticas macroEconómicas.** In BAPTISTA, Luiz Olavo e MERCADANTE, Araminta de Azevedo e CASTELLA, Paulo Borba (orgs.). **MERCOSUR, das negociaciones à implementação.** São Paulo : LTr, 1994.

SILVA, Carlos Roberto Lavallo da. **Harmonização tributária no MERCOSUR.** In: SALAZAR, Antônio; PEREIRA, Lia Valls (orgs.). **MERCOSUR: perspectiva da integración.** Rio de Janeiro: FGV, 1996.

SILVA FILHO, Antonio Rodrigues da: CATAO, Marcos Andre Vinhas. Harmonização Tributária no MERCOSUR. São Paulo: Aduaneiras, 2001.

SILVA, José Afonso da Silva. **Curso de Derecho constitucional positivo**. 15.ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

SILVA, Rafael de Souza. Harmonização do sistema tributário para o desarrollo da Unión Europea. 2008. Disponível em: <http://www.idtl.com.br/artigos/249.pdf>. Acesso em junho de 2009.

SILVA, Roberto Luiz. **Derecho Comunitário e da Integración**. 1. Ed. Porto Alegre: Síntese, 1999

SIMIONATO, Frederico Augusto M.. **Métodos de harmonização legislativa na União Européia e no MERCOSUR**: uma análise comparativa. In: BASSO, Maristela. MERCOSUR: sus efeitos jurídicos, económicos e políticos nos Estados-miembros. 2ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

SOUZA, Hamilton Dias de. **Tratados Internacionales – OMC e MERCOSUR**. Revista Dialética de Derecho Tributário, São Paulo, n. 27, dez. 1997.

STEINER, Silvia Helena de Figueiredo. **A convenção americana sobre Derechos humanos e sua integración ao proceso penal brasileiro**. São Paulo : RT, 2.000.

STELZER, Joana. Integración Europea: **dimensão supranacional**. Florianópolis: Dissertação em Mestrado em Derecho UFSC, 1998.

TAVARES, Fernando Horta. **O Derecho da União Europeia: autonomia e princípios.**

Disponível em: [http://fmd.pucminas.br/virtuajus/2\\_2006/Docentes/pdf/Fernandoh.pdf](http://fmd.pucminas.br/virtuajus/2_2006/Docentes/pdf/Fernandoh.pdf).

Acesso em: junho de 2013.

TILBERY, Henry. **Tributação e Integración da América Latina.** São Paulo: Editor José Bushatshky, 1971.

VALADÃO, Marcos Aurélio Pereira. **Limitações ao poder de tributar e tratados internacionais.** Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

VENTURA, Deisy. **As assimetrias entre o MERCOSUR e a União Européia.** Barueri: Manole, 2003.

VENTURA, Deisy. **A ordem jurídica do MERCOSUR.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. **Temas de Derecho público.** Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

VIEIRA, José Luiz Conrado. **A integración Económica internacional na era da globalização: aspectos jurídicos económicos e políticos sob prismas conceitual e crítico.** São Paulo: Letras & Letras, 2004.

TORRES, Heleno. 1997. **Pluritributação Internacional sobre a Renda das Empresas.** São Paulo: Revista dos Tribunales.

TORRES, Heleno Taveira. **Harmonização fiscal no MERCOSUR e suas implicações no planejamento tributário.** In: *Justicia Tributária: Derechos do fisco e garantias dos contribuintes nos atos da administração e no proceso tributário.* São Paulo: Max Limonad, 1998,

TORRES, Ricardo Lobo. IVA, ICMS e IPI. **Arquivos de Derecho**, Nova Iguaçu, v.2, n.2, p.129-150, 1999.

\_\_\_\_\_ **Curso de Derecho financeiro e tributário**. 9. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002

TREVINOS, Augusto. 1987. **Introdução à Pesquisa em Ciências Sociais**. 4. ed. São Paulo: Atlas.

VASCONCELOS. Inessa da Mota Linhares. **A ADOÇÃO DO IMPOSTO SOBRE O VALOR AGREGADO (IVA) NO FEDERALISMO BRASILEIRO: APONTAMENTOS PARA UMA REFORMA CAPAZ DE PROPORCIONAR O AJUSTE NA TRIBUTAÇÃO DO CONSUMO E O AVANÇO DO PROCESO DE INTEGRACIÓN REGIONAL**. Fortaleza. Dissertação (mestrado). Área de Concentração: Ordem Jurídica Constitucional. Universidade Federal do Ceará.

VILANOVA, Lourival. 1997. **As Estruturas Lógicas e o Sistema do Derecho Tributário Positivo**. São Paulo: Max Limonad.

VILLEGAS, Héctor. 1980. **Curso de Derecho Tributário**. Tradução de Roque Antônio Carraza. São Paulo: Revista dos Tribunales.

WATTS. R.L. **Relações fiscais em países federais**. Fórum das Federações. Instituto da Economia Pública.

XAVIER, Alberto. 2002. **Derecho Tributário Internacional do Brasil**. Rio de Janeiro: Forense.

